

AJPROJUMI

Archivo Judicial de Expedientes Provenientes de la Justicia Militar

Proyecto cofinanciado por la Unión Europea y
ejecutado por Poder Judicial y Universidad de la República

Montevideo, 27 de abril de 2016

Parte 1 de 1

Datos del Expediente

Ficha Matriz			
Número	111	Archivo	
Año:	1911		
Turno	1	Número	
Sumario		Año:	

Aclaraciones

- Este archivo contiene las imágenes digitalizadas correspondientes al expediente identificado en el cuadro.
- En la esquina superior izquierda de esta página figura la imagen visible correspondiente a la firma digital que certifica la autenticidad del presente documento.
- El archivo ha sido dividido en 1 parte(s). La presente, es la parte 1 de un total de 1 parte(s).
- Si usted tiene alguna consulta referente al archivo enviado, solicitamos se remita a esta oficina vía telefónica o por correo electrónico (ajprojumi@poderjudicial.gub.uy)



Sentencia

Nº 1

Ministro Redactor:

Doctor Alfredo Gómez Tedeschi

Montevideo, 4 de febrero de 2010.-

VISTOS,

Para definitiva de segunda instancia esta causa seguida contra **GAVAZZO PEREIRA José Nino y ARAB FERNANDEZ José Ricardo**, *por veintiocho delitos de Homicidio muy especialmente agravados, en reiteración real, ficha 98/ 247 /2006*; venida a conocimiento de esta Sala, en virtud de los recursos de apelación interpuestos por las respectivas Defensas y la adhesión de parte del Ministerio Público, contra la sentencia Nº 36, del 26 de marzo de 2009, de fs. 8.976 y ss., dictada por el Señor Juez Letrado de Primera Instancia en lo Penal de Decimonoveno Turno, Doctor Luis Charles; proceso seguido con la intervención de la Señora Fiscal Letrado Nacional en lo Penal de Segundo Turno, Doctora Mirtha Guianze y de los Señores Defensores, Doctora Rossana Gavazzo y Doctor Germán Aller por el primer imputado nombrado y Doctora Estela Arab por el restante;

RESULTANDO:

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

II) Que, por la precitada decisión, se condenó a José Nino Gavazzo Pereira y a José Ricardo Arab Fernández como autores responsables de veintiocho delitos de homicidio muy especialmente

1

agravados, a la pena de veinticinco años de penitenciaría, para cada uno de ellos, con descuento de las preventivas cumplidas, y de sus cargos las obligaciones que impone el literal e) del artículo 105 del Código Penal.

Respecto de Arab, se computó la atenuante de la primariedad legal.

La responsabilidad, de ambos encausados, se agrava específicamente por haberse cometido los hechos con graves sevicias y por la circunstancia establecida en el ordinal 5° del artículo 312 del Código Penal.

III) Que a fs. 9.051 y 9.052, las Defensas de Gavazzo y Arab, respectivamente, interponen el recurso de apelación contra la decisión en vista y, a fs. 9.053, el Ministerio Público expresa que se adhiere al mismo.

IV) Que de fs. 9.053 a 9.089, la Defensa de Gavazzo expresa los agravios que dicha sentencia le ocasiona y que, en síntesis, se exponen a continuación.

Sostiene que, durante el proceso, no se aportaron pruebas determinantes de la comisión de delitos tales, como privación de libertad, desaparición forzada u homicidio.

Por el contrario, de su parte, probó que desde abril a octubre de 1976, no operaba, en la Argentina, un grupo de militares y policías uruguayos y, lo que existía, era un Oficial de Enlace rotativo y no en forma permanente.

El Teniente Coronel Gavazzo, en ningún momento del proceso, admitió su intervención en operaciones en Argentina, como afirma la

Señora Fiscal; las operaciones, como los interrogatorios en Argentina, eran realizados por Fuerzas de esa nacionalidad.

Muchos testigos admitieron saber de la presencia en Argentina de determinados militares, por comentarios de terceros y no por su propia percepción, siendo al fin, testigos de oídas.

La función cumplida por Oficiales de Enlace no era "conocida" por los Superiores, como explicita la Señora Fiscal, sino que era ordenada por los mismos. Para cualquier accionar de ese tipo se necesitaba la anuencia de la Junta de Oficiales Generales, de acuerdo a lo dispuesto por los artículos 10 y 13 de la Ley 15.688

En el Uruguay, no existieron centros clandestinos de detención, mientras que en Argentina, sí existían. No existió reparto de bienes incautados en Argentina, detallando el único caso en que se trajo dinero al Uruguay y el trámite seguido.

La guerra interna no finalizó con el levantamiento del estado de guerra interno, sino que el legislador aprobó la ley 14.068, que pasó a ser el instrumento legal, con el que los organismos de seguridad pudieron combatir, con eficacia, a los grupos clandestinos que asolaban al país.

Se rechaza y refuta la asimilación que la Sra. Fiscal hace, de la institución Fuerzas Armadas con grupos terroristas, así como rebate las afirmaciones de la Fiscalía, que pretenden minimizar la acción del grupo terrorista "Partido por la Victoria del Pueblo" (P.V.P.).

Expresa que Gavazzo no conoció a Adalberto Soba, en cambio, sí conoció a su esposa María Laguna en Aeroparque, hecho que

corroboró Beatriz Castellonese, consignando que las declaraciones de Gavazzo son avaladas por un dossier elaborado por el PIT-CNT.

No hay, ni se ha obtenido prueba alguna, acerca de la existencia de un "segundo vuelo" transportando prisioneros desde Argentina a Uruguay, lo que es aceptado por la Señora Fiscal, exponiendo las razones al respecto.

En lo referente a la detención de Gerardo Gatti y León Duarte, destaca las flagrantes contradicciones en que incurren los testigos y, resulta paradigmático, el cambio de declaración de Washington Pérez, quien unos pocos días después de su cedidos los hechos y haberse ido desde Argentina a Suecia, hizo una declaración en la ciudad de Alvesta (año 1976), ante un Alto Comisionado de las Naciones Unidas, en las cuales para nada involucra a Gavazzo.

Pero, en 1985, cambió diametralmente sus declaraciones en cuanto a los intervinientes en su secuestro y, puso en lugar de los que había mencionado, a quienes todos comienzan a mencionar en todas sus actividades y, resulta paradigmático, porque revela la existencia de un contubernio en las declaraciones.

La veracidad del atentado, que el P.V.P. iba a realizar contra la vida de su defendido, su esposa y sus hijas, cuyo intento es puesto en duda por la Señora Fiscal, ha quedado plenamente probado a través de los documentos presentados por la Defensa.

Insiste, en cuanto a que el segundo vuelo no existió, remarcando curiosidades, tales como, que no se pida el procesamiento de ningún integrantes de la Fuerza Aérea en razón de tal presunto vuelo, pero sí

se pide el procesamiento del Sub-director del S.I.D. por coordinar el vuelo, vuelo cuya existencia no se pudo probar

De las declaraciones de Enrique Rodríguez Larreta Piera, que detalla minuciosamente las actividades de Gavazzo en el Uruguay, con la particularidad que hace mención a fechas concretas, lo que permite probar, sin hesitación alguna, que Gavazzo no participó en las detenciones de Juan Morales, Josefina Keim, Roger Julián, Victoria Grisonas, ni sus hijos, Juan Errandonea, Raúl Tejera, Adalberto Soba, María Laguna, Alberto Mechoso, Jorge Zaffaroni, María Islas, ni de su hija Mariana, Cecilia Trías, Washington Cram, Ruben Prieto, Beatriz Barboza, Francisco Peralta, y así sucesivamente.

Las diferencias en las declaraciones prestadas por los testigos, en distintas ocasiones, constituyen las bases de la defensa y, tales diferencias no son supuestas, sino reales, y se determinan detalladamente los lugares en que se encuentran insertas.

La Defensa señala que en ningún momento dividió declaraciones, ni atribuyó intenciones, ni descalificó declaraciones por corresponder a personas que integraban grupos armados y que habían tenido mucho tiempo para prepararlas.

La Defensa discrepa diametralmente con el Señor Juez cuando éste sostiene que se ha reunido un sólido material probatorio. Por el contrario, el material presuntamente probatorio presentado por la Fiscalía, ha sido demolido in totum en la contestación a la acusación, con elementos objetivos, verosímiles y documentados, donde uno a uno se han atacado los endebles —cuando no inexistentes— elementos presuntamente probatorios presentados por la Señora Fiscal.

Agrega que, el "Plan Cóndor" nunca existió, por lo menos con conocimiento de su defendido, afirmación que no es caprichosa, sino que se encuentra sustentada en lo estipulado en el acta fundacional del "Sistema Cóndor".

El "Sistema Cóndor" era un sistema coordinado de informaciones y usado para el intercambio de la misma, para así contrarrestar las actividades de personas vinculadas a la subversión y el terrorismo desatado en la región en medio de la "guerra fría"; ellos sí estaban enlazados para sus operaciones de todo tipo a través de la Junta Coordinadora Revolucionaria creada en 1973.

Esta Junta, en lo continental, estaba dirigida desde Cuba, como surge de las actas de la Conferencia Tricontinental de La Habana (OSPAAAL), y de la Conferencia de la Organización Latinoamericana de Solidaridad (OLAS).

La primera diferencia entre "Plan" y "Sistema" es de sumo relieve, ya que uno, indica la preparación para la ejecución de una actividad operacional, el otro, sólo el intercambio de informaciones; y, al tal efecto, transcribe el Acta de Clausura de la Primera Reunión Interamericana de Inteligencia Nacional, celebrada en Santiago de Chile, el 28 de noviembre de 1975.

Los hechos que se tratan en este expediente se encuentran insertos no dentro del "Sistema Cóndor", sino dentro de las relaciones bilaterales con Argentina, existentes desde hace muchos años y, seguramente, continúan hasta el presente en el marco del intercambio de informaciones.

El Señor Juez afirma en la sentencia que, en el denominado segundo vuelo, se trasladó a un grupo de detenidos desde el Aeropuerto Jorge Newbery al Aeropuerto Internacional de Carrasco, específicamente a la Brigada de Mantenimiento y Abastecimiento.

Tal operación, fue ordenada por el Comando General de la Fuerza Aérea, a solicitud del S.I.D., y coordinada por éste, con el O.C.O.A., no habiéndose determinado el nombre de los Oficiales que formaron parte de la tripulación. Tampoco se ha determinado la identidad de las personas que fueron trasladadas clandestinamente a nuestro país, ni al lugar donde fueron trasladados.

Al respecto puntualiza que: a) el informe del Comandante de la Fuerza Aérea para nada menciona a la O.C.O.A., como lo afirma el Señor Juez; b) en dicho informe, no se determinaron el nombre de los Oficiales que formaron parte de la tripulación, ni la cantidad e identidad de personas transportadas; c) en ninguna parte del referido informe se hace referencia a militares uruguayos que operaran en Argentina; d) tampoco se hace referencia al número y al lugar donde presuntamente fueron trasladados los prisioneros.

El informe del Comandante de la Fuerza Aérea, en lo que se refiere a la existencia de un segundo vuelo, el 5 de octubre de 1976, no pudo ser probado en sede judicial. Por tanto, al no haber existido dicho vuelo, no se transportaron personas al Uruguay.

No existen declaraciones de su defendido acerca de que viajaba regularmente a Buenos Aires, como afirma el Señor Juez, sino que el mismo dice exactamente lo opuesto, esto es, que viajaba

puntualmente, detallando los mismos y que ubica en un máximo de cinco o seis ocasiones, durante 1976 y fines de 1975.

Su defendido no se coloca en posición de benefactor, como señala el Señor Juez a quo, sino que, como se ha acreditado en autos, por su intervención se salvaron todas las vidas de quienes fueron trasladados en el mes de junio de 1976 de Argentina a Uruguay, están vivos hoy en día y testificaron en este Juzgado.

Existen pruebas de que varios testigos, en especial los habitualmente presentes en todas las denuncias realizadas tanto en Uruguay, como en Argentina, España, Francia o Italia, se reunían para intercambiar conocimientos, como queda claro en el expediente N° 90 – 10462/2002 del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Penal de Segundo Turno, cuando Sara Méndez declara que iban a la casa de Julio Barboza y "...juntos comenzamos a reconstruir el Cuerpo que había actuado, en algunos casos teníamos nombres, en otros números, en otros descripciones físicas....".

Los contactos con Argentina se iniciaron a fines de 1975, en pleno gobierno democrático de dicho país, y con la actuación al respecto de las autoridades al más alto nivel de dicho país, ya que el contacto fue solicitado por la propia Señora Presidente de la Argentina, a través de su delegado de la Secretaría de Inteligencia del Estado Argentino (S.I.D.E.) en la Embajada Argentina en Uruguay. El contacto quedó establecido con el Jefe de O.T. I, Teniente Coronel Mateo Mandrini.

Posteriormente, ese contacto cambió y, la S.I.D.E. asignó como tal, en junio de 1976, a quien se dijo era el Coronel Aníbal Gordon y

los contactos de los Oficiales de enlace pasaron a efectuarse en O.T. 18, en lugar de O.T. I, siendo esta nueva base la comandada por quien se dijo era el Coronel Gordon, del cual se supo posteriormente que no poseía tal grado militar, pero que sí era funcionario de la S.I.D.E., civil, como todos los funcionarios de ese organismo, excepto los Jefes que eran militares.

Por tanto, existieron contactos orgánicos con personal perteneciente a la S.I.D.E., que tenía y tiene su propio status funcional, dentro de la organización del Estado argentino.

No cabe la menor duda que todas las actuaciones de su patrocinado fueron en el marco del acatamiento de sus superiores. Por otro lado, las Fuerzas Armadas estaban operando como tales, en cumplimiento de lo ordenado, en su momento, por el Poder Ejecutivo y el Parlamento democrático de 1971, bajo la Ley Militar, Código Militar, Código Penal Militar, Reglamentos y Ordenes en vigencia, y con las condicionantes establecidas en la Ley 14.068.

