

Sentencia Nº 141

Ministro Redactor:

Dr. Daniel Tapie Santarelli.

30 de Mayo de 2012.-

VISTOS:

Para Sentencia Interlocutoria de Segunda Instancia estos autos caratulados: "GAVAZZO, José Nino; ARAB FERNÁNDEZ, José Ricardo; VÁZQUEZ BISIO, Gilberto Martín; SILVEIRA QUESADA, Jorge y MEDINA BLANCO, Ricardo José. Un delito de Homicidio muy especialmente agravado." IUE: 90-10462/2002.

RESULTANDO:

1) Por Resolución Nº 2278 de fecha 27 de octubre de 2011 (fojas 5029 a 5087-Pieza Nº 17) el Señor Juez Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 2º Turno dispuso el enjuiciamiento y prisión de José Nino Gavazzo, José Ricardo Arab Fernández, Gilberto Valentín Vázquez Bisio, Jorge Silveira Quesada y Ricardo José Medina Blanco, imputados de la coautoría de un delito de Homicidio muy especialmente agravado.

2) Contra dicha Providencia se alzó la Defensa del enjuiciado Ricardo Medina interponiendo los Recursos de Reposición, Apelación y Nulidad en subsidio, expresando en lo sustancial:

Que su defendido es sometido a proceso tan solo por haber prestado servicios en el SID desde julio de 1976 hasta junio de 1978, período con el cual coinciden los hechos que se investigan en autos.

Puntualiza que en dicha época, Medina, Capitán de un Cuerpo Especializado de la Policía, cumplió funciones de Inteligencia en pleno cumplimiento de las órdenes impartidas por los Superiores y que las mismas consistían en realizar escuchas telefónicas, la transcripción de las mismas, control de correspondencia, enlaces con dependencias policiales y esporádicas guardias como Oficial de turno en sus destinos.

Proclama la inocencia de su defendido quien nunca tuvo participación ni conocimiento de operaciones coordinadas, ni de la existencia del 1er y 2do Vuelo y que jamás estuvo en Automotores Orletti.

La ausencia de prueba de cargo a su respecto impiden imputarle responsabilidad en los hechos que se investigan.

No fue visto ni identificado por detenido alguno, no fue sindicado por prueba testimonial ni de ninguna otra índole. Tampoco existe prueba de su participación en interrogatorios, ni como quien daba órdenes o directivas respecto a ningún detenido.

En suma no existe prueba alguna de su participación en la detención ilegal de María Claudia García, secuestro, traslado y su desaparición, como tampoco del secuestro de su pequeña hija.

El Tribunal debe decretar la nulidad de todas las actuaciones toda vez que se ha provocado un vicio insubsanable.

Invocando el principio de oficialidad concluye en la Nulidad invocada por la falta de un presupuesto necesario para la procedencia de la instrucción penal.

En su oportunidad el Representante del Ministerio Público y Fiscal solicitó la clausura de las actuaciones por considerar que los hechos denunciados estaban comprendidos en el artículo 1º de la Ley N° 15.848.

El entonces titular de la Sede denegó la solicitud de Clausura cuando su deber (dice) era ordenar la Clausura y Archivo de las actuaciones.

En su lugar, remite las actuaciones al Poder Ejecutivo, quien informa a la Sede que el caso se encontraba comprendido en el artículo 1º de la referida ley.

Paralelamente el denunciante promueve Acción de Inconstitucionalidad respecto de la Ley 15.848 la que finalmente fue desestimada por la Suprema Corte de Justicia.

Cuando el denunciante se presenta nuevamente solicitando el desarchivo y prosecución ante la aparición de nuevos elementos de prueba, la Fiscalía se opone una vez más.

Pese a ello, la Sede prosiguió con la instrucción, provocando así la nulidad de todo lo actuado, incluso la vista fiscal que solicita el enjuiciamiento.

Se agravia respecto de la calificación delictiva en tanto el auto de enjuiciamiento se aparta de la solicitud fiscal.

En su concepto no existe semiplena prueba de las situaciones previstas en el artículo 311 del Código Penal.

Controvierte el grado de participación atribuido al amparo de la Teoría del Dominio del Hecho.

Enfatiza que la prueba es discretísima, tanto que no se aprecian acciones u omisiones de su defendido que permitan atribuir, desaparición de personas, ni entrega de bebés.

El Magistrado actuante responsabiliza a todos como coautores por la comisión de un homicidio que no se sabe si ocurrió, ni donde ni cuando se consumó, y sin saber quienes fueron sus autores.

En extensa argumentación controvierte la valoración de la prueba llevados a cabo tanto por el titular de la acción como por el Sr. Juez "a quo".

Conforme su perspectiva se le incrimina en base a testimonios contradictorios (de Julio Barboza, Soldado), Blixen, el Senador Rafael Michelini y el ex Presidente Dr. Jorge Batlle, del ex, Comandante en Jefe del Ejército, General Angel Bertolotti) o bien de oídas como es el caso de Blixen y Cristina Roma.

Idéntica apreciación merecen los testimonios de Ana Inés Guadros y Pilar Nores pues las características edilicias del SID y las condiciones de reclusión permanente, con sus ojos vendados, no les permitieron ver nunca a mujer embarazada alguna ni escuchar pasos de niños que se encontrarían en el piso superior inmediato.

Sostiene que Medina es procesado tan sólo por haber prestado funciones en el SID y que en realidad no fue individualizado como responsable de acción delictiva alguna.

Solicita que en definitiva se acojan las Recursos interpuestos y se disponga la libertad de Ricardo Medina Blanco.

3) La Defensa de Gilberto Vázquez interpone Recursos de Reposición y Apelación contra la Providencia que dispuso el enjuiciamiento de su patrocinado.

Señala en síntesis, que la misma es infundada y citando prestigiosa jurisprudencia afirma que para imputar la coautoría de homicidio debió haber determinado en forma rigurosa y minuciosa la participación de cada uno de los imputados en el hecho.

Se pregunta cual fue la acción concreta que realizó su defendido.

La imputación es general y abstracta y las citas doctrinarias de la Sede sobre coautoría no se adaptan al caso concreto.

Abunda, que para que la misma se concrete, primero debe probarse la autoría por cuanto entre una y otra existe una relación entre lo principal y accesorio de tal entidad que no puede existir lo segundo sin lo primero.

Cita en su apoyo destacada doctrina.

Para imputar coautoría debe existir un autor, debe probarse la participación antes o durante la ejecución y que su conducta fue determinante para la comisión del delito.

Sin estos elementos no hay coautoría.

Sostiene que el ex Coronel Vázquez jamás participó en ninguna actividad o acto relacionado con la desaparición que se investiga, y que se enteró de la misma muchos años después de haberse retirado.

Reitera que su defendido no tuvo ningún contacto con María Claudia García y no existen elementos de prueba que sustenten que su conducta fue determinante para la comisión de delito alguno.

El Sr. Juez Instructor, en el auto de enjuiciamiento, no hace referencia a la conducta típica desplegada por Vázquez ni se ha probado nexo causal alguno entre la conducta de los imputados y el resultado desaparición.

- Proclama la inocencia de su defendido en tanto no existen elementos probatorios de la comisión de un homicidio muy especialmente agravado, y cuestiona la valoración realizada por el Sr. Juez a quo de los elementos que tuvo en cuenta a la hora de dictar el enjuiciamiento.

Al tiempo de los hechos, Gilberto Vázquez cumplía funciones de enlace entre el Jefe del SID, el Comandante del Ejército, Gral. Vadora, la Logia de los Tenientes de Artigas y las autoridades del SIDE en Buenos Aires; y en el período setiembre octubre de 1976 se encontraba estudiando para concurso de pasaje de grado a Mayor. Encontrándose liberado por su superior para estudiar, razón por la cual no concurría prácticamente a trabajar.

Una vez aprobado el concurso en el año 1977 debía presentarse al IMES, y a la fecha de desaparición de María Claudia García, se encontraba gozando de su licencia anual.

Agrega que la pretensión fiscal es improcedente en tanto los hechos fueron amnistiados al amparo de la Ley Nº 15.848.

4) En idéntico sentido a los anteriores la Defensa del imputado José Ricardo Arab interpone Recursos de Reposición y Apelación en subsidio contra el auto de procesamiento.

Centra sus agravios en cuatro puntos fundamentales.

El primero refiere a la plataforma fáctica general recogida tanto por el Sr. Representante del Ministerio Público como por el Magistrado actuante.

A partir de ese contexto histórico, donde se insiste en la existencia del denominado "Plan Condor", se concluye que se trata de una Asociación Delictiva de Estados delincuentes que tenían por finalidad el exterminio de enemigos políticos a través de la desaparición forzada de personas.

De esta forma se imputa responsabilidad personal respecto de personas que no tuvieron voluntad de provocar tales hechos ni la posibilidad de impedirlos, consagrando de esta forma una responsabilidad objetiva que es inadmisibles y contraria a derecho.

Así, se pretende castigar a los gobiernos de facto a través del castigo genérico de todas las personas involucradas o presuntamente involucradas en las acciones llevadas por éstos. Tal postura apareja la violación de los derechos humanos de los que son titulares también los encausados y que el Estado de Derecho está obligado a defender y garantizar.

Aún si fuera cierta la existencia del Plan Condor ello no permite afirmar que José Ricardo Arab, en ese entonces simple Capitán del Ejército, tuviera conocimiento y menos aún que su participación fue conciente y determinante en el mismo.

No existe en autos la acreditación de dicho extremo en forma alguna.

La imputación de que es objeto su defendido no se sostiene en su probada conducta personal, conciente y libre, sino en el prejuicio "...De que por haber sido militar durante la dictadura participó conciente y voluntariamente de un acuerdo criminal entre Estados, o tuvo alguna posibilidad de conocer, decidir o imponer su voluntad sobre todas las acciones que ese Estado pudo emprender, fueran legítimas o no..."

- También se agravia de la calificación delictual en tanto considera que el delito imputado surge de estos autos de manera exclusivamente virtual, erigiéndose en conclusiones meramente conjeturales.

Tanto el titular de la acción como el Sr. Magistrado dan por cierto todo el “periplo” que supuestamente sufrió María Claudia García Irureta Goyena de Gelman, desde su presunto secuestro en Argentina hasta su muerte, y posterior apropiación de su hijo.

Tales extremos son alcanzados a través de la deducción indirecta pero en realidad no existe prueba fehaciente de ninguno de los extremos que se han dado como acreditados, vale decir, no existe prueba respecto del traslado desde Argentina, ni de su estadía en la casa de Bulevar y Palmar, ni de la muerte por homicidio de aquella.

Peor aún, tampoco existe prueba de que la suerte que corrió María Claudia haya tenido como propósito el apropiarse de su hijo.

No existe ningún elemento que permita sostener la práctica de tales apropiaciones por parte de militares uruguayos; de hecho no se han planteado ante nuestros Tribunales hechos de tal naturaleza a excepción de la iniciada por los hermanos Julien y la Sra. Sara Méndez.

Agrega que "...No existe ningún militar uruguayo acusado de apropiarse o sustraer un menor...", y menos aún se ha sindicado a José Ricardo Arab por la comisión de una conducta semejante.

En suma los hechos que se han dado por probados constituyen el resultado de una deducción incorrecta a partir de premisas no probadas en la causa.

- Su tercer agravio refiere al tipo penal seleccionado y la ausencia de prueba de cargo a su respecto.

La imputación de autos requiere una participación dolosa, una intención de matar y de haber dado muerte con conciencia y voluntad.