En tal sentido, consigna la Defensa que, debe tenerse presente, lo expuesto en el artículo 17 del Código Penal Militar en cuanto a que: "...Cuando un militar ejecuta un delito en acto de servicio, por orden superior, se presumen que concurren las circunstancias que especifica el artículo 29 del Código Penal Ordinario, salvo la prueba en contrario...".

En el caso, se dan los requisitos respectivos: a) orden emanada de una autoridad, b) dicha autoridad era competente para darla, c) el agente tenía la obligación de cumplirla.

En el Código Penal Militar vigente entonces y ahora, este instituto tiene especial importancia, porque el orden castrense se funda esencialmente en la subordinación y en la obediencia como base la disciplina.

La obediencia militar tiene características especiales: debe ser pronta, inmediata, sin vacilaciones, porque así lo exige la eficiencia del servicio militar. Mientras la desobediencia para cualquier funcionario público constituye una falta que se sanciona administrativamente, para el militar es un delito, tipificado en el artículo 37 de dicho cuerpo legal.

El "escudo de silencio" a que se refiere el sentenciante, no es real, y para constatarlo basta con revisar las declaraciones de los imputados. Los indagados han efectuado prolíficas declaraciones, incluso sobre hechos no preguntados por el Señor Juez o la Señora Fiscal y, que cuando se le preguntó a alguno sobre algo acerca de lo cual no tenía conocimiento, así lo hizo saber.

Es más, cuando alguien -amparado en su derecho- no quiso declarar sobre algún hecho puntual, así lo hizo saber en la Sede, como también consta en autos y en el caso concreto de su defendido, no cabe la más mínima duda de que no ha actuado en el proceso conforme al mentado "escudo de silencio" a que el Señor Juez hace referencia.

El Señor Juez quita de contexto las conclusiones de la Comisión para la Paz, excluyendo aquéllas que inequívocamente desacreditan su fallo y, a la vez, validan las sostenidas por la Defensa a lo largo del proceso.

La referida Comisión corrobora que Cram, Duarte, Gatti, Islas, Mechoso, Prieto, Recagno, Rodríguez, Soba y Zaffaroni, fueron muertos en la Argentina por las razones que la misma expresa.

Mal, entonces, podrían esas personas haber sido transportadas a Uruguay en un vuelo y, por ende, todas las erróneas deducciones de dicho presunto vuelo, que probadamente no existió, también carecen de valor probatorio.

La prueba colectada en autos no permite arribar a la conclusión de que Gavazzo haya tenido designio criminal alguno, ni específicamente dar muerte. Los testimonios recolectados son sobre cuestiones no concernientes a homicidios y, en muchos casos, se corresponde con personas que tuvieron implicaciones criminales en hechos de suma gravedad.

Agrega que, la sentencia N° 332 de la Suprema Corte de Justicia, expresó que la Ley 15.848 consagra una indudable voluntad explícita y preceptiva del legislador de disponer la caducidad de la pretensión punitiva del Estado para los delitos que enumera, cometidos en el período de facto, es decir, que el poder-deber del Estado de juzgar determinados delitos se ha extinguido, con efectos idénticos a una amnistía.

Por ello, esta causa y otras, no pueden prosperar, pues revisten la calidad de cosa juzgada, tal como manifiesta la Suprema Corte de Justicia, en el citado fallo.

Por otro lado, no puede atribuirse causalidad criminal a quien carece de conciencia y voluntad criminal, así como no se halla en situación de ejercer el dominio del hecho sobre la supuesta ilicitud del

acto reprochable, puesto que sólo disponía de criterio valorativo, en cuanto a las funciones propias de su rango militar de entonces, como Mayor del Ejército.

Su conducta carece de significancia y de reproche penal por no haber tenido injerencia en el eventual disvalor de la acción de dar muerte, ni de hacer desaparecer personas o privarlas de libertad, que sería enteramente atribuible a terceros argentinos.

Si la intervención como Oficial de enlace provenía de órdenes de la jerarquía militar a un subordinado y éstas estaban dentro de la competencia de quien las daba respecto del subordinado que las recibía, entonces no le compete a éste último el resultado eventualmente lesivo ajeno a su dominio, además de encuadrarse en el cumplimiento de la ley y en la obediencia al superior.

La intención de Gavazzo no se ajustó al resultado objetivo, sino que la dirección final de sus actos iba legítimamente orientada a la obtención de la información, conforme a la normativa militar que lo autorizaba y en relación al otro Estado.

El comportamiento de Gavazzo no comprende el rol de garante en cuanto a la situación de los detenidos en la Argentina. A su asistido no le correspondía hacer más de lo que hizo, procurando traer la mayor cantidad de personas a Uruguay según ha quedado debidamente probado en autos.

La Defensa ha planteado repetidamente que ha operado la prescripción del delito de homicidio. Aún considerando el comienzo del plazo en el 1º de marzo de 1985, ya han transcurrido dos décadas.

No cabe elevar el plazo de prescripción, aplicando el artículo 123 del Código Penal, en virtud de que resulta concluyente que una persona al borde de los setenta años, retirado de la actividad militar y sin mando de especie alguna, pueda revestir la dudosa y controvertida calidad de peligroso.

Solicita que se revoque la sentencia recurrida.

V) Que de fs. 9.091 a fs. 9.122, expresa sus agravios la Defensa de José Ricardo Arab, los que, en síntesis, se expondrán a continuación.

Sostiene que no se ha observado el principio de inocencia y el de in dubio pro reo. La impugnada desconoce ambos preceptos rectores del derecho penal, desde el momento en que, en estos obrados, no surgen plenamente probados los hechos y menos aún la participación de José Arab.

No se ha observado el principio acusatorio, efectuándose una errónea aplicación del principio iura novit curia.

La impugnada establece, en su parte dispositiva, la condena a los encausados por su responsabilidad en 28 delitos de homicidio muy especialmente agravados, desatendiendo la acusación fiscal, que solicita la condena por reiterados delitos de desaparición forzada, situación en los que considera inmersos a 27 casos.

El Señor Juez a quo dio por probado el homicidio de Mario Cruz, situación por la que la Señora Fiscal no dedujo acusación. Aunque, desde el punto de vista de la gravedad de los hechos atribuidos, no se presenta como diferencia trascendente, sí lo es desde

el punto de vista del proceso, ya que pone de manifiesto la falta de rigurosidad al momento de hacer imputaciones gravísimas.

En segundo término, la imputación efectuada implica necesariamente un presupuesto de hecho, es decir, la muerte de las personas cuya situación personal considera.

Sin embargo, el Ministerio Público, dueño de la acción, no considera probada tal circunstancia. En efecto, a fs. 8.069, la acusadora refiere que, a más de treinta años de ocurridos los hechos, el destino de los detenidos se desconoce y la situación de indefinición se prolonga hasta el presente.

Lo antes expuesto, pone de manifiesto, el exceso en que incurre la impugnada, superando improcedentemente las pretensiones del Ministerio Público, lo que se pone de manifiesto, cuando el Ministerio Público no incluye la muerte de las personas consideradas y la tipificación alternativa que sugiere, con la que disiente y tanto disiente que, incluso, ha adherido al recurso de apelación.

Tampoco es posible invocar en auxilio de la impugnada, el principio de iura novit curia, ya que la aplicación del mismo no permite la mutación que se pretende, en tanto no se trata de una diferencia de aplicación del derecho, sino de la consideración de hechos que se reputan probados y por los cuales deduce acusación.

La Defensa, asimismo, se agravia de la inobservancia de las normas del debido proceso, respecto de la prueba y ello en numerosos aspectos.

Una primera cuestión, se refiere a la incorporación ilegítima de prueba trasladada de otro proceso (que menciona), y que ha supuesto

un menoscabo de los derechos del justiciable, ya que la Defensa no ha podido ejercer su función de contralor.

Una segunda, se refiere al imprescindible análisis de los elementos probatorios a la luz de la sana crítica y, se compensa la ausencia de prueba incriminante, invirtiendo o aceptando la inversión que la Señora Fiscal propone, lo que supone vulnerar el principio de inocencia que se impone a favor del acusado.

El decisor otorga a los testimonios un valor absoluto, a partir de que se presentaron en forma "claramente aseverativa", minuciosa, "no dubitativa", despreciando cualquier análisis, ni tan luego el que deriva del punto de vista de otras ciencias.

El oficio descarta los fundados cuestionamientos que, de tales declaraciones, han hecho las Defensas y que no se limitan, como pretende minimizar el Magistrado, a diferencias, con versiones de obras literarias o de otros expedientes y, tampoco han sido divididas con propósito alguno, ni son descalificadas, por pertenecer todos los declarantes, al mismo grupo armado, con tiempo para prepararlas.

Dicho cuestionamiento cumple con el imperativo de someter tales testimonios a básicos análisis, y de ellos han resultado inconsistencias graves y no meramente detalles, como justifica el sentenciante.

A esto, debe sumarse el reconocimiento de que los declarantes, en estos años, han tenido contacto a efectos de tratar de "reconstruir los hechos", llegando así a la construcción de lo que denominan una "memoria colectiva".

Ese reconocimiento expreso, por sí solo, resta valor probatorio absoluto a las declaraciones vertidas, que dejan de responder a experiencias personales y directas y pasan a ser una construcción intelectual de un colectivo, transformándolos, en definitiva, en testigos no presenciales ni directos.

Es habitual la referencia de los declarantes en cuanto a que los hechos, los nombres, las personas sobre las que declaran, les fueron proporcionados por otras personas, producto del intercambio notorio y reconocido, pero también del aporte de prensa, de otros involucrados en los hechos de uno y otro lado, aspectos que no deben soslayarse, aún cuando el Magistrado actuante haya sido tan conmovido por tales declaraciones, al punto irracional de negar toda crítica.

No es menor, el evidente interés que tienen todos los declarantes en esta causa particular y, en general, en todas las causas que involucran posibles enjuiciamientos de militares, por los hechos ocurridos durante el gobierno de facto y que debió ser relevado adecuadamente por el oficio.

En definitiva, resulta que las declaraciones vertidas en autos, además de presentar diferencias sustanciales respecto de otras anteriores, reúnen las características relevadas, que comprometen su veracidad, su exactitud y su imparcialidad, y, es, por ello, que sostiene el valor relativo que razonablemente es dable otorgarles.

Igual consideración corresponde hacer respecto a la prueba documental incorporada. Es notorio y reconocido que documentos, como el informe final elaborado por la Comisión para la Paz, los informes de los Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas, las

fichas individuales de detenidos desaparecidos, se han constituido en la base de la hipótesis fáctica, que dan por probada tanto el Ministerio Público como el Señor Juez a quo.

Tales documentos son inhábiles para constituir plena prueba, capaz de justificar el dictado de una sentencia de condena. Todos ellos han sido el resultado de diferentes investigaciones, más o menos rigurosas, más o menos interesadas, a las que no le son intrínsecas las exigencias de una investigación judicial y, es ese el motivo, también aplicable a las investigaciones periodísticas consultadas, que las hace inválidas como medio de prueba de valor absoluto.

Tanto en la acusación, como en la sentencia, se han hecho recaer en los imputados las consecuencias de la orfandad probatoria que padecen. No es deber del encausado probar hecho alguno en el proceso penal, la carga de la prueba recae, exclusivamente, en el titular de la acción.

Son repetitivas las referencias a un grupo de tareas sin definición y a un su puesto pacto de silencio, que impediría la obtención de los datos necesarios para la investigación que se pretendió realizar. El sentenciante dedica extenso esfuerzo a la reflexión, sobre el derecho-deber a saber, del que es titular la sociedad toda.

La cuestión nada tiene que ver con Arab, a quien razonablemente no puede atribuírsele carga semejante: ni la carga de saber, ni la culpa de no saber. Su defendido no efectuó pacto de silencio alguno y cualquier afirmación en contrario padece de la más

absoluta orfandad probatoria y su sustento arbitrario ofende a la función jurisdiccional.

Sin perjuicio de lo expuesto, aunque Arab fuera poseedor de esa verdad y hubiera pactado no revelarla, la actitud no puede ser interpretada en su contra, como pretende el decisor, ya que, en todo caso, el imputado estaría actuando amparado por el derecho.

En efecto, es un derecho, expresamente consagrado para los encausados, en cualquier proceso penal, el no autoincriminarse, y no sólo tienen derecho a no decir la verdad, incluso tienen derecho a mentir, tal como está dispuesto en el artículo 20 de la Constitución.

El punto pone de manifiesto la inversión procesal y tiene una consecuencia aún más perjudicial para la dignidad de la Justicia Nacional. En la improcedente calificación y valoración de ese supuesto silencio, subyace la peligrosa necesidad de que el juzgador de turno determine quién tiene o debe tener la información que omite o niega, lo que únicamente podrá deducir de la posición, condición o situación del inculcado, mas no de su conducta.

Esto no es más ni menos que la aplicación de un derecho de autor, en el que el individuo resulta incriminado no ya por su conducta, sino por su posición, situación o estado.

La hipótesis está basada en un prejuicio, que tiene que ver con la condición del sospechado de agente del Estado y por ello necesariamente habrá de ser depositario de información relevante.

Asimismo, se agravia la recurrente en lo relativo a la plataforma fáctica que se tuvo por probada y la imputación de responsabilidad de Arab.

En cuanto al Plan Cóndor sostiene que, la vaguedad del contenido de tal supuesto acuerdo criminal es manifiesta, pero necesaria, para incluir todas las hipótesis no probadas de situaciones delictivas.

Por lo demás, en autos, luce agregado el documento que contiene el acta fundacional de lo que vulgarmente se ha llamado "Plan Cóndor", pero que, de acuerdo a documentos fue "Sistema Cóndor" y, sin dudas, el objetivo central no es el que el Señor Juez describe.

No es lógico darle a situaciones particulares, características de exterminio acordado y participación de todos los militares que pudieron tener algún contacto con el tema, o, incluso, con esas personas.

El acta constitutiva del "Cóndor" define claramente sus contenidos y de su contenido no surge la consagración de un "acuerdo delincuente", como lo define la hipótesis a la que Fiscal y Magistrado adhieren, y, existiendo un documento de la época, no es procedente restarle valor como elemento probatorio y preferir la tesis del Estado exclusivamente delincuente.

No escapa a la Defensa la constatación de abusos, desmanes y violaciones de derechos fundamentales por parte del gobierno de facto, sin perjuicio de lo cual no es atinado atribuir responsabilidades genéricas sobre individuos que no tuvieron poder de decisión sobre tales hechos.

Inmersos en la misma situación, el sentenciante reseña un elenco de individuos a los que básicamente considera detenidos

ilegítimamente en la República Argentina, recluidos en centros clandestinos, sometidos a torturas, trasladados a nuestro país y finalmente muertos, ésta última etapa en discordancia con la acusadora pública.

Al respecto, reseña una serie de situaciones de personas: Cabrera, Cruz, Bentancour, Kleim, Morales, Grisonas, Julián, Cram, Trías, Prieto, Lezama, Moreno, Carretero, Rodríguez, Islas, Zaffaroni, Chejenían, Da Silveira, Arnone, Recagno y Queiro, acerca de las cuales ningún aporte existe en obrados, amén del Informe de la Comisión para la Paz y, nada puede decir la Defensa, en virtud de su más absoluto desconocimiento y, por tanto, mal puede tenerse por probado que han muerto por homicidio y a manos de Arab.

Respecto de Soba, Mechoso, Errandonea, Tejera, Gatti y Duarte, se recogió en este expediente algunos testimonios que dan cuenta de ellos. Las respectivas esposas de Soba y Mechoso han hecho algún aporte respecto de sus esposos, la Señora Laguna puede haber reconocido a Tejera y Errandonea, como detenidos en su casa; el Señor López da cuenta de la detención de Duarte y, por último, Gatti fue visto en el denominado centro "Orletti".

Sin embargo, de tales testimonios no puede inferirse de forma alguna que hayan sido trasladados a Uruguay, muertos por homicidio, ni adjudicar responsabilidades, ya que nadie ha aportado dato alguno al respecto.

El homicidio que el a quo imputa podría ser una entre tantas posibles explicaciones satisfactorias para la falta de noticias de estas personas, pero no deja de ser producto de elaboraciones intelectuales,



meras conjeturas, que en alguna oportunidad se han visto desvirtuadas por la realidad, y basta recordar el caso del ciudadano chileno considerado "desaparecido", cuya familia cobró indemnizaciones y que fuera localizado en Mendoza, donde había constituido nueva familia.

Seguramente no todos los casos fueron así, pero es una evidencia más de que cualquier afirmación que se haga al respecto tiene un insoslayable componente de aventura, de margen de error, de posibles manipulaciones (intencionales o no) que menoscaban su solidez y, por tanto, la hacen indigna de un proceso judicial ajustado a Derecho.

Igualmente, estima infelices las afirmaciones del Magistrado, respecto de lo que denomina "grupo operativo" que, supuestamente, llevó a cabo las detenciones y en definitiva los homicidios.

El primer cuestionamiento deriva de la decisión del Tribunal de Apelaciones en lo Penal de Segundo Turno en cuanto éste revocó el procesamiento por asociación ilícita, por lo cual, mal puede el sentenciante insistir en la existencia de ese grupo que no fue probada.

El tipo penal elegido por el sentenciante requiere una participación dolosa en su producción, intención y conducta que sólo puede ser adjudicada en forma personal o a un grupo concertado para cometer el crimen, es decir, una asociación para delinquir, hipótesis descartada en esta causa.

En atención a la carga de la prueba, el acusador público debió probar la existencia de ese grupo, cuyo accionar sería adjudicable a



cualquiera de sus integrantes, cosa que en autos no sólo no se probó, sino que se descartó expresamente.

El extremo deja de manifiesto, una vez más, el prejuicio con que los hechos son analizados, aún en contra de la lógica y de evidentes contradicciones, que expone al justiciado a la aplicación de un derecho de autor.

También padece error el sentenciante en sus decisiones respecto del traslado de personas a nuestro país, supuestamente efectuado el 5 de octubre de 1976, por parte de la Fuerza Aérea y reconocido por ésta en su informe de agosto de 2005.

El informe del Comandante de la Fuerza Aérea, citado por el a quo, en ningún momento se refiere a militares uruguayos que operaban en Argentina y, el traslado, lo efectuó la Fuerza Aérea y, dicha operación fue ordenada únicamente por el Comando General de la Fuerza Aérea. Ninguna referencia a la coordinación con OCOA, que afirma el sentenciante que existió, surge de dicho informe.

El informe de la Fuerza Aérea es el elemento probatorio de la ocurrencia del traslado, pero el Comandante Bonelli se enteró de su existencia a través del Secretario de la Presidencia, Doctor Gonzalo Fernández, quien lo "impuso" del deber de informar sobre el hecho.

Por su parte, el Doctor Fernández manifestó que, él que más investigó el tema, fue el periodista Roger Rodríguez, quien informó de la existencia de un segundo vuelo de traslado de prisioneros.

De la interpretación comparativa de estas dos declaraciones surge que la fuente de información primera fue el periodista Roger Rodríguez quien, ante la Justicia se negó a proporcionar la identidad

de la fuente de sus conclusiones, actitud merced a la cual le sustrajo a la sociedad en su conjunto la posibilidad de una investigación válida y ajustada a derecho.

El sentenciante le adjudica a su defendido haber ocupado en el momento de los hechos un importante cargo jerárquico por su grado y por las funciones que le habían sido asignadas y, en virtud de tal relevancia, lo hace partícipe de un acuerdo criminal de exterminio general.

Está plenamente acreditado que Arab tenía el grado de Capitán que, de acuerdo con la Ley Orgánica Militar, está ubicado dentro del personal oficial subalterno, ubicándose por encima de él, cinco grados y por debajo tres grados. Resulta arduo vislumbrar la importancia jerárquica desde el punto de vista del grado.

En lo que hace a las funciones asignadas, no se describen, ni se refieren siquiera someramente, por lo que la consideración de tal afirmación es imposible. Por su parte el encausado explicó sus funciones que eran concretas, asignadas específicamente y no tenían especial relevancia. Del legajo agregado surgen muchas de ellas y ninguna se relaciona con los hechos de esta causa.

En cuanto a la presencia de Arab en O.T. 18, analiza los distintos testimonios obrantes en autos.

Respecto de Laguna, estima que ha proporcionado distintas y contradictorias versiones, por lo que la Defensa carece de elementos de juicio que le permitan adjudicar grados de credibilidad a cada una de las versiones, pero lo cierto es que, la veleidad manifiesta, impone una consideración rigurosa de la testigo.

Respecto de Pilar Nores, destaca que se trata de una colaboradora oficial re conocida, que ha modificado su versión en incontables oportunidades.

La declaración de Peralta presenta notorias contradicciones respecto a la versión vertida por su esposa, al punto que parecen haber vivido hechos diferentes, y si bien incluye a Arab en su avatar de vida, nunca explica y a la Sede no le interesó conocer, de qué forma concluye la identificación que afirma.

Al igual que Peralta, la declaración de Julio Barboza fue recibida sin noticia de la Defensa y sin perjuicio de ello, debe señalarse la incapacidad del declarante de afirmar la presencia de alguien en un lugar determinado en el que, según sus dichos, nunca estuvo Barboza y Arab, nunca coincidieron en el lugar físico de trabajo, cuando Barboza ingresó lo hizo en Bulevar Artigas y Palmar, pero el SID ya se había mudado a Luis Alberto de Herrera y Monte Caseros.

Asimismo, analiza los testimonios de Raquel Nogueira, Soto, Altuna, Michelini, Enrique Rodríguez y Gil Iribarne, destacando la vaguedad de sus dichos, los constantes cambios en sus testimonios, y las mendacidades en que incurren.

En el acto jurídico impugnado, no surge la forma como el Señor Juez arriba a la conclusión lógica de que José Arab, en forma dolosa, tuvo intención de matar y dio muerte, que eso y no otra cosa debió probarse, en virtud de la figura típica aplicada.

Ninguna imputación de conducta o acción se ensaya que permita relacionar o tan sólo inferir participación de Arab respecto del

no probado segundo vuelo, muerte o desaparición de persona alguna, mencionada en esta causa o no. De igual modo, no se vislumbra ninguna conducta de Arab de la que sea posible inferir su participación en negociaciones por dinero de ninguna clase ni la "ocupación de bienes".

Causa agravio, la pena impuesta a su defendido, las que no se corresponde ni se compadece con la situación personal del justiciable y, por otra parte, a la edad del condenado, la pena establecida se convierte en "cadena perpetua".

Se agravia, igualmente, de la aplicación de un derecho de autor, que iguala situaciones y empareja condiciones, a partir de una improcedente visión del individuo, desde el punto de vista de su estado y no de sus acciones.

Todas aquellas conclusiones que no es posible extraer de la conducta personal del encausado, son deducidas de su estado militar y de su condición de prestar servicios en un destino militar determinado.

Consigna, conforme a las expresiones expuestas por el Señor Juez en la sentencia, el prejuicio que encierran las mismas y no se limita a hacer participar a todos por igual de un supuesto acuerdo criminal de exterminio, sino que los iguala en la bajeza humana que les adjudica, sin mayor fundamento que su infundada valoración personal y, por el sólo hecho, de haber sido militar en la época de la dictadura.

Ese mismo prejuicio invade constantemente este expediente y que ha originado la descalificación de todo elemento de prueba que

pudiera favorecer la posición del encausado y la preferencia de cualquier indicio incriminatorio por débil o circunstancial que sea.

Se agravia, asimismo, del desconocimiento de la prescripción de la acción operada y la aplicación del artículo 123 del Código Penal.

Destaca, al respecto, la imposibilidad de aplicar al presente caso, los instrumentos internacionales que consagran la imprescriptibilidad de los delitos a que se refieren y ello porque tales normas comenzaron a tener vigencia posteriormente a la consumación de los supuestos delitos, aún cuando éstos se consideren de "lesa humanidad".

Tampoco resulta de aplicación la extensión del plazo prevista en el artículo 123 del Código Penal, por cuanto considera que difícilmente pueda sostenerse que Arab, quien ha convivido en sociedad, desde 1978 en su condición de civil, sin representar peligro alguno para ningún conciudadano, sin causar mal alguno, desarrollando una vida normal y pacífica, se perfila a los ojos de persona alguna, como un individuo peligroso.

Discrepa, con la posición sostenida por este Tribunal al respecto, porque la misma implica "congelar" la personalidad humana en sus múltiples manifestaciones, a una de ellas, en un momento y circunstancias determinadas, obviando la consideración integral del individuo en todas sus expresiones naturales.

Obliga al sentenciante a tomar una decisión, no desde su lugar de apreciación, sino desde una posición imposible de asumir, que en este caso, implica un viaje en el tiempo de treinta y tres años.

Para este caso concreto, además, se consagra una doble extensión del plazo, que ya fue ampliado, desde el momento que no se considera tiempo mientras duró el gobierno de facto, consagrando un castigo más grave que el que disponen las normas legales. La solución de la cuestión debería pasar por optar entre un castigo u otro, pero nunca sumarlos.

En igual sentido, es necesario señalar que la peligrosidad de un sujeto se evidencia a lo largo del tiempo, y no deriva únicamente de la comisión de injustos, por lo tanto es atinado y una interpretación integral del ordenamiento jurídico lo permite, considerarla durante todo el transcurso del lapso de prescripción, y no limitado a uno y otro momento, en forma independiente de la reincidencia.

El legislador diferencia claramente al sujeto reincidente, que no necesariamente es peligroso, y al peligroso que no necesariamente es reincidente, por lo tanto, ambas condiciones pueden y deben ser observadas en el momento actual, única opción del Juez, durante el transcurso del plazo de prescripción.

Se agravia, igualmente, porque se ha desconocido que cualquier delito que pudiera haberse cometido en relación a los hechos que ocuparon el presente expediente, fue extinguido por amnistía, consagrada en la Ley 15.848.

La naturaleza jurídica de la caducidad que consagra dicha norma, constituye una amnistía, tal como se pronunció la Suprema Corte de Justicia, en sentencia publicada en la Justicia Uruguaya, caso 10.997.

Encuadrada, entonces, como una ley amnistía, no puede concluirse en otra cosa que la extinción absoluta de los delitos a los que se refiere.

Fundada en la posición sostenida por el Señor Fiscal de Cuarto Turno, Doctor Enrique Möller, considera improcedente los sucesivos pronunciamiento del Poder Ejecutivo, acerca de la inclusión o no, de los mismos hechos, en el ámbito de aplicación de dicha ley.

Se agravia, en cuanto a que la sentencia desconoció, que los hechos de autos, no fueron excluidos por el Poder Ejecutivo de la amnistía prevista por la Ley 15. 848.

De la lectura simple de la fundamentación de las resoluciones del Poder Ejecutivo se concluye que los hechos habían ocurrido en la República Argentina y que las denuncias fueron dirigidas contra los mandos, excluidos del alcance de la ley.

Si bien los hechos tuvieron lugar en Argentina, esto no implica que queden al margen del ámbito de aplicación de la norma, ya que la misma no excluye hechos, según el lugar de su ocurrencia; y, si está legitimada la Justicia, para entender en ellos, les son aplicables todas las normas nacionales y no sólo algunas.

Respecto del segundo argumento, no se tuvo en cuenta la limitación que se imponía, disintiendo con el criterio del Señor Juez en cuanto éste estira definiciones legales a límites inconcebibles.