De la conducta desplegada por su defendido no surge una acción destinada a dar muerte a persona alguna, al punto que todos los actos que se le atribuyen, en este mismo expediente existe prueba en contrario que la Providencia impugnada omite relevar.

El único elemento que se ha probado fehacientemente en autos es que José Ricardo Arab era Oficial del Ejército y su destino era el SID, razón por la cual viajó a la República Argentina en algunas oportunidades.

Todo lo demás es el fruto de una equivocada valoración, donde no se ponderó en forma adecuada las convincentes declaraciones de la Señora Vivian quien descarta de plano la participación de su defendido en los hechos.

A ello debe agregarse que el hecho presuntamente ocurrido sucedió el día 14 de enero de 1977, circunstancia de singular relevancia en cuanto a partir de la segunda quincena de diciembre de 1976 su defendido ya no era Oficial del SID en tanto al haber ascendido al grado de Mayor pasó al Instituto Militar de Estudios Superiores.

- Por último se agravia de la orfandad probatoria imperante en autos y reprocha al Sr Juez "a quo" el haberse apartado de los principios que informan los criterios de valoración de la prueba, así como los de inocencia e igualdad de las partes.

Cuestiona duramente los testimonios obrantes arrojando a su respecto un manto de sospecha, toda vez que los mismos están comprendidos en las generales de la ley y todos tienen un interés directo en el resultado del proceso.

Estima que la confabulación es evidente.

Estos provienen de enemigos ideológicos declarados y es evidente que sus fines son ajenos a la justicia.

Vierte expresiones vinculadas a los detalles y precisas descripciones formuladas por éstos, circunstancia que provocan, a su entender, más sospecha respecto de su credibilidad teniendo en cuenta el tiempo transcurrido.

Cita en su apoyo jurisprudencia de esta Sala en anterior integración.

Descarta de plano la validez de las diferentes investigaciones privadas hechas con fines de investigación periodística recogidas en la impugnada.

Solicita que en definitiva se revoque la recurrida y se disponga la clausura de las actuaciones.

5) A fojas 5127 y siguientes la Defensa del enjuiciado Jorge Silveira Quesada se alza contra la Interlocutoria movilizand o los mecanismos de impugnación legalmente establecidos.

Centra sus agravios en lo que considera una equivocada calificación jurídica de la conducta de su defendido por la ausencia de adecuación típica.

Comienza proclamando la inocencia del Coronel Silveira la que ha quedado expuesta en estas actuaciones por sus propias declaraciones y la ausencia de prueba que lo vincule a tales hechos.

Puntualiza que el único testimonio que pretende involucrarlo en los hechos es el de Cristina Roma, persona que mantiene una estrecha amistad con Gelman y que en realidad no alcanza siquiera la estatura del testigo de oídas, pues nada vio ni escuchó por sí misma; simplemente dice que le dijeron.

Sin otro sustento válido la Sede prefiere caprichosamente esta versión, quitándole valor al testimonio puro y simple de su defendido.

- Afirma que el auto de procesamiento se ha fundado en meras conjeturas sin prueba suficiente que le de sustento.

Así se concluye que existió una muerte violenta cuyo único motivo fue el tráfico de vientos.

Sostiene la tesis de que su defendido es responsabilizado tan solo por pertenecer a los organismos que se habrían creado para la lucha contra la subversión y no porque hubiera participado directa o indirectamente en los hechos denunciados.

Lo único que se ha podido probar es la existencia de Macarena Gelman que fue criada por un matrimonio uruguayo, y que es hija de María Claudia García. A partir de allí tanto el Fiscal como el Sr. Magistrado construyen una sucesión de hechos que dan como probados para arribar a la imputación que hoy se cuestiona.

Puntualiza que no existen elementos de prueba suficientes que permitan concluir que se está ante un caso de homicidio, ni siquiera se ha podido probar que María Claudia García haya estado en nuestro país.

Al igual que los anteriores controvierte el grado de participación. Cuando se alude al artículo 61 numeral 4 del Código Penal el decisor no establece concretamente cuales fueron las conductas específicas desarrolladas por su defendido, al tiempo que la imputación en ese grado de coparticipación supone que los autores materiales del supuesto homicidio fueron otros, desconocidos por completo; vale decir que el Sr. Juez responsabiliza a supuestos coautores sin saber quien es el autor.

Sostiene la orfandad probatoria para llegar a esa imputación y rescata la mejor doctrina respecto de la prueba indiciaria.

Realiza una encendida defensa respecto de la inocencia de su defendido reprochando al Sr Juez de instancia el “querer procesar a como de lugar” con frágiles o casi nulos elementos de prueba.

Sostiene que es profundamente injusto y sin sentido “...procesar a alguien al que SE SABE NO SE PODRÁ LUEGO CONDENAR, porque exponer a un presunto inocente en prisión, someterlo al escarnio público, perjudicar a su entorno familiar, con plena conciencia que terminará absuelto, sino por acreditarse su inocencia... sino lisa y llanamente porque no se ha podido probar su culpabilidad...”

- Respecto del término de prescripción vierte duros cuestionamientos sobre el proceder del magistrado quien (en su ligera opinión), deliberadamente postergó el diligenciamiento de prueba solicitado por la Defensa para una etapa posterior con la única finalidad de evitar que se cumpliera el plazo de prescripción.

Con idéntica intención, sostiene que se acude a la aplicación del artículo 123 del Código Penal utilizando equivocadamente el concepto de peligrosidad.

- Como los anteriores solicita se deje sin efecto el procesamiento ordenado disponiendo en su lugar la clausura y archivo de estas actuaciones.

6) Las letradas Rosanna Gavazzo y Graciela Figueredo, en su calidad de defensoras del imputado José Nino Gavazzo interponen Recursos de Reposición y Apelación en subsidio contra el auto de procesamiento que dispuso su enjuiciamiento.

En términos generales su línea argumental no se distancia de las que formularan los anteriores.

Su primer agravio se concreta en lo que entienden se han configurado violaciones a las garantías del debido proceso y falta de garantías a los justiciables.

Sostienen que se debió mantener la clausura de estas actuaciones en cumplimiento de lo dispuesto en la Sentencia N° 332 dictada por la Suprema Corte de Justicia y que obra en autos.

El presente caso se encuentra comprendido dentro de los términos de la Ley N° 15.848 porque así lo dispuso el Poder Ejecutivo en su primer consulta, y además la Suprema Corte de Justicia dispuso su clausura.

La nueva consulta formulada al Poder Ejecutivo que en este caso concluyó que no se encontraba comprendida dentro de la misma supone una violación a las garantías de los justiciables.

Las consultas sucesivas violan las garantías referidas al tiempo que violentan el pronunciamiento del soberano que se ha pronunciado en más de una oportunidad por el mantenimiento en todos sus términos de la referida ley.

A ello habrá de sumarse que por años nuestro máximo órgano judicial ha considerado que la misma es una ley de amnistía.

Sostienen con énfasis que en el caso de autos, como en otros, el objetivo es castigar a los integrantes de las fuerzas armadas de la década de los setenta, en este caso particular por ser integrante del SID y la OCOA, con un claro espíritu vindicativo.

Cuando se decidió continuar nuevamente con la investigación se concretó una clara violación al principio de la cosa juzgada, y curiosamente a pocos días de vencer el plazo de prescripción se dicta el auto de procesamiento en forma repentina.

Entienden que la respuesta judicial obedece al hecho de que "...a alguien había que procesar...".

- Controvierten radicalmente los antecedentes históricos explicitados en la solicitud de la Fiscalía y luego recogidos en el auto de procesamiento.

Niegan la existencia del Plan Cóndor sosteniendo que lo que en realidad se creó fue un Sistema de informaciones con la función de intercambiar las mismas entre distintos países con la única finalidad de la defensa de la acción coordinada de grupos terroristas. Prueba de ello es el acta de clausura de la primera reunión interamericana de inteligencia nacional, documento oficial de importante valor probatorio.

En Uruguay se ha pretendido cambiar la historia llamando "jóvenes idealistas" lo que en realidad constituía el accionar clandestino de grupos terroristas que cometían todo tipo de delitos que debían ser neutralizados.

Ello sucedió a fines de 1972 dentro del territorio nacional y a partir de ese momento iniciaron su reorganización en el exterior entrenándose militarmente en todas las disciplinas de la guerra irregular y el terrorismo.

La mayoría de los testigos que declaran en esta causa integraban estos grupos.

- El único hecho cierto y fehacientemente probado en autos es que Macarena Gelman aparece en Uruguay, circunstancia que no prueba en modo alguno que María García haya fallecido en nuestro país.

La investigación que se ha desarrollado tiene como objetivo el homicidio de María García, la sustracción de su hija Macarena y su cambio de identidad. La operación en su conjunto (conforme lo sostiene el Sr. Juez actuante) tendría como objetivo proporcionar un bebé a un matrimonio que no podía tener hijos. A la postre dicho matrimonio conformado entre Tauriño y Vivian quienes finalmente se apoderaron en forma ilegal de la menor procediendo luego a su legitimación adoptiva, son dejados de lado sin hacerse mención alguna de los delitos cometidos por este matrimonio.

Utilizando el mismo razonamiento de la Fiscalía y del Sr. Juez, el matrimonio en cuestión también debió ser considerado coautor del delito que se imputa a su defendido en tanto generadores y beneficiarios de la operación.

- La prueba testimonial recabada en nada involucra a su defendido (así el caso del ex presidente Jorge Batlle, la Sra Vivian y la Sra Roma), los restantes testimonios carecen de validez en tanto son dichos de dichos y tan solo se mantiene en pie el testimonio de la Sra. Vivian que admite haberse apoderado de la bebé.

Respecto de la declaración de Julio Barboza (único sustento del procesamiento de Gavazzo) solo aporta que vio a María García en la planta baja del SID y nada más.

Finalmente la Comisión para la Paz no pudo concluir quienes pudieron haber sido los autores del supuesto homicidio de María García.

- Los oficiales uruguayos que concurrieron a la República Argentina lo hicieron en cumplimiento de funciones de oficiales de enlace; bien que su defendido debió dar cumplimiento a otras que le fueron impartidas en las cuales salvó decenas de vidas humanas y prueba de ello lo constituye el hecho de que las personas trasladadas de Argentina están todas vivas.

Es claro que la responsabilidad penal que se le reprocha deriva de su condición de pertenencia al SID y nada más.

Respecto de María García no existe ningún antecedente probatorio de su traslado, lugar de detención, desaparición o muerte de la misma, y que toda la operativa conjunta que el Sr. Juez admite como un hecho notorio no es más que la repetición constante de los mismos declarantes.

No es cierto que militares uruguayos participaran de la detención de uruguayos en la Argentina ni que fueran ingresados en forma clandestina a nuestro país. Tan solo veinticuatro de ellos fueron traídos para evitar su muerte siendo trasladados en un avión de la fuerza aérea, todos los demás fueron traídos por su voluntad viajando en vuelos comerciales quedando todos posteriormente en libertad.

También afirman categóricamente que el segundo vuelo en el que supuestamente habría viajado María Claudia no existió.

- La Defensa presentó prueba que demuestra de forma contundente que el indagado Gavazzo no tuvo participación alguna en los hechos que se investigan.

En efecto a través de la documentación incorporada ha quedado en evidencia que desde el día 11 de noviembre de 1976 hasta el 8 de julio de 1977 su defendido estuvo ausente del SID; desde el 11 de noviembre de 1976 hasta el 15 de diciembre del mismo año se encontraba realizando un curso de capacitación para ocupar el cargo de Agregado Militar adjunto si bien este hecho finalmente no se concretó; luego el 17 de diciembre de 1976 fue internado por una afección cardíaca en el Hospital Militar en el que permaneció hasta el 3 de enero de 1977.