Para la correcta interpretación del vocablo "mando", es preciso estar a lo dispuesto por los artículos 8 y 23 del Decreto ley 14.157 y, por ello, definidos así, los mandos, en forma alguna puede atribuirse a Arab la calidad de mando.

Solicita que, en definitiva, se revoque la sentencia impugnada respecto de José Ricardo Arab.

VI) Que de fs. 9.125 a 9.200, 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.

Señala que el procesado Gavazzo fue la cara visible, ante la prensa, de la aparición de un grupo de personas (sesenta y dos), que habían permanecido secuestradas en el local de Bulevar Artigas y Palmar.

También se demostró la existencia de la "Casona de Millán" y el local de la calle Francisco de Medina (llamado "base Valparaíso"). El Ejército tampoco registra a "La Tablada" ("base Roberto"), como lugar operativo para detenidos y solamente un testigo militar dijo que, en un galpón del Servicio de Material y Armamento, operaban servicios de inteligencia y el Jefe de la Unidad ignoraba lo que pasaba allí, pese a que el General Vadora se lo había pedido. Era la sede del conocido "300 Carlos" o "Infierno grande". Asimismo, los detenidos que vinieron de Argentina, el 24 de julio, fueron alojados en la "casa de Punta Gorda", también llamada "Infierno chico".

En todos esos sitios, se depositaban detenidos, se los torturaba, y hay una extensa lista de desaparecidos en tales centros y, Gavazzo, fue claramente visible, por lo menos, en tres de ellos.

La nota de clandestinidad está dada por el no reconocimiento oficial de las Fuerzas Armadas de la existencia de esos establecimientos como centros de alojamiento de detenidos. Solo en el

caso de que se decidiera blanquear su situación y disponer el sometimiento a la Justicia Militar, se daba información sobre esas personas. Demostración fehaciente la constituye el hecho de que los secuestrados en Buenos Aires aparecieron presentados por Gavazzo como detenidos en el chalet Suzy o en hoteles céntricos.

Desde la promulgación de la Ley 14.068 y luego de instaurado el régimen de facto, las Fuerzas armadas dispusieron de todos los instrumentos necesarios para combatir con eficacia a los grupos clandestinos terroristas y guerrilleros que asolaban al país.

Precisamente porque se les había dotado de esos medios, podían detener, interrogar y someter a juez a los presuntos sediciosos; había locales suficientes para oficiar de cárcel o de depósito. No tenían necesidad o justificativo alguno para mantener lugares no oficiales como centro de detención y tortura. La función de "inteligencia" no supone la desaparición transitoria o definitiva de personas y mucho menos lo autorizan las normas del Derecho Internacional.

Señala que es preciso insistir en que, más allá de diferencias de detalles, marcados en relatos prestados ante diferentes autoridades, en especial extranjeras, desde los años inmediatamente posteriores a los secuestros hasta el presente, no hay sensibles discrepancias en los testigos que hagan dudar de la veracidad de sus dichos.

Se da, la paradójica situación, de que los testigos-víctimas se transformaron ahora en acusados por la presunta falsedad de sus deposiciones. En la época en que muchos uruguayos buscaban asilo en países extranjeros, se fueron armando denuncias con datos que se iban obteniendo en forma fragmentaria.

Es claro que en esos tiempos no se tenía información suficiente sobre los verdaderos nombres de los militares que operaban, sólo un paciente trabajo de investigación, en especial de familiares de detenidos desaparecidos, y de algunos liberados, permitió esclarecer en sucesivas etapas la identidad de los represores.

La negación de la existencia del vuelo desde Aeroparque hasta la base de Carrasco, trayendo otro contingente de pasajeros, el 5 de octubre de 1976, no tiene otro sentido que atribuir a los argentinos la desaparición de los compatriotas secuestrados en aquel país. Comenzando por el informe oficial del Comandante Bonelli al Presidente de la República, las diligencias posteriores permitieron tener por cierto que así sucedió.

No es cierto que la Fiscalía no haya solicitado el procesamiento de ningún aviador militar, bastando para ello advertir el contenido del otrosí pido que luce al final de la requisitoria.

Gavazzo, aunque quiera minimizar las declaraciones de la familia Soba y la de la esposa de Mechoso, quedó ubicado como protagonista en esos procedimientos, acaecidos en Buenos Aires, a fines de setiembre de 1976.

La Defensa se agravió por la contextualización que de los hechos hace el Señor Juez, ubicándolo en la coordinación operacional denominada "Plan Cóndor".

A esta altura de las investigaciones judiciales en Argentina, Chile y Paraguay, así como las realizadas en Uruguay, en distintos expedientes, ya nadie niega la existencia de ese Plan, que asoció a las dictaduras de la región, en las prácticas de terrorismo de Estado.

Particularmente Gavazzo resultó implicado en la trama de seguridad que sucedió inmediatamente a la aprobación de la "Enmienda Koch", vinculada con la operatividad de Cóndor. El entonces Coronel José Fons y el Mayor José Nino Gavazzo fueron nombrados para desempeñar cargos diplomáticos en Washington, en diciembre de 1976. El Departamento de Estado, debido a las denuncias de la C.I.A., les vetó las visas.

La prueba que obra en autos tiene la contundencia necesaria como para excusar de mayor desarrollo argumental acerca de la coordinación operativa entre Uruguay y Argentina y sus características.

A mayor abundamiento, el Ministerio de Defensa remitió documentación que testimonia la existencia de la operación Cóndor (fs. 8.368). Desde fs. 8.416 se registra intercambio de comunicaciones entre "Cóndor 1" (al parecer Argentina) y "Cóndor 5" (Uruguay) y, por su fuera poco, a fs. 8.428, el Mayor José Gavazzo firma como "El Jefe de Condorop", en fecha 16 de agosto de 1976.

Es claro que la obediencia debida no ampara la comisión de ningún delito que no fuere el estrictamente militar y que el Código Penal ordinario no puede ser invocado en esta instancia, ni modifica el contenido del artículo 29, vigente en todo tiempo, aún en condiciones de excepción.

Las acciones ejecutadas por los grupos operativos del SID y del OCOA no se limitaron a la mera obtención de información, al intercambio de datos de inteligencia, sino que comprendían los seguimientos a personas sospechadas de pertenecer a movimientos

subversivos, detenciones, acciones de combate, el depósito en lugares no oficiales, de presuntos terroristas, sus familiares y allegados, el sometimiento a tormentos o a tratamientos crueles y degradantes, la apropiación de bienes ocupados, el traslado compulsivo y secreto de prisioneros de un país a otro, la desaparición, el asesinato.

Y considerar que esas acciones degradantes seguían un canal de mando, o al menos eran toleradas o fomentadas por la estructura gubernamental, forzoso es concluir que tenían un carácter delictivo.

En cuanto a los agravios presentados por la Defensa de Arab contiene una serie de cuestionamientos graves a la actuación judicial que, de ser ciertos, aparejarían serias violaciones a los derechos del justiciable.

No resultan aceptables tales aseveraciones.

El proceso se desarrolló con todas las garantías y la Defensa dispuso de instancias procesales para reclamar determinadas cuestiones que ahora pone en tela de juicio.

Las declaraciones de Altuna y Dosetti vertidas en otro expediente, se incorporaron con noticia de las Defensas. En caso de que la agregación de esos testimonios o la recepción de declaraciones sin su control supusieran, a su juicio, un cercenamiento de sus garantías, pudieron objetarlo en la etapa correspondiente.

Igual consideración, merece la agregación de los documentos en piezas 27, 28 y 29 que emanan de organismos públicos y por lo tanto hacen plena prueba. El Ministerio de Defensa Nacional envió gran parte del material solicitado que permite extraer algunas conclusiones.

En primer término, aparece un sistema de fichaje de los detenidos desaparecidos repetidos, con datos intercalados en el tiempo. En muchas de esas fichas, hay una anotación que abarca el período 1971/1978, con información del Departamento III del SID, que indican hasta qué punto conocían y seguían los movimientos de esas personas.

De ese conjunto de anotaciones se concluye que los Servicios de Inteligencia tomaron conocimiento de la estructura del PVP, de sus Claustros, de los contactos de cada uno, de la función que cumplían, sus alias, sus vehículos y sus domicilios. La delación precipitó la caída de los militantes, que se produjo en pocos días. Las fechas de las detenciones, en tandas, se corresponden con los propios comunicados emitidos por la Oficina de Prensa de las Fuerzas Conjuntas, también la cantidad, pero no hay explicación sobre los que desaparecieron.

Laguna explicitó claramente que Gavazzo estuvo en su casa, incluso con el detalle que aquél tenía el reloj de su padre y su relato se corresponde con el modo que se realizaban los operativos en Buenos Aires. Los argentinos proporcionaban la infraestructura necesaria e intervenían en los secuestros de manera activa.

De casa de Soba, se llevaron una suma importante de dinero y Laguna fue trasladada a Montevideo, en avión de línea, con la custodia y acompañamiento de Arab y Gavazzo. En las declaraciones de éste, hubo reconocimiento de que vino a Buenos Aires y se entrevistó con Mechoso, quien ofreció entregar parte de ese botín, a cambio de la libertad y seguridad para él y su familia. No reconoció el

traslado posterior de la familia Mechoso, pero si, al menos en parte, la recepción de importante suma.

Las compañeras de Mechoso y Soba vinieron a Uruguay y fueron alojadas en uno de esos centros que el SID utilizaba en la época, incluso con los niños, probablemente en la Rambla República de México.

Las detenciones de la última tanda se produjeron casi simultáneamente en varios casos, en operativos tendientes a un mismo fin y fueron todos conducidos a la base de Orletti. No exculpa a ninguno de los encausados la contemporaneidad de las mismos, puesto que, en el caso de Gavazzo y Arab se encontraban, en esos días, actuando en Buenos Aires.

Insistió la Defensa de Arab en la aplicación de un derecho de autor, considerando que se extrajeron conclusiones que no derivan de la conducta personal del encausado, sino que son deducidas de su estado militar y de su condición de prestar servicios en un destino militar determinado.

No se encuentran involucrados en el proceso todos los militares que revistaban en el Servicio de Información de Defensa, en la Organos Coordinadores de Operaciones Antisubversivas o en la Dirección Nacional de Información e Inteligencia, por el sólo hecho de cumplir esas funciones.

Se trató de investigar quienes fueron los partícipes en acciones desplegadas en la República Argentina, a partir de operaciones de inteligencias previas, destinadas a atrapar personas que integrarían movimientos subversivos u opositores al régimen militar.

La identificación precisa de los integrantes de ese grupo supuso la recepción de abundante prueba y sólo se formuló requisitoria para aquellos sujetos que resultaron señalados, con el grado de certeza suficiente, como partícipes en la perpetración de actos aberrantes.

Respecto del agravio referido a la prescripción de la acción y aplicación del artículo 123 del Código Penal, señala que sobre el punto existe la sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Penal de Segundo Turno, en donde se hizo un certero análisis sobre el sentido del referido artículo 123 y su alcance.

Por otro lado, señala que la Fiscalía entiende que se trata de crímenes contra la humanidad y, como tales, resultan imprescriptibles.

El concepto de crímenes contra la humanidad no es de reciente elaboración, sino que se retrotrae a la Carta del Tribunal Militar Internacional que funcionó en Nürenberg y el Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945, donde se definieron los actos que se consideraban crímenes sujetos a la jurisdicción del Tribunal, clasificándolos en tres categorías: crímenes contra la paz, crímenes de guerra, y crímenes contra la humanidad.

Las fuentes del Derecho Internacional imperativo que enumera consideran aberrantes la ejecución de ciertas clases de actos y sostienen que, por ello, esas actividades deben considerarse incluidas dentro del marco normativo que procura la persecución de aquellos que cometieron esos delitos.

Es posible señalar que existía, a la fecha de comisión de los actos precisados un orden normativo –formado por tales convenciones y por la práctica consuetudinaria internacional- que consideraba

inadmisible la comisión de delitos de lesa humanidad ejecutados por funcionarios del Estado y que tales hechos debían ser castigados por un sistema represivo que no necesariamente se adecuaba a los principios tradicionales de los Estados nacionales para evitar la reiteración de tales aberrantes crímenes.

Discrepa, radicalmente con la Defensa de Arab, ya que entiende que la ley de caducidad no es una ley de amnistía. Al discutirse el proyecto de ley, los legisladores consideraron expresamente que no se trataba de una ley de amnistía, sino de la caducidad del poder-deber de castigar determinados delitos. Si se hubiera querido sancionar una amnistía, se habría dicho en forma expresa, utilizando la terminología del artículo 85, numeral 14 de la Constitución y, por otra parte no se derogó el artículo 5° de la Ley 15.737

Si analizamos la ley de caducidad ateniéndonos al significado de las palabras, inevitable es concluir que se evitó utilizar el término amnistía, no porque se desconociera su alcance, sino porque no había voluntad de decretarla.

Asimismo, señala que no comparte la posición del entonces Fiscal Letrado Nacional en lo Penal de 4° Turno, en cuanto éste se pronunció por la naturaleza de la Ley 15.848, como ley de amnistía.

En relación al reclamo de la Defensa de Arab respecto a la inobservancia del principio acusatorio por aplicación del principio de continencia de la causa y errónea aplicación del principio iura novit curia.

La Señora Fiscal expresa le asiste razón en cuanto a que el Señor Juez condenó por la comisión de 28 delitos de homicidios muy

especialmente agravados, en tanto, en el petitorio, por error de transcripción, se mencionaron los nombres de 27 personas como víctimas de desaparición forzada.

Sin embargo, el nombre omitido, Mario Cruz Bonfiglio, fue claramente relacionado en el Capítulo correspondiente a los hechos probados y atribuidos a los imputados. Los hechos relacionados son, en sustancia, los mismos.

Se ha demostrado cómo los encausados, integrantes ambos del SID, participaban en operaciones de inteligencia llevadas a cabo durante el período de autos, con el fin de ubicar personas y desarticular movimientos subversivos, hechos que, en sí, no serían en principio ilícitos, aún en el marco de un proceso dictatorial.