Desde marzo a junio de 1977 lo destinaron para la realización de un curso en la República de China; retoma sus funciones en el SID a partir del 8 de julio de 1977 como nuevo Jefe del Departamento lo que finalizó a mediados de agosto.

Esta prueba es dejada de lado por la Sede que ni siquiera la menciona.

Tanto la Fiscalía como el Juez incurren en un error cuando sostienen que el Mayor Gavazzo en los hechos estaba a cargo de la parte operativa del SID.

Niegan rotundamente esta afirmación estableciendo que la misma estaba a cargo del Coronel José Fons García de quien a su vez dependía el Jefe del Departamento III, el Teniente Coronel Rodríguez Buratti y por debajo de éste se encontraban quienes tenían la jerarquía de Mayor.

De esta forma se le atribuye un cargo que nunca tuvo obviando las leyes orgánicas militares, los reglamentos y declaraciones de integrantes de las fuerzas armadas tomando en cuenta solamente declaraciones de testigos que nada saben del funcionamiento de la institución militar.

No obstante los hechos se presentan de tal forma que un Mayor del Ejército ostentaba tal grado de poder capaz de obviar las jerarquías de Coronel, General y Comandante en Jefe del Ejército, colocándolo en Montevideo y en Buenos Aires en idéntica posición; olvidando además que el SID contaba con un Director que en la época se trataba del General Amaury Prantl.

En suma Gavazzo no niega ni admite la presencia de María García en el SID sencillamente porque nunca la vio y cuando ocurre su supuesto homicidio y sustracción de su hija, Gavazzo no se encontraba en el SID.

- Sostienen que sin lugar a dudas ha operado la prescripción del supuesto delito de homicidio que se pretende imputar.

Citan los textos legales aplicables a la situación así como calificada doctrina en su apoyo.

Con idéntico tono cuestionan la aplicación del artículo 123 del Código Penal manifestando su discrepancia por el concepto de peligrosidad que ha utilizado esta Sala.

No se debe perder de vista que estamos ante un militar retirado desde el año 1978 que ha transcurrido su vida dedicándola a su trabajo y a su familia y que en la actualidad cuenta con 72 años de edad y con serios problemas de salud. En este contexto atribuirle peligrosidad parecería un exceso.

Al igual que los anteriores realizan una extensa exposición sobre el concepto de la coautoría, reiterando distinguida doctrina en apoyo de los conceptos vertidos que no se apartan un ápice de los que formularan los otros Señores Defensores, para concluir que la imputación de coautor que se atribuye no es de recibo.

Aboga por la revocación de la interlocutoria impugnada.

7) De los Recursos interpuestos se confirió traslado a la Fiscalía actuante quien en definitiva aboga por la confirmación de la recurrida.

Expresa.

Es insostenible la posición que adoptan las defensas en cuanto a la duda de la desaparición forzada y posterior traslado clandestino a nuestro país de la ciudadana argentina María Claudia García.

Los diversos instrumentos probatorios, conformados por testimonios, documentos, informes, pericias, prueba trasladada, prueba indiciaria y las propias declaraciones de los indagados dan por tierra sus valoraciones al respecto.

Sostiene con énfasis que tanto en la Corte Interamericana de Derechos Humanos como en las investigaciones llevadas adelante por el Poder Ejecutivo de la República de dos gobiernos de diferentes signos, así como la propia Justicia argentina, los informes de la Comisión para la Paz, del General

Bertolotti al Presidente Tabaré Vázquez, las declaraciones de Bonelli respecto a los vuelos, entre tantos otros medios de prueba, es un hecho notorio y plenamente probado que en horas del amanecer del día 24 de agosto de 1976, María Claudia García fue detenida junto con su esposo Marcelo Gelman en su domicilio de Buenos Aires por Comandos Militares uruguayos y argentinos; que posteriormente fueron trasladados a Automotores Orletti que cursando un embarazo de siete meses fue trasladada a Uruguay en el Segundo Vuelo, mantenida en cautiverio y que luego de dar a luz una niña esta fue entregada a un matrimonio constituido por un policía uruguayo.

Los únicos funcionarios estatales uruguayos que protagonizaron tales hechos fueron militares del SID y la OCOA, ni más ni menos que los procesados de autos en tanto eran los encargados de realizar tales operaciones; operaban en Buenos Aires, coordinaban los vuelos, operaban en la casa de Punta Gorda y en el Subsuelo de Bulevar y Palmar, interrogaban secuestrados y detenidos, negociaban con ellos, simulaban planes para blanquear la situación de algunos detenidos, se encargaban del destino final de las personas desaparecidas, etc.

No les asiste razón cuando sostienen que no pueden ser considerados coautores de delito alguno en tanto no se ha podido probar el autor del mismo.

Entiende el Ministerio Público que el artículo 61 numeral 4 del Código Penal no establece que para imputar tal modalidad deba establecerse necesariamente y en forma previa la existencia de un autor.

En este tipo de crímenes, tal como lo sostiene Welzel, la responsabilidad en grado de coautoría es la más certera ya que asistimos a un hacer colectivo en el cual el dominio del hecho unitario es común a varias personas y cada uno obra como autor y responde por el todo.

No es de recibo la Nulidad alegada por la Defensa de Medina por varias razones:

1º. No existió violación alguna al principio de la oficialidad de la acción pública, toda vez que el procesamiento cuestionado fue el resultado de la expresa solicitud que formulara este representante del Ministerio Público.

2º. La actuación de los integrantes magistrados del Ministerio Público se rige por el principio de la autonomía técnica por tanto sus integrantes pueden sostener un criterio diferente al de su antecesor.

3º. Que la Ley N° 15.848 no constituye una ley de Amnistía.

4º. Que el Acto del Poder Ejecutivo es un Acto de Gobierno. En el caso de autos existieron dos Actos de Gobierno que arribaron a soluciones contrarias, emanados de dos gobiernos diferentes. Teniendo en cuenta la naturaleza del Acto la última prima respecto de las anteriores, y aquí fue la decisión de no incluir el caso dentro de los establecidos en el artículo 1º de la ley, razón por la cual no existe ningún obstáculo procesal que impida la investigación y actuación de la justicia.

No existe violación alguna al principio de congruencia cuando al tiempo del procesamiento los hechos son tipificados de manera diferente a la solicitada por el Ministerio Público, ya que nos encontramos frente a una providencia que

no causa estado, que hace un juicio provisorio y que puede ser revisable aún de oficio.

También debe ser desestimada la alegada prescripción en tanto para ello basta con el cómputo de los plazos correspondientes sin olvidar que en opinión del Ministerio Público se está frente a delitos de Lesa Humanidad y por tanto imprescriptibles conforme el ordenamiento jurídico internacional.

8) Por Auto N° 2449 de fecha 16 de noviembre de 2011, el Señor Juez Letrado de Primera Instancia no hace lugar a los Recursos de Reposición interpuestos por las Defensas, así como tampoco hace lugar al Recurso de Nulidad opuesto, manteniendo en todos sus términos la impugnada franqueando la alzada.

9) Se recibió la causa en este Tribunal, se citó para Sentencia, fue estudiada por los integrantes del mismo y se acordó en la forma ordenada por la ley el siguiente fallo.

CONSIDERANDO:

l) Que la Sala por la unanimidad de sus integrantes habrá de confirmar la Providencia impugnada.

II) Una vez más las Defensas de los enjuiciados se agravan de aspectos procesales y de fondo cuestionando los hechos que sirvieron de plataforma para el decreto de enjuiciamiento así como la valoración de la prueba, responsabilidad y grado de participación de sus defendidos, interponiendo Recurso de Nulidad, alegando además la ocurrencia de la prescripción de los hechos así como la existencia de cosa juzgada, reivindicando la naturaleza jurídica de la Ley de la Caducidad de la pretensión punitiva del Estado como una amnistía.

En lo que hace a los aspectos procesales que causan agravio las Defensas nada nuevo aportan a lo que ya se ha dicho en causas anteriores de idéntica etiología.

- RECURSO DE NULIDAD.

Argumenta el impugnante que esta causa se reabrió luego de haber sido clausurada violentándose de esta manera toda la normativa que regula la cosa juzgada.

En este punto la Sala por la unanimidad de sus integrantes habrá de ir al rechazo del recurso si bien los fundamentos que propician tal solución son diferentes.

Vale decir, que los miembros de este Tribunal abrazan la conclusión antedicha aunque por diversos caminos; ya sea sustentando su posición en los efectos de la cosa juzgada, ya sea transitando el camino de la inexistencia de identidad de causa petendi.

Vista la diversidad de la línea argumental corresponde traer a la luz los votos de los integrantes.

Así expresa en su voto el Señor Ministro, Dr. José Balcaldi los argumentos que a continuación se exponen:

“...En primer término el ahora agraviado nada dijo sobre la supuesta cosa juzgada al contestar la pretensión del Ministerio Público a fojas

4.248 sino que muy por el contrario ingresó al debate sobre el

mérito, ofreciendo prueba y abogando por la inocencia al punto que en su presentación solicitó: “...En base a las consideraciones de hecho y de derecho expuestas, no se responsabilice a Medina, archivando definitivamente este expediente respecto a mi defendido...”(fojas 4.262).

Pues bien, no resulta compatible ingresar al fondo de la cuestión y luego de que el resultado le es desfavorable a sus intereses interponer la nulidad en función de una eventual cosa juzgada.

La lógica natural de los acontecimientos demuestra que la invocada

nulidad no es tal, ni la cosa juzgada un elemento jurídico realmente fundado, sino más bien una acción más dentro de la estrategia defensiva.

Sin perjuicio de ello y a mayor abundamiento diré que: el dictamen del Ministerio Público solicitando mantener la clausura dispuesta en el año 2003 y su posterior impugnación al no haber así procedido el Señor Juez actuante, a mi entender no es sinónimo de la presencia del instituto de la cosa juzgada material, sino que, como se dijo en la interlocutoria en cuestión, lo que impedía la investigación preliminar no era otra cosa que la ausencia de actor, puesto que el titular de la acción penal (el Ministerio Público), señaló que en cumplimiento de lo dispuesto por el Poder Ejecutivo y la ley Nro. 15.848 no estaba habilitada la acción penal para la investigación de determinado hecho con apariencia delictiva.

Es real que en el año 2003 se dispuso la clausura y se confirmó en las actuaciones posteriores con la Interlocutoria Nro. 268 de fecha 19 de octubre de 2005 de esta Sala que obra a fojas 695, pero la misma no obedeció a la investigación de los sucesos, ni mucho menos en relación a determinados sospechosos en particular, sino simplemente al cumplimiento de lo dispuesto por el Poder Ejecutivo, que habilitado para ello, incluyó la investigación en las previsiones de Ley Nro 15.848, lo que llevó al entonces representante del Ministerio Público a reclamar el reintegro del expediente al archivo.

Sin embargo, con posterioridad es el propio representante de la

sociedad cuyo soporte físico había cambiado, quien reclamó la reapertura de la investigación (fojas 726), pretensión que el Sr. Juez de primer grado proveyó de conformidad por resolución Nro. 315 de fecha 4 de agosto de 2008 (fojas 748).

A partir de allí todos los hoy enjuiciados comparecieron en distintas

circunstancias, asistidos de sus respectivas Defensas, no habiendo

planteado ninguna de ellas la excepción de cosa juzgada, para lo cual les asistía derecho si así lo entendían.