El fundamento del reproche penal radica en los procedimientos aberrantes empleados, secuestro de las víctimas, aplicación de tormentos y desaparición. Además, se desarrollaron al amparo del poder estatal, usufructuando recursos e infraestructura que, por razón de su cargo, y de los fines propuestos, tenían a su disposición.

La nota de clandestinidad, a que se aludió antes, resulta relativa, puesto que los superiores jerárquicos necesariamente conocían o directamente ordenaban los procedimientos. No obstante, ese *modus operandi* ha producido notorias dificultades para la investigación, en virtud de la supresión u ocultamiento de documentos, registros y pruebas de las actividades llevadas a cabo en esa época.

Por una parte, alegaron la existencia de órdenes solamente verbales, por otra, por ejemplo Gavazzo, afirmó que existían registros

de las operaciones del S.I. D., que no fueron ubicados por el Ministerio de Defensa.

La falta de documentación se puede adjudicar tanto al nivel de clandestinidad con que se efectuaban esos procedimientos ilícitos, como al propósito de destrucción de cualquier vestigio de prueba de las actividades ilegales.

Aunque no solicitó la imputación del delito de asociación para delinquir, ello no significa desconocer el modo de actuación conjunta, actuaron en forma organizada para la consecución de determinados fines, al menos en el lapso que se estableció en autos, cumpliendo funciones predeterminadas en Argentina y Uruguay.

La forma de coparticipación en carácter de coautores supone que el dominio del hecho lo tienen esas personas que, en virtud del principio del reparto funcional de roles, por igual, asumen responsabilidad en la realización de los hechos ilícitos.

En cuanto a la adhesión a la apelación, el agravio lo constituye que se haya atribuido a los encausados el delito de homicidio muy especialmente agravado, y no, el de desaparición forzada.

Sostiene que es cierto también que, en las actuales circunstancias, puede pensarse que la suerte corrida por las víctimas fue la muerte, pero la afectación a diversos bienes jurídicos marca la disimilitud de situaciones.

Los argumentos expuestos en la acusación deben tenerse por reproducidos aquí y debe darse preeminencia, a los efectos interpretativos, a las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en cuanto ha entendido que, ante la duda de la

muerte (obviamente si no se encuentran los restos de las personas detenidas ilegalmente), es dable considerar que se está frente a un caso de desaparición forzada y no de homicidio.

En relación al sujeto pasivo, se registra la particularidad de que existe una víctima directa a quien en definitiva se priva de su libertad, se le conculca su derecho a la 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.

No basta con afirmar que los desaparecidos están muertos, no basta a las víctimas, ni a la sociedad, cuando se persiste en el ocultamiento. No encontrar el cadáver, no saber en definitiva como sucedió ese asesinato, tolerar estrategias de ocultamiento y hasta mentiras desembozadas, es lo que, perfila la diferencia con el homicidio.

La declaración forzada es un delito permanente, no sólo porque así lo estatuye el artículo 21 de la Ley 18.026, sino porque esa característica estaba ya en las previsiones del artículo 17 de la Declaración sobre protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución A/47/133 del 18/12/1992; y en el artículo III de la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas, de Belem de 1994.

La imputación de este delito supone abordar uno de los principios de Derecho Penal liberal como lo es el de legalidad.

Sostiene que, a la luz de los innumerables Convenios internacionales sobre derechos humanos establecidos con posterioridad a la creación de Naciones Unidas, los tipos penales deben ser interpretados en clave de víctimas o si se quiere desde la perspectiva de éstas.

Entiende que el principio de legalidad y su correlato la no aplicación retroactiva de la ley penal, no se ve soslayado con la imputación de figuras penales que al momento de acaecer los hechos no eran recogidas en los distintos ordenamientos jurídicos, aunque sí en el ámbito internacional.

Al respecto señala que el artículo 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos estatuye que nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.

Dicha excepción también es pasible de ser reconocida en el giro utilizado en el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos cuando prevé "de acuerdo con el derecho aplicable".

Por tanto, se ha de colegir que la fijación de una excepción de tal naturaleza desde el ámbito internacional y en el marco de acuerdos sobre derechos humanos, no puede tener otro objeto que el de habilitar el enjuiciamiento y castigo de actos reconocidos como delictivos conforme a los principios generales de derecho internacional, aún cuando dichos ilícitos no estuviesen tipificados al momento de su comisión por el derecho nacional.

Es de resaltar que dicha cláusula fue incorporada en ambos tratados con el expreso propósito de responder a situaciones como las de la Segunda Guerra Mundial y que los crímenes de lesa humanidad por los que fueron juzgados y condenados varios de los dirigentes nazis, fueron tipificados ex post facto y no tenían precedente legal penal.

La ausencia de un tipo penal de desaparición forzada en la legislación nacional no es óbice para condenar a los partícipes de actos de tal naturaleza, siempre que esta conducta ya estuviese considerada delito por el derecho internacional.

Es ilustrativa la opinión de la Corte Interamericana respecto de la actuación esperada de los tribunales domésticos, descrita en sentencia del 26 de setiembre de 2003, expuesta en el parágrafo 123.

Al respecto se consigna que, la obligación establecida en el artículo 2 tiene la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara acerca de cómo resolver un caso particular. Sin embargo cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella.

Agrega que la Corte es conciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico.

Pero cuando un Estado ha ratificado una Convención, los jueces como parte del aparato del Estado también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin.

En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Reitera argumentos acerca de la recepción, en nuestro ordenamiento jurídico de la tesis monista con relación a la incorporación de los tratados de derechos humanos y obligaciones de los jueces.

Solicita que, en definitiva, se confirme la recurrida, salvo en cuanto no recibe la calificación de desaparición forzada de personas, aspecto que pide que se revoque.

VII) Que a fs. 9.200 vto. se confirió traslado de la adhesión a la apelación, el que fue evacuado de fs. 9.202 a 9.224 por la Defensa de Gavazzo, y, de fs. 9.226 a 9.237 por la Defensa de Arab.

VIII) Que, en síntesis, la Defensa de Gavazzo expresó lo siguiente.

Los dos únicos hechos que pueden calificarse de operacionales, lo fueron el transporte de prisioneros de Argentina a Uruguay en el mes de julio y alguno aislado que vino posteriormente como María y Alvaro Nore. Los mismos fueron realizados con la exclusiva finalidad de salvar sus vidas, y en otras ocasiones por propia voluntad

de los trasladados, como fueron los casos de María Laguna y su familia y Beatriz Castellonese y su familia.

La presunta existencia de personal militar uruguayo en otro tipo de operaciones internacionales es fruto de denuncias, sin tener Uruguay ni sus efectivos militares vinculación alguna con tales hechos.

En cuanto a decisiones puntuales que debieron tomar algunos militares ante situaciones puntuales, las mismas se encuentran debidamente documentadas en el expediente y ninguna de ellas puede tipificarse como delito.

En cuanto a los centros clandestinos de detención, los locales físicos utilizados para la detención de miembros del P.V.P., fueron parte del SID, una dependencia oficial del mismo y una casa en la Rambla, otorgada en uso por la Justicia Militar y debidamente identificada con símbolos nacionales. Por parte de OCOA, su base estaba en el Servicio de Material y Armamento.

Si la clandestinidad se refiere a la demora en tiempo de pasaje a Juez de los detenidos, no era resorte del nivel jerárquico del entonces Mayor Gavazzo, sino de sus superiores. Basta leer al respecto el libro "Uruguay nunca más" donde se determina que entre 1972 y 1980, el promedio de tiempo que se demoró en pasar los detenidos a la Justicia, oscilaba entre tres y doce meses, en alrededor del 70% de los casos. En consecuencia, es claro que se trataba de una política del Man do Militar y no de los Oficiales Subordinados que no tenían responsabilidad alguna al respecto. En el caso de los detenidos del

P.V.P. se demoró aproximadamente tres meses en someterlos a la Justicia.

Resulta incomprensible la adjudicación de clandestinidad que la Señora Fiscal le pretende asignar a un edificio militar con sus Insignias y Pabellón Nacional a la vista y con guardia uniformada exterior también visible.

Respecto a lo que se denomina "la casona de Millán" ha quedado inequívocamente demostrado que su defendido no conocía la existencia de la misma, más allá de no haber sido contemporáneo de los hechos que se juzgan.

En lo que concierne a la "base Valparaíso" no sólo no conocía su existencia, sino que fue adquirida y usada por las Fuerzas Armadas después que Gavazzo se encontraba en situación de retiro.

De igual manera acontece con lo que se denomina "La Tablada" que era un recinto militar que nada tiene que ver con su defendido, al igual que con la base "300 Carlos".

La Señora Fiscal expresa que el único edificio inspeccionado fue el de Bulevar Artigas y Palmar por ser el único que se mantiene en poder de las Fuerzas Armadas.

Tal afirmación no es veraz, ya que "300 Carlos", el más importante de los centros por el volumen de los detenidos, está actualmente en poder de las Fuerzas Armadas, al igual que todas las Unidades de Infantería, Artillería, Caballería, Ingenieros y la entonces Trasmisiones, que sumaban aproximadamente 35 centros de detención de similares características, sin contar los correspondientes a la Armada, la Fuerza Aérea y a la Policía.

A la luz de lo expresado, la Defensa entiende que no deben mezclarse hechos, lugares y personas, colocando todo en un mismo recipiente, como si todo fuese igual, pues los elementos probatorios que obran en autos exhiben la veracidad de lo declarado por Gavazzo.

No son acertados los dichos de la Señora Fiscal cuando sostiene la hipótesis de que en aquellos tiempos no se tenía información suficiente sobre los verdaderos nombres de los militares.

Los declarantes en este expediente no se contradicen en los nombres, sino en los hechos que se le imputan a cada uno de los nombrados. No hay que olvidar que unos militares se presentaban con nombre y apellido de sus camaradas, así como a otros los prisioneros los conocían de antes, o los reconocían por la voz.

No es en los nombres donde están las contradicciones, sino claramente en los hechos imputados.

Señala la Señora Fiscal que el 24 de julio fueron trasladados un grupo de personas desde Orletti a Uruguay. Esto es cierto.

Empero, a continuación, la Fiscalía pretende dejar asentado que, a principios de octubre, hubo nuevos traslados desde Argentina a Uruguay, lo que además de no ser veraz, le ha resultado imposible de probar.

Quedó claro que las afirmaciones del Comandante Bonelli no tenían sustento probatorio alguno y, en cambio, si lo tenían las probanzas de los pilotos indagados, de tal manera que ni siquiera se llegó a pedir el procesamiento de ellos.

Esas probanzas no fueron meras declaraciones testimoniales, sino que fueron avaladas por documentación, a los que se oponían las

9275

declaraciones de Rodríguez, periodista que declaró de oídas, en base a tres supuestos testigos anónimos.

Con respecto a los documentos provenientes de Estados Unidos, la Defensa ha sido clara en cuanto a que se pretende introducir opiniones del Departamento de Estado, cuando este Departamento y sus Agencias colaterales están acusados de ser los creadores del "Sistema Cóndor", en el marco de la "guerra fría", y es natural que un país defienda sus intereses nacionales por encima de los de los demás, ensayando una estrategia defensiva que hace recaer la responsabilidad sobre países más débiles.

La Señora Fiscal hace una lectura equivocada de las fichas referidas a los militantes del P.V.P. ya que lo que puede estar anotado en ellas fue transmitido en primer término por las autoridades argentinas y, posteriormente, por los delatores que tuvo la propia organización terrorista, como María y Alvaro Nores, Félix Díaz y Laura Ansalone, además de Carlos Goessens Mere.

No es cierto que Gavazzo estuvo en la casa de Laguna, como lo es también que Sandro Soba lo viese con el reloj de su padre, son situaciones ficticias que no ocurrieron y que luego se utilizaron para justificar expresiones subsiguientes.

Ciertamente, Gavazzo viajó a Buenos Aires a entrevistarse con Mechoso, pero la Fiscalía omite que ese viaje se realizó a pedido del propio Mechoso y que éste no ofreció entregar parte del botín producto de un secuestro extorsivo a cambio de su seguridad y la de su familia, sino que sólo pidió por su familia, la que aún estaba en libertad y no había sido ubicada por los argentinos.

47

Fue su defendido quien -a motu proprio y luego de consultar con sus Superiores en Uruguay y de tener la autorización de las autoridades argentinas- le prometió que si sus informaciones eran correctas, trataría de darle seguridad a él también, lo que finalmente no se pudo lograr.

Aquí parece importar más castigar al justiciable que dilucidar su reproche específico, mas allá que la prueba sea consistente o no, que los tipos penales sean diversos, que se viole el principio penal y procesal de la prescripción delictual, que se desconozca el carácter de amnistía de la ley de caducidad y de la manifiesta idea de la Señora Fiscal de que el justiciable debe probar su inocencia debido a las dificultades que ella ha manifestado poseer para la obtención de la prueba.

Todo esto, siendo claro, exhibe un rechazable Derecho Penal contra personas definidas como enemigas y, por ello, tratadas en tales términos, desconociéndose la verdadera dimensión de las garantías individuales que debe prodigar un sistema democrático.

Gavazzo no tuvo intención de matar ni actuó tendiendo a ello, así como en definitiva no dio muerte ni privó de libertad ni hizo desaparecer personas. Nadie ha afirmado que Gavazzo hubiera dado muerte a ninguna de las personas por las cuales se les ha imputado la calificación delictual de homicidio.

Ha quedado suficientemente probado que las detenciones fueron realizadas por personal militar o paramilitar argentino, actuando a las órdenes de mandos de ese país. La Defensa subraya que no se dan en autos los aspectos normativos del tipo imputado en la sentencia de



primera instancia, ni tampoco los del peticionado por el Ministerio Público.