En suma, la solución del debate no puede, en mi modesta opinión,

llegar a la conclusión de que en las manifestaciones del Ministerio

Público y las correspondientes resoluciones judiciales que disponían las clausuras de las investigaciones de determinados acontecimientos pudieran asimilarse a lo que por tal concepto y su naturaleza jurídica entendemos, esto es que existió un juzgamiento de determinados individuos y que por los motivos que fueron resultaron libres de responsabilidad sobre el fondo, lo que haría que la providencia adoptada pasara en autoridad de cosa juzgada formal y sustancial en relación al indagado, lo cual implicaría que la decisión resulte inimpugnable e inmutable.

Por el contrario, opino que debe entenderse que dicha clausura derivó de un aspecto objetivo y formal como lo fue un decreto del Poder Ejecutivo que dispuso no investigar el hecho con apariencia delictiva, pero que como tal puede ser derogado o revocado, cosa que efectivamente aconteció en múltiples casos.

Este tipo de decisiones son aquellas que pueden pasar en autoridad de cosa juzgada formal, esto es que devienen inimpugnables pero ello no lleva ínsito que sean inmutables, es decir que no admitan revisión.

Comparto en este aspecto de la cuestión lo afirmado por el Señor Juez de primera instancia.

En efecto, enseña el maestro Couture en relación a la cosa juzgada

formal que son aquellas situaciones donde las resoluciones judiciales a pesar de estar agotada la vía impugnativa presentan una eficacia transitoria, a saber: "...Se cumplen y son obligatorias tan solo con relación al proceso en que se han dictado y al estado de cosas que se tuvo en cuenta al momento de decidir, pero no obstan a que en un procedimiento posterior, mutando el estado de cosas que se tuvo presente al decidir, la cosa juzgada pueda modificarse..." (Couture. Fundamentos, pág.416).

Por tanto, removido el obstáculo que impedía la investigación de los hechos, quedó expedita la vía de la instrucción y juzgamiento, claro

está, siempre y cuando no hayan prescritos los delitos en cuestión.

Sobre este último aspecto también entra en juego la ley Nro. 18.831, pero que para este caso concreto carece de interés su tratamiento por lo que se dirá en el capítulo respectivo.

La suerte de dicho debate quedó sellada con la derogación de la ley y del decreto, por lo cual la fuerza de los hechos determinó que a

partir de tales acontecimientos la dilucidación del fondo del asunto

fuera procedente.

Es más, todos y cada uno de los hoy enjuiciados participaron del

proceso preliminar desde años atrás, fueron debidamente notificados del expediente y de su contenido, ofrecieron pruebas y solicitaron tiempo para contestar la acusación del Ministerio Público, cosa que así hicieron según surge de fojas 4.228 a 4.294, reclamando como petitorio principal se decretara la CLAUSURA Y ARCHIVO DE LAS ACTUACIONES, lo cual lleva ínsito una

resolución sobre el mérito de la causa y no de una excepción de previo y especial pronunciamiento.

En otro orden de cosas las Defensas argumentan que existen vicios

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

En cuanto a esa irregularidad procesal que se describe como infracción a las normas que rigen la intervención y la sujeción del imputado por disminución de sus garantías, entiendo que no les asiste razón.

No se afectaron las garantías del justiciable por lo que se dirá:

Dijo Couture: "...Sería incurrir en solemnidad excesiva y en un

formalismo vacío, sancionar con nulidad todos los apartamientos del texto legal, aun aquellos que no provocan ningún perjuicio..." (Fundamentos de Derecho Procesal. Pág. 390).

El artículo 101 del C.P.P. indica las hipótesis de nulidad y la

Defensa basa su argumentación en el numeral 3ro. de dicho texto legal, que reza: "...La infracción de las normas que rigen la intervención y sujeción del imputado, si disminuye las garantías de éste...".-

Veamos que ha dicho la doctrina sobre dicho aspecto: "...Las

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

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

La incorporación de elementos de juicio, originales de otros

expedientes, mal puede sostenerse que sea una violación a las garantías del justiciable como se afirma.

En efecto, atento a las reglas generales de la prueba trasladada, se

observa que todo lo actuado fue realizado con la debida noticia de los ahora recurrentes, quienes por tanto, tuvieron la posibilidad de controlar su contenido, disentir del mismo y ofrecer contraprueba sí lo entendían del caso.

Sobre este punto específicamente dijo la Suprema Corte de Justicia

"...no debe dejarse de lado el hecho de que - producida la agregación del expediente - quedó abierta a su parte la posibilidad de contraprueba, cuya no producción debe tener en cuenta el Oficio. En tal sentido el ex-Ministro de la Corporación Dr. Jorge Marabotto, comentando el artículo analizado, en términos trasladables a la especie, sostuvo que si bien cuando no se dan los supuestos previstos en la norma - que la prueba haya sido solicitada por la parte contra quien se aduce o con audiencia de ella - "como la prueba recepcionada en vía de presumario, valdrá como presunción judicial, "presumptio hominis", que el juez apreciará razonablemente.

No puede dejarse de tener presente, si se ha ofrecido esa prueba y se la incorpora con conocimiento del contrario, éste estará en condiciones de producir contraprueba, lo que permite admitir ese análisis de la prueba trasladada en esas condiciones, también, conforme a las pautas de la sana

crítica" (Jorge Marabotto Lúgaro, en "Curso sobre el Código General del Proceso", tomo 1, pág. 143) (Cf. Sent. No. 263/97).