En la hipótesis de homicidio, no hay nexo de causalidad entre la potencial muerte de esas personas y la actuación del justiciable. Su comportamiento como Oficial de enlace, así como su protagonismo al rescatar a muchas personas uruguayas, trayéndolas a nuestro país, y también la ausencia de prueba que indique relación suya alguna con la muerte de las otras personas, inhibe imputar el tipo penal de marras.

Por otro lado, la desaparición forzada tampoco puede ser atribuida: a) Gavazzo no detuvo ni mantuvo bajo restricción de libertad a tales personas, b) la prueba que obra en el expediente acredita su subordinación a los mandos uruguayos y no a los argentinos, c) su comportamiento no agravó la situación de los detenidos, sino que procuró rescatar de allí los que fueran posible, d) el tipo penal fue creado con posterioridad a los hechos que dieron pie a esta causa y ello implica que la ley penal no le resulta aplicable.

La hipótesis de autos, se trata de un claro caso de violación del principio de non bis in idem. Los hechos, por lo que se juzga al imputado, han sido sometido a indagaciones judiciales anteriores y valorados por el Poder Ejecutivo del momento, concluyéndose que no correspondía ejercer el poder punitivo del Estado.

No se trata que ahora se efectúe otra interpretación de la ley de caducidad, sino de que, en un sistema democrático se pronunció antes desechando la pretensión punitiva.

La actual interpretación da la impresión de corte netamente político en vez del literal y contextual de la mentada ley de caducidad de la pretensión punitiva del Estado.

No cabe otra posibilidad de reconocer que operado la prescripción delictual, que la ley de caducidad ha producido sus efectos y su naturaleza jurídica es nítidamente de una amnistía.

Sostiene que es infundado hablar, como lo hace la Señora Fiscal, de que se trata de crímenes de lesa humanidad.

El tipo de desaparición de forzada es de creación reciente y, por tanto, inaplicable, a hechos acaecidos con anterioridad y que lo anteriormente consagrado es la persecución de conductas criminales que, por cierto, ya estaban contempladas en los tiempos de las presuntas muertes y privaciones de libertad que dieron pie a este proceso.

La manutención y el respeto de los principios de legalidad, certeza jurídica e irretroactividad de la ley penal, así como la previsión delictual que existía en los años setenta, llevan a concluir inequívocamente que el tipo de desaparición forzada no es aplicable hacia el pasado.

Debería mantenerse el tipo de desaparición forzada que sería aplicable a lo que ahora se denomina desaparición forzada. No se logra entender lo que en realidad desea el Ministerio Público pues son varias sus contradicciones, pero siempre en términos de buscar el máximo de pena previsto en la legislación.

Lo que la Defensa ha logrado comprender es que el propósito sería implementar un derecho penal de enemigo que es lo que se ha evidenciado a lo largo de este proceso.

Con el propósito de coartar el término de prescripción establecido en el artículo 117 del Código Penal, la Fiscalía se pronunció por el supuesto estado de peligrosidad de los encausados.

El concepto de peligrosidad conlleva una manifestación del Derecho Penal de autor, lo que implica que se trata de un castigo por lo que la persona es o representa y no por lo que eventualmente ha hecho, lo que se enmarca perfectamente en derecho penal del enemigo. La peligrosidad penal es una herramienta característicamente utilizada para castigar a las personas más allá de los hechos que penalmente se le imputan.

El imputado es una persona de sesenta y nueve años de edad, con varios problemas de salud, radicado siempre en el país, con familia integrada por esposa, cinco hijas y tres nietas, es militar retirado sin poder de mando ni circunstancia alguna que pudiera connotar una actividad relacionada con su otrora labor de inteligencia, en suma, no revista la más mínima nota de peligrosidad.

Sostiene que ha operado la prescripción de todo eventual delito cometido en los años setenta, siendo de rigor la aplicación de lo dispuesto por los artículos 117 y 124 del Código Penal.

Por otro lado, la imprescriptibilidad de los tratados internacionales suscritos por Uruguay, no es aplicable a este caso, pues aquí se trata de delitos de homicidio y no de genocidio ni delito de lesa humanidad.

Son disposiciones para el futuro y no para el pasado, es decir, que los crímenes cometidos a partir de la vigencia de dichas disposiciones serán imprescriptibles de aquí en más, pero no será aplicable la imprescriptibilidad para los acaecidos antes de la vigencia de dichas disposiciones internacionales signadas y reconocidas por Uruguay en el fuero nacional.

La ley 15.848 constituye una ley de amnistía, tal como lo ha expresado la Suprema Corte de Justicia en sentencias N° 137/88, 184/88 y 332/2004. El mero hecho que no se haya dicho así, obedece a una cuestión meramente semántica, pero no se debe ignorar que su propósito manifiesto era la anhelada pacificación nacional entre todos los uruguayos.

Los efectos de una amnistía no pueden ser discrecionalmente revertidos por nuevas interpretaciones, máxime cuando ya ha surtido sus efectos.

Evoca el pensamiento expuesto por JIMENEZ DE ASUA, en cuanto a que la Corte de Nürenberg "...hasta el final ha sido este juicio modelo de lo que debe evitarse...". La Defensa tiene la misma posición principista en lo que dice a preservar las garantías individuales, los derechos humanos y los valores del Derecho Penal democrático, liberal, republicano y de corte constitucional.

En cuanto al *jus cogens* al que hace referencia la Señora Fiscal, tampoco se comparte su pensamiento, puesto que se trata de un supuesto derecho de orden consuetudinario, rayano con el ortodoxo y superado Derecho Natural y netamente contrario al principio de legalidad.

Todo lo que se aparte del principio de legalidad debe ser dejado de lado por contrariar nuestra Constitución, y los consagrados principios penales de legalidad, tipicidad, certeza jurídica igualdad, non bis in ídem.

Solicita que en definitiva se revoque la sentencia atacada.

IX) Que evacuando el traslado conferido, la Defensa de Arab expresó, lo que a continuación, en síntesis, se expondrá.

La existencia del Plan Cóndor, como acuerdo exclusivamente criminal no surge probada en autos, circunstancia que no se ve menoscabada por las múltiples y variopintas investigaciones periodísticas que han sido recogidas de diferente forma en el transcurso de los últimos treinta años. De la investigación judicial, única forma de producir prueba hábil a los efectos jurídicos, no surge tal designio criminal, general e indiscriminado.

Contrariando las conclusiones a las que arriba el Señor Juez y la Señora Fiscal, debe decirse que la comparecencia de muchas de las personas que han prestado su testimonio en este proceso, autoproclamados opositores al régimen militar que no fueron exterminados y en algún caso sometidos a proceso alguno, aún cuando dicen haber sido detenidos en la Argentina y trasladados al Uruguay, es prueba irrefutable de la falacia que esas conclusiones encierran. Sus propios avatares de vida, de ser ciertos en todos sus términos, perjudican directa y absolutamente la existencia del mentado plan.

Aún teniendo por cierta la existencia de dicho acuerdo criminal, no es razonable postular que fuera de conocimiento y sujeción

públicos. Un plan de tal naturaleza debió ser reservado a las más altas jerarquías de la época y no a oficiales de rango medio o aún inferior, cuya participación personal y dolosa, ya sea en la decisión o en la ejecución, debió haber sido probada fehacientemente en el proceso.

No es válido ni se ajusta a derecho plantear responsabilidades groseramente generales, atribuibles por igual a todos aquellos militares destinados en SID u OCOA, que pudieron tener algún vínculo con el Ejército Nacional en destinos determinados, con los devenidos testigos en la causa o que por razones de servicio hubieran viajado a la ciudad de Buenos Aires. La necesaria coincidencia entre determinación criminal atribuible al encausado Arab y tipo penal está irremediablemente ausente en este proceso.

Ha sido frecuente la referencia del Ministerio Público a elementos de convicción impropios para la causa, emergentes de otras actuaciones judiciales, de investigaciones particulares o periodísticas, cuya improcedencia postuló la Defensa con anterioridad, a lo que se agrega, en la última comparecencia, hechos que conoce y pudo haber alegado cuya prueba se abstiene de presentar, aunque existiría y habría estado al alcance de la Señora Representante del Ministerio Público.

La Defensa no puede dejar de señalar cuán desacertado es el argumento referido, ya que todo hecho, cualquiera sea, de que pretenda hacer caudal el Ministerio Público, debe alegarlo acompañado de los elementos probatorios que estime del caso y disponga, no sólo de dar fundamentos a sus asertos, sino más aún, para asegurar el desarrollo de un juicio justo, imparcial, ajustado a derecho, en el que el encausado pueda gozar plenamente de su

legítimo derecho al conocimiento de todos los elementos considerados por quien lo acusa y articular con esa base su defensa.

Las dos figuras cuya aplicación pugnan Juez y Acusadora requieren y suponen situaciones y hechos claramente diferentes, por lo que la aplicación de una u otra trasciende una cuestión de derecho, sino que suponen plataformas fácticas y conductas particulares claramente diferentes, e incluso, opuestas.

En tanto, el sentenciante entiende probada la muerte por homicidio de determinadas personas, la recurrente considera que esas mismas personas han sido desaparecidas, y, aún cuando afirma, con inaceptable laxitud, que no descarta la ocurrencia de la muerte, tampoco la considera probada.

De hecho, la investigación judicial no se dirigió en ningún momento en ese sentido, la muerte no constituyó una circunstancia relevante a ser probada. Lo cierto es que si la muerte resultara probada, la aplicación de la figura típica "desaparición forzada" deviene imposible, simplemente porque no se verifica el tipo penal.

Vale decir que la figura típica "desaparición forzada" implica necesariamente desconocer la suerte o el paradero de la víctima, cosa que no ocurre si se conoce o se tiene por probada la muerte.

Esta evidente diferencia fáctica que presentan las posiciones asumidas por el Señor Juez y la Señora Fiscal, se confirma con la interposición del recurso de apelación por parte de la titular de la acción penal, lo que ha motivado su agravio en el sentido de la violación del principio acusatorio.

La inobservancia del principio acusatorio tiene como consecuencia el desconocimiento del principio de continencia de la causa, según el cual, todos aquellos hechos que no han formado parte de la plataforma fáctica que el acusador tiene por probada no son comprendidos en el contenido del proceso y por ello le está vedada al Magistrado actuante su incorporación.

La delimitación del presente traslado impone considerar únicamente la procedencia de la aplicación de la figura típica de desaparición forzada, ya que este es el tipo penal que la Señora Fiscal pretende sea aplicado al caso y por cuya desestimación se agravia.

Como notas diferenciales fácticas de dicha figura, la recurrente plantea la existencia de víctimas indirectas o secundarias que son las familias y los allegados a las víctimas, cuyo sufrimiento cuantifica mayor por el hecho de no encontrar el cadáver, no saber cómo sucedió el asesinato, tolerar estrategias de ocultamiento y hasta mentiras desembozadas.

Al respecto, la Defensa efectúa dos precisiones. En primer lugar, la plataforma fáctica en modo alguno incluyó tales extremos por lo que su consideración resulta inoportuna y, por ende, improcedente.

En segundo término, es indiscutible que ninguna de las características señaladas puede ser razonablemente atribuida a la resolución criminal o a la acción del encausado Arab, y de hecho, nunca se le atribuyeron, ni surge de forma alguna en este expediente su decisión o participación en ese sentido. Muy por el contrario, han sido contestes y categóricos los generales Barneix y Bertolotti en

9280

cuanto a reconocer que Arab no se encuentra entre quienes les han brindado información a la que la Señora Fiscal refiere.

La aplicación de la figura típica desestimada por el aquo respecto de hechos que precedieron en 30 años a su consagración legal, apareja la conculcación lisa y llana de normas y principios fundamentales de derecho: principios de legalidad, irretroactividad de la ley penal, igualdad, inocencia y certeza jurídica.

La recurrente, que reconoce expresamente las limitaciones que plantea el ordenamiento interno, sostiene que la conculcación es posible y fundamenta su posición en falaces argumentos que implican una interpretación errónea de derecho o proponen una ilegítima preeminencia del Derecho Internacional por sobre el Derecho Interno.

La figura en cuestión, como delito permanente, es tan sólo una ficción, una situación que el legislador quiso consagrar a falta de condiciones naturales intrínsecas. Si se tratara de una "situación" permanente, no sería necesario establecer legalmente que así se considerara; precisamente "se considera" porque no "es".

El fundamento de la calificación como delito permanente respecto de la figura "desaparición forzada" no puede encontrarse en el artículo 21 del texto legal en cuestión que la consagra, debido a la irrefutable circunstancia de su posterioridad en relación a los hechos, por aplicación del artículo 15 del Código Penal que dispone la irretroactividad absoluta de las leyes penales, salvo las de mayor benignidad.

Por iguales razones, tampoco es posible encontrar el fundamento de tal calificación, en las disposiciones de la Declaración

57

sobre la protección de todas las personas contra las Desapariciones Forzadas, ni en el artículo III de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas de Belem do Pará, y, a ello se suma la imposibilidad jurídica de aplicación de normas de derecho internacional sin correlato en el ámbito interno.

Acerca del momento en que dicha figura empieza a consumarse, es preciso tener presente la sentencia de este Tribunal N° 352 del 23 de octubre de 2008, de donde resulta que la norma resulta inaplicable aún si se tratara de un delito permanente.

Igualmente resulta inaceptable la invocación al derecho internacional que permita obviar la ilegalidad contenida en la aplicación retroactiva de la ley. La legislación nacional no reconoce al derecho internacional (aún ratificado legalmente) ningún privilegio respecto del derecho interno, cualquier interpretación en este sentido carece de sustento jurídico.

Tampoco es de recibo admitir la procedencia del derecho internacional o de los principios generales de derecho reconocidos por la comunidad internacional como fuente de derecho, calidad expresamente reservada a la ley, tal como lo dispone el artículo 9 del Código Civil.

El Estatuto del Tribunal de Nürenberg claramente no es aplicable a la situación en estudio, pero además, la definición de delito de lesa humanidad que consagra no contempla de forma alguna la figura típica de desaparición forzada.

Dicho Estatuto fue creado "...para, aplicando los principios de justicia e intermediación, enjuiciar y condenar a los principales

9281

criminales de guerra del Eje Europeo...". Su aplicación, entonces, es posible únicamente por analogía, expresamente vedado para el derecho penal, que requiere una descripción típica establecida legalmente,

Las demás Convenciones internacionales que recogen el concepto, son posteriores a los hechos y, por ello, no son aplicables por principio de no retroactividad de la ley penal, reconocido también el derecho internacional.

Sin perjuicio de ello, el delito de desaparición forzada en el ámbito internacional presenta sustanciales diferencias respecto de aquélla por la que optó el legislador nacional, como "acto aislado" plasmada en el artículo 21.1 de la Ley 18.026.

Claramente el derecho internacional desconoce la modalidad típica que se pretende aplicar en este caso, por lo que mal puede encontrarse en él argumento alguno que justifique la retroactividad contraria a Derecho que se pretende.

En la medida en que se respete el artículo 15 del Código Penal, la imprescriptibilidad no puede ser aplicada a hechos que, en todo caso, tuvieron lugar antes de la existencia de la norma que la consagra, a título excepcional.

Señala, nuevamente, que los hechos de autos se encuentran atrapados en la Ley 15.848 que consagró la amnistía para tales delitos, transcribiendo al respecto los dichos del Señor Senador José Germán Araújo, en la Sesión N° 76 del 20 de diciembre de 1986.

Sin perjuicio de ello, lo irremediablemente cierto es que los hechos que motivan la presente causa han sido puesto al amparo de las

58

disposiciones del cuerpo legal citado, y no es posible modificar dicho status, ni siquiera mediante un nuevo pronunciamiento del Poder Ejecutivo que, sin dudas, resulta contrario a derecho y por tanto inoperante.

Y ello es así, porque la norma citada ha consagrado la amnistía de tales hechos, una vez otorgada extingue el delito a partir de ese momento y para siempre, pero, además, porque el archivo de las actuaciones dispuesto en virtud de una resolución firme del Poder Ejecutivo que incluye los hechos en las previsiones de la Ley 15.848, tiene fuerza de cosa juzgada, tal como lo dispone la Suprema Corte de Justicia, en sentencia 332/2004.

Solicita que, en definitiva, se desestime los agravios del Ministerio Público y se revoque la sentencia de primera instancia.

X) Que, a fs. 9.238, por providencia N° 0680, el Señor Juez de primera instancia franqueó los recursos de apelación interpuesto por las Defensas y la respectiva adhesión de parte del Ministerio Público, viniendo los autos a conocimiento de esta Sala a fs. 9.243.

Pasados a estudio por su orden, se citó a las partes para sentencia definitiva, la que se acordó en legal forma.

CONSIDERANDO:

I) Que, en extensas exposiciones, tanto las Defensas como el Ministerio Público, impugnan la decisión en vista, expresando en el curso de ellas, las razones que fundamentan sus respectivas posturas.

Las primeras, se agravan, tanto por razones procesales como sustanciales, en tanto que, el Ministerio Público, cuestiona la calificación delictual atribuida a los hechos dados por probados,

Planteado el debate en estos términos, el Tribunal expondrá su punto de vista sobre los temas propuestos, procurando comprender en el tratamiento de los distintos puntos, los diversos matices que presentan las distintas posiciones.

II) Que, en cuanto a que la Ley 15.848, constituye una amnistía.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Entonces, en una lectura con perspectiva histórica, en este tema de los "... tratamientos inhumanos, crueles o degradantes o de la detención de personas luego desaparecidas..." (inciso 1º del artículo

5° de la Ley 15.737), no se trató de una cuestión semántica que el Legislador no utilizara el vocablo amnistía.

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

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

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

Por las razones expuestas, a juicio de la Sala, la Ley 15.848 no consagra una amnistía.

La Defensa de Arab (fs. 9120 y ss.), ha citado en apoyo de su postura, la posición expuesta en su momento por el Señor Fiscal de Cuarto Turno, Doctor Enrique Möller en cuanto a que, la Ley 15.848 es de amnistía, "...términos recogidos por el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de Segundo Turno...", citándose la sentencia de esta Sala N° 268/2005, dictada en el caso de María Claudia Irureta de Gelman.

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

Veamos.

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

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

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

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

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

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

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

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

Lo expuesto no es más que la aplicación del principio acusatorio que rige en nuestro derecho (art. 22 de la Constitución), y que, en principio, irradia o se proyecta a todas las fases del proceso penal; sin

que se advierta fisura normativa alguna que pueda apoyar la tesis de primera instancia...".

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

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

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

III) Que, en cuanto a la defensa opuesta en el sentido de que ha operado la prescripción de los hechos delictivos imputados, conforme a lo dispuesto por el artículo 117 del Código Penal, el Tribunal estima que esta excepción no es de recibo.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En definitiva, el texto que resultó aprobado fue el que corresponde a la hoy vigente Ley 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.....

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

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

Finalizando su primera exposición, el referido Señor Senador, dio lectura a una declaración firmada por la bancada de Senadores del Partido Colorado, en cuyo ordinal 2º, se decía: "...Con ella [se refiere a

la solución propuesta] el país evitará una situación de hecho muy grave que, más allá de las posibles desobediencias a las citaciones para comparecer a declarar ante los jueces consideradas como actitudes individuales pasibles de las sanciones consiguientes, ha de originar un serio conflicto institucional...".

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

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

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

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

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

Por el artículo 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, el 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 caber 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).

En lo que hace a la adición del tercio previsto por el artículo 123 del Código Penal.

En la citada interlocutoria se dijo: "....Consigna en su voto el Señor Ministro, Doctor William Corujo, que: "...los parámetros o

pautas señaladas en el artículo 123 del Código Penal, son independientes de la culpabilidad.

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

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

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

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

Esto es, bajo el influjo de las condiciones de su estado peligroso, es probable que reiterase la conducta que ameritó la transgresión penal, y, en el caso, se perfilan (motivación) el complejo de condiciones internas y externas del sujeto peligroso, tanto subjetivas (ideológicas)

como objetivas (socio-políticas) (Cfm. BAYARDO, Derecho Penal Uruguayo, tomo III, págs. 171 a 186).

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

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

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

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

Comparto con la Defensa, que la prescripción es un instituto con características propias, y, que efectivamente, el transcurso del tiempo es la base medular de su razón de ser; por ello, ciertos delitos se

castigan con penas leves y otros muy severamente, siempre en comunión con la magnitud del injusto.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De no existir un límite, sería algo indefinido en el tiempo, contrariando, en ese caso, los principios generales de derecho, en

cuanto al ejercicio de cualquier tipo de derecho, puesto que, su no ejercicio o el desinterés, los llevan a desaparecer.

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

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

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

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

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

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

La interpretación de primer grado, en mi opinión, dejaría vacía de contenido la referencia mencionada a la "...gravedad de los hechos en si mismo....", o, a "...la naturaleza de los móviles...", si no estuvieran directamente vinculados al tiempo del maleficio; ya que no hay otro momento para su análisis, puesto que tanto los sucesos, como sus móviles, fueron, son y serán aquéllos que se dieron en un momento específico, esto es, al consumarse el delito.

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

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

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

Esto lleva a concluir que, la observación de los requisitos legales establecidos en el artículo 123 del Código Penal, es de tipo formal, y delimitada al momento de la consumación, siendo su finalidad única,

determinar si corresponde, al caso, una espera mayor para que opere la prescripción, en el entendido que ello se 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, estimo que las pautas a analizar son objetivas, y, en el caso de los homicidas, derivan de la apreciación de las características del maleficio al momento en que se produjo, y a ellas debe estarse....".

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

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

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

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

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

Aquí, cabe precisar que, la disposición legal, no alude a cualquier hecho criminal, sino específicamente a la figura delictiva del homicidio, supuesto 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 si mismo..."

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

BAYARDO, define a la peligrosidad, como la "...situación de estado de una persona que haya cometido un hecho previsto por la ley como delito, o que ha realizado una conducta que ha sido prevista expresamente en la ley penal -bien que sin ser delito- bajo el influjo de

condiciones de cuyo estado es probable que recaiga en la actividad delictuosa, o la realice en el futuro..." (Tratado..., tomo III, pág. 170).

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

IV) Que en cuanto a la valoración de la prueba y su suficiencia como para fundar y dictar una sentencia de condena.

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

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

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

"...La Defensa Nacional es uno de los medios para lograr la Seguridad Nacional y consisten en el conjunto de órganos, leyes y reglamentaciones que con ese fin el Poder Ejecutivo acciona a través de los Mandos Militares para anular, neutralizar o rechazar los agentes capaces de vulnerar dicha seguridad...." (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 18° 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 N° 1 del 12 de junio de 1976).

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

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

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

En este contexto, a los efectos del análisis, resulta por completo irrelevante la intención o motivación del agente que violó los derechos

humanos, lo decisivo es que la transgresión ha tenido lugar con el apoyo o la tolerancia del poder estatal.

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

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

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

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

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

Asimismo, en informe elevado al Señor Presidente de la República, por el Señor Comandante en Jefe de la Armada, se concluye en que: "...1. Existió coordinación e intercambio de información entre el FUSNA y la ESMA y entre los organismos de Prefectura de ambos países, no existiendo registros ni testimonios que permitan inferir vínculos con otros órganos argentinos.

2. El ciudadano argentino Oscar DE GREGORIO fue detenido por efectivos de la Armada Nacional y entregado a la Armada Argentina, previa coordinación gubernamental....(subrayado del Redactor)

9. El empleo de apremios físicos en el FUSNA como método de interrogatorio no fue sistematizado. Estas prácticas se llevaron a cabo, casi con exclusividad, a partir de mediados de la década del 70 y fueron resistidos en forma explícita y frontal, por la casi totalidad del Cuerpo de Oficiales de esa Unidad...."(fs. 1578).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La coordinación e intercambio de información con la Prefectura Naval Argentina era realizada mayoritariamente entre las Divisiones de Investigaciones de la Prefectura Nacional Naval y el Servicio de Información de la Prefectura Naval Argentina (DIPRE - SIPNA)...." (fs. 1585 a 1586).

El citado ejemplo de coordinación acerca de la detención y entrega del ciudadano argentino Oscar De Gregorio, se resume: "...desembarcaba de un aliscafo de la compañía "Alimar" pretendiendo

ingresar al país con documentación falsa y con dos granadas escondidas en un paquete de yerba y un revólver en un termo...."

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

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

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

Es decir, como se dijo en la premencionada interlocutoria N° 24: "...Una de las notas distintivas del suceso investigado es la

clandestinidad: para la represión, para la detención, para la ubicación de los detenidos en determinados centros de detención, con la consiguiente y variada práctica de apremios físicos y psicológicos, para la rápida obtención de información operativa...”.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Y esto tiene su trascendencia y repercusión en lo que dice relación al conocimiento de lo ocurrido, ya que, a su vez, el modo



operativo escogido para la denominada lucha contra la subversión, privilegió, deliberadamente, borrar huellas, no dejar rastros de los hechos acaecidos.

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

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

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



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

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

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

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

9301

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

V) Que, es cierto que ni Arab ni Gavazzo pertenecían al estamento más alto del aparato estatal, si, por ello, entendemos a quienes diseñaron la política a seguirse en la materia que nos ocupa, no fueron “los hombres de atrás” o los de “escritorio”.

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

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

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

En este orden de ideas, la prueba respecto de Gavazzo y Arab resulta, francamente agobiante en su capacidad incriminatoria,

99

compartiéndose íntegramente la valoración efectuada, tanto por el Ministerio Público al acusar, como por el Señor Juez al sentenciar.

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

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

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

En la lista de objetivos militares, a los que el P.V.P. había ya dispuesto asesinar, además, Jorge Batlle, Washington Cataldi, figuraba, en primer lugar, José Gavazzo (fs. 3.723).

A fs. 6.749, se lee la nota de concepto del Señor 2do. Comandante de la División de Ejército I, correspondiente a la actuación de Arab, en el período comprendido entre el 21 de octubre de 1975 y el 19 de marzo de 1976

Se dice: "...En el cumplimiento de las órdenes derivadas de las directivas de la superioridad para impedir que organizaciones clandestinas y subversivas atenten contra la seguridad y la tranquilidad imperante en el país, el Señor Capitán Ricardo Arab, integrante de uno de los equipos operativos coordinados por el suscrito planifica e

interviene acertadamente en operativos que resultan en detenciones de individuos dedicados a actividades subversivas.

Además interroga a los elementos capturados, trabajando intensa y prolongadamente logrando determinar fehacientemente las responsabilidades de personas que con su accionar antinacional constituyen una constante amenaza para la obtención de los objetivos nacionales.

En esta actividad pone de manifiesto, corrección, subordinación, educación, compañerismo, valor, resolución, tenacidad, iniciativa, dominio de sí mismo, tacto, capacidad para el mando y la administración...”.

El propio Director del S.I.D., el General Amauri Prantl, en marzo de 1977, lo calificó al Capitán Arab de la siguiente manera: “...Ha demostrado poseer claro concepto del desempeño de sus obligaciones y capacidad para el mando, gobierno y administración, siendo un eficaz colaborador de la Dirección...” (fs. 6.757).

Como consigna en su voto el Señor Ministro, Doctor William Corujo: “... Ya en 1975 Gavazzo era elogiado por su brillante trabajo en inteligencia. Ello explica que fuese integrado a una lista supuesta donde, junto a personalidades de la vida política y pública del país, se convertía en objetivo militar.

No es menos destacable lo de Arab, ya que a fs. 6.749 consta una nota que destaca: a) lo bien que planifica detenciones de subversivos, b) interroga, trabajando intensa y prolongadamente.

Ello los vincula directamente con las acusaciones de López Burgos (fs. 6. 806) quien narra que en Orletti estaba bajo la dirección

conjunta de uruguayos y argentinos y allí operaban Gavazzo y Arab. Soto declaró que él estuvo en Orletti y ahí estaba presente personal militar argentino y uruguayo, y, entre ellos los imputados.

En similar sentido, Ana Quadros, Sara Méndez, Raquel Nogueira, además de todos los señalados en ocasión de tratar la impugnación del auto de procesamiento....”.

Por lo demás, y como lo pone en evidencia el Señor Ministro, Doctor William Corujo, Gavazzo tenía la costumbre de identificarse: “...te voy a sacar la venda, no mires para los costados, ni para atrás, mirame de frente, y me dijo que era Gavazzo...”.

En suma, a juicio de la Sala, la participación y responsabilidad de Arab y Gavazzo, siquiera aparecen empañadas por la menor sombra de duda, por lo que corresponde examinar si esa responsabilidad se extiende a todos los supuestos imputados en la acusación y en la sentencia.

VI) Que, desde el 28 de marzo de 1976, fecha en que fueron detenidos en Colonia, Vázquez de Anzalone, Gil y Ferreira, el P.V.P., sin pausas, comenzó un lento camino hacia la desarticulación y la consecuente detención de sus militantes, entre ellas sus figuras políticas emblemáticas, como Gerardo Gatti y León Duarte.

Con la excepciones constituidas por algunas detenciones en abril de 1976, el grueso de las mismas ocurrieron en junio: los días 9, 15, 17 y 30; julio: los días 9, 13, 14 y 15, fechas en las que prácticamente se detuvo la tercera parte de la organización.

En el mes de setiembre y octubre concluyó la obra de desmantelamiento del P.V.P., siendo detenidos algunos de sus cuadros



militares más importantes: Mechoso, Soba, Zaffaroni. Alrededor de 18 integrantes del partido fueron detenidos entre los días 23, 26, 27, 28 y 30 y en los primeros días de octubre (del 1 al 4), una decena más de militantes.

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

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

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

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

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

Antes de las detenciones de setiembre y octubre de 1976, es que corresponde la confección del parte especial de información N° 81, que es de fecha 21 de agosto de 1976, por el que, el Comandante de la División de Ejército I, da cuenta de la información procedente del

SID: la realización de ficheros de parte del P.V. P., con atentados ya resueltos: Gavazzo, Silveira, Seschi, Batlle, Echeverría y Cataldi; y, de personas para quienes ya está dispuesto relevamiento: Generales Queirolo, Prantl, Hontou, Raymundez, Brigadier Bendahán, Doctor Juan Carlos Blanco, Ingeniero Alejandro Vega Villegas y Julio Aznárez, entre otros (fs. 3.723).

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

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

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

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

Pero, además, no es lo que el Comandante Bonelli declaró en el Juzgado: "...le podía decir que yo hice el vuelo, él me corrige y me dice "los vuelos", yo le dije que sabía del que yo participé. El me dice que tenía que haber otro vuelo, yo le dije que me sorprendía pero que iba a averiguar, así fue como me impuse averiguar de esas dos personas más ese segundo vuelo. Informé verbalmente del vuelo que participé

para que no hubiera ningún tipo de dudas. Partiendo de la base del decreto de formación de la Comisión para la Paz, en el cual tiene un mandato expreso de confidencialidad de las fuentes (artículo 3º) que lo que me permitió profundizar lo mejor posible, con la mayor verosimilitud posible, de los hechos que se me habían encomendado investigar. Y así fue como llegué al convencimiento del fallecimiento de estas personas en Unidades de la Fuerza Aérea, su posterior entierro y de la misma forma llegué a la conclusión de que efectivamente como lo planteó el Dr. Gonzalo Fernández había existido otro vuelo aparte del que se había efectuado. Cuando yo hago el informe, pongo que estas operaciones fueron ordenadas por el Comando General de la Fuerza Aérea, y eso va en concordancia con lo expresado antes de que vuelo al exterior y vuelos especiales eran determinados y ordenados por el Comando General..." (fs. 3.771 y 3.772).

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

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

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

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

En conclusión, puede compartirse la aseveración del Ministerio Público: "... Como conclusión probatoria pues, queda la certeza de que el vuelo del 5 de octubre transportando prisioneros desde Argentina existió, pero no hubo información hábil, de fuente militar, que permitiera determinar lo sucedido después con los pasajeros, ni cuántos fueron..." (fs. 8.099).

Ahora bien.

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

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

después la operación con el Partido Comunista....” (fs. 8.833 y 8.834, subrayados del Redactor).

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

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

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

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

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

Llegados a este punto, es preciso señalar que hayan integrado o no el segundo vuelo las personas mencionadas en la acusación, hayan

sido muertas en Uruguay o Argentinas, la responsabilidad de los imputados no varía.

Las personas cuyas muertes se imputan en la sentencia en vista, fueron conducidas a centros clandestinos de detención, torturadas, etc.; es decir, el comportamiento de los imputados supuso y determinó que el bien jurídico vida de los detenidos, fuera puesto en inminente peligro, porque, como los mismos imputados lo manifiestan, el resultado muerte era el que normalmente ocurría en tales lugares.

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

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

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

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

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

En suma, como consigna en su voto el Señor Ministro, Doctor José Balcaldi: "....La prueba obrante en autos es abrumadora sobre cómo se operaba en Orletti.

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

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

A mi entender, existe plena prueba sobre la participación de Gavazzo y Arab en las actividades que terminaron con la muerte y desaparición de los restos de todos los involucrados, ya que los argumentos de las Defensas se centran, sobre todo, en contradicciones y en dispersión de los elementos colectados al momento.

Estimo que la valoración de los elementos de prueba debe darse en un examen detenido y armónico que, como se ha sostenido reiteradamente, lleva a descartar su análisis como piezas desvinculadas o aisladas que podrían hacer pensar en la falta de contundencia, o aún más, de poder probatorio.

En efecto, se debe tomar en cuenta el conjunto de pruebas e indicios recogidos para evitar su apreciación en dispersión que los haga aparecer como inconsistentes.

MANZINI sostiene: "...Si se tienen varios indicios con relación al hecho que se trata de probar, debe tener cuidado el juez de valorarlos en su conjunto y no aisladamente, recordando que las cosas que singularmente consideradas no prueban, reunidas sí prueban, y que es uno de los más usados artificios de la Defensa, precisadamente, el de aislar los indicios para quitarles la fuerza probatoria que proviene de su conjunto..." (Tratado..., tomo II, pág. 486).

En igual sentido la Casación italiana: "...No importa que cada uno de los indicios separadamente considerados no puedan conducir a la afirmación de la culpabilidad, bastando que ella resulte fundada en el conjunto y coordinación de todos ellos..." (sentencia 72/1976).

Las pruebas directas y los indicios deben correlacionarse y no dividirse. ...".

VII) Que, en cuanto al agravio del Ministerio Público, referido a que los hechos de autos deben calificarse, no como homicidio, sino como desaparición forzada de personas.

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

Allí se dijo: "...por imperio del artículo 15, inciso 1° del Código Penal (De la ley penal en orden al tiempo) "...las leyes penales que configuran nuevos delitos, o establecen una pena más severa, no se aplican a los hechos cometidos con anterioridad a su vigencia....".

Entonces, si el delito de Desaparición Forzada, creado por 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.

En suma, en opinión del Redactor (que lo fue de dicha interlocutoria el Señor Ministro, Doctor José Balcaldi), 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 expresó en su voto el Señor Ministro, Doctor Alfredo Gómez Tedeschi: "...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 con secuencia 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, en mi opinión, 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 el Doctor Chaves. Con el nullun 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, **la costumbre deviene fuente de derecho**, 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....” (Derecho internacional público, tomo I).

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

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

Como bien dice en su voto el Señor Ministro Doctor Alfredo Gómez Tedeschi en relación a este aspecto de la litis: “...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.

Señalo, a vía de reflexión, que 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?

En mi opinión 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".

Digo, 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 7°).

Señalo, 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....".

Dejo de lado mi discrepancia en la redacción dada al texto del artículo 21, ahora, me limitaré a analizar el texto de la figura en cuestión.

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, a mi criterio, 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 la centro por el lado de la retroactividad, sino, si se me permite, la ubico 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, a mi juicio, 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....”.

En el punto expresó en su voto el Señor Ministro, Dr. William Corujo Guardia: “...Dice la Señora Fiscal Doctora Guianze a fojas

4.097: "Es claro que a esta altura no se piensa que los detenidos desaparecidos estén vivos.".....

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

Naturalmente que, a mi juicio, la desaparición forzada constituye un delito creado contemporáneamente pero en modo alguno comparto que se trate de "un fenómeno contemporáneo", parafraseando a Galileo Galilei cuando es interrogado acerca de si el sol es eterno, respondemos "eterno no, ma e antico".

Demasiado antiguo para la humanidad su práctica.

Comparto que no puede confundirse con la figura del homicidio y la de la desaparición, que implica la ejecución de los detenidos en secreto, al amparo del aparato estatal, ocultando el cadáver para borrar toda huella del crimen. Pero ello no es lo establecido en el artículo 21°.

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.....

.....Estimamos que los ciudadanos, cuya destino se investiga está definido: *fueron asesinados y están muertos; ello no coarta el derecho del entorno familiar a continuar la búsqueda de la verdad acerca de las circunstancias y sus restos, pero es ajeno a la hipótesis delictiva que se analiza...*.....

.....Colofón.

No se adecuan los hechos.....a la figura de la desaparición forzada, sino a la del homicidio muy especialmente agravado....".

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

En especial, el Tribunal se permite destacar que, tal como está legislado en la legislación patria, además, el delito de desaparición

forzada de personas, está incluido en el Capítulo 2, bajo el nomen iuris "Crímenes de lesa humanidad - Actos aislados".

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

VIII) Que, 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.

Ahora bien, en ocasión de pronunciarse en definitiva, en esta causa, se ha procedido a revisar, reexaminar, la posición referida.

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 ha expresado que: "....Me remito a lo expuesto en la sentencia Nº 352 del 23 de octubre de 2008, con dos puntualizaciones: a) la estructura de los delitos es diferente, y la pena de la desaparición forzada es muy superior a la de privación de libertad; b) no obstante, ser menor que el delito de homicidio muy especialmente agravado, la

desaparición forzada es permanente y no obedece la prescripción, a diferencia del delito de homicidio....”.

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

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

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

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

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

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

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

Es, sobre estas bases, más que sintéticamente expuestas, lo que permite considerar que existía, a la época de los hechos criminosos de autos, un sistema de protección de derechos, obligatorio para el Estado uruguayo, independientemente de su consentimiento expreso, porque,

según esta postura, se trata de reglas imperativas de derecho internacional.

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

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

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

Ahora bien.

A juicio este Redactor y aunque esto 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, destacado del Redactor).

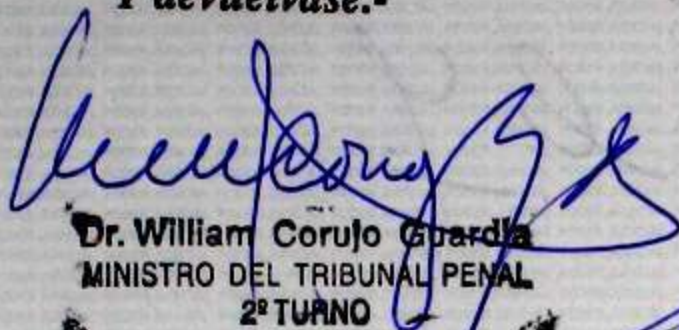
Y, agregaba: "...Si el Derecho internacional penal no puede en el estado presente llegar al relativo progreso que han logrado en lo interno incluso países que no pueden blasonar de alta cultura, es que no se halla todavía en el estado de constituir un verdadero Derecho y será mejor aguardar a otras épocas 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).

La Sala no tiene observaciones que formular en cuanto a las alteratorias relevadas y las penas impuestas.

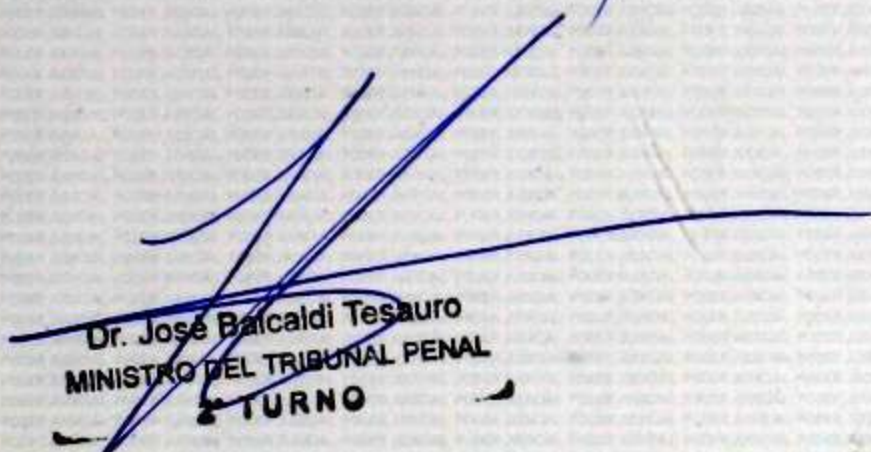


Por los fundamentos expuestos, el Tribunal, **FALLA:**
Confirmase la sentencia de primera instancia.

Y devuélvase.-


Dr. William Corujo Guardia
MINISTRO DEL TRIBUNAL PENAL
2º TURNO


Dr. Alfredo D. Gómez Tedeschi
MINISTRO DEL TRIBUNAL PENAL
2º TURNO


Dr. José Baicaldi Tesauro
MINISTRO DEL TRIBUNAL PENAL
2º TURNO


Esc. LILIAN S LEIFERT GRANDI
SECRETARIA LETRADA



Indec, 4 de febrero de 2010
Pase a mesa de notificaciones.

Li 4