Todo lo cual se explica con el correcto enfoque que sobre el tema realizara el maestro Couture, al ubicar el núcleo de esta cuestión en las garantías del contradictorio expresando que "...lo que se halla en juego es la posibilidad de hacer llegar al juicio pruebas que han sido objeto de impugnación (real o eventual) de la parte a quien perjudica. Más que una conclusión unánime, caben en este caso conclusiones particulares inherentes a cada proceso especial. Si en ellas el contradictorio ha sido posible, la prueba debe reputarse válida; si no lo ha sido, la prueba carece de valor de convicción. Y aun en el caso de que se admita sin más eficacia que la de simples presunciones de hombre, en todo caso las posibilidades de contralor deben ser tenidas en cuenta por el magistrado" (Fundamentos del derecho procesal civil, págs. 130 y ss.) (Cf. Sent. No. 263/97). Y como se adelantó, en la especie una vez incorporado el expediente penal al proceso civil, se le abrió al impugnante la posibilidad del contradictorio, es decir de producir contraprueba..."

Pero lo que es enteramente aplicable a este asunto es la conclusión final de la Corporación en sentido que: "...Sin perjuicio de todo lo cual, lo que resulta más importante para desechar el agravio en análisis, es tener en cuenta que nada indica que la consideración de la prueba trasladada - aún en la hipótesis de que hubiera sido indebidamente admitida - haya sido determinante del fallo.

En efecto, la conclusión a que arribó el Tribunal actuante no fue tomada considerando únicamente las resultancias del expediente penal sino examinando la totalidad de la prueba producida (Considerando III) fs. 194 - 195), lo que en definitiva impide se la modifique..." (SENTENCIA Nro. 511/2000 de fecha 6 de diciembre de 2000)..."

- Por su parte el redactor mantiene la posición asumida desde su cargo de Juez Letrado Penal donde, en Sentencia de Extradición, sostuvo: "...Tal como nos enseñó el Maestro COUTURE: El proceso es un conjunto de relaciones jurídicas entre las partes, los agentes de la jurisdicción y los auxiliares de ésta, regulado por la ley y dirigido por una decisión pasada en autoridad de cosa juzgada". Así lo estableció en su Vocabulario Jurídico.

A partir de aquí podemos afirmar que para que exista cosa juzgada se requiere en forma previa la existencia de una sentencia, en tanto aquella es atributo y cualidad de ésta, y ésta a su vez ha de ser precedida de un proceso.

La providencia que estructura la argumentación de la defensa para arribar a una solución de nulidad, no debemos olvidar que fue dictada en una etapa de un proceso en ciernes, en el marco de una investigación incompleta, donde nunca se trabó una relación procesal válida y en el cual nunca existió un pronunciamiento sobre el mérito del asunto.

De esta forma la cuestionada oportunamente, carece de contenido decisorio, y una vez más COUTURE, "...ontológicamente, el sentido de la sentencia es decidir la causa. Si no la decide, frustra su ser. No vale como acto procesal sino como hecho procesal. El proceso se decide por acto de juicio. Sin juicio, en sentido lógico, es decir, sin la aserción de que a tal objeto conviene tal o cual determinación, no hay juicio en sentido jurídico, es decir, atribución de un derecho o imposición de un deber a uno o más sujetos..." (Fundamentos, pág 490).

El tema debe ser abordado desde la naturaleza jurídica de la providencia en cuestión.

Admitido que se trata de una sentencia interlocutoria, estaríamos frente a las denominadas interlocutorias con fuerza de definitiva, categoría intermedia cuya característica radica en que no se pronuncian sobre lo principal pero que tienen la aptitud de poner fin al proceso impidiendo su prosecución.

Es el caso de las que acogen las excepciones mixtas o - ahora previas - o la que declara la perención de la instancia o la que rechaza la demanda ante su manifiesta improponibilidad.

A mérito de nuestro derecho positivo (artículos 24 y 112 del CPP), cuando una actuación es archivada ello puede obedecer a dos razones, cuestiones de orden formal o falta de mérito para procesar.

Esta dinámica arroja importantes consecuencias sobre el instituto de la cosa juzgada.

En su obra *Eficacia y Autoridad de la Sentencia y otros Estudios sobre la Cosa Juzgada*, ENRICO LIEBMAN, señala: "...No existe, puede decirse, discusión entre los escritores acerca del punto de la distinción entre cosa juzgada en sentido formal y en sentido sustancial. La primera es una cualidad de la sentencia en cuanto la misma no es ya impugnabile a causa de la producida preclusión de los gravámenes; la segunda sería, por el contrario, su específica

eficacia, y propiamente la autoridad de la cosa juzgada, y estaría condicionada a la formación de la misma...”.

De esta distinción derivan, además, importantes consecuencias especialmente porque mientras todas las sentencias son, sin duda, susceptibles de la primera, adquirirían, en cambio, la segunda solamente las sentencias que acogen o rechazan la demanda en el mérito.

Lo dicho permite concluir que el ahora decreto cuestionado constituye una interlocutoria pasada en autoridad de cosa juzgada formal en tanto precluyó toda posibilidad de impugnación, más no adquirió la calidad de cosa juzgada sustancial y por ello es que puede ser modificada cuando aparecen hechos nuevos o se obtienen nuevas pruebas .

Y es que como sostiene la muy prestigiosa doctrina convocada “...Es verdad que en el sistema del derecho la necesidad de certeza es imperiosa; el tema de la impugnación de la sentencia no es otra cosa, como hemos procurado destacar, que una lucha entre las exigencias de verdad y las exigencias de firmeza. Una manera de no existir el derecho sería la de que no se supiera nunca en que consiste.

Pero la verdad es que aún siendo esto así, la necesidad de firmeza debe ceder en determinadas condiciones, ante la necesidad de que triunfe la verdad. La cosa juzgada no es de razón natural. Antes bien, la razón natural parecería aconsejar lo contrario: que el escrúpulo de verdad sea más fuerte que el escrúpulo de certeza; y que siempre, en presencia de una nueva prueba o de

un nuevo hecho fundamental antes desconocido, pudiera recorrerse de nuevo el camino andado para restablecer el imperio de la justicia...”.

“...en el derecho penal la cosa juzgada no existe en su sentido de inmutabilidad, o sea como impedimento de revisar un proceso concluído ante la presencia de un nuevo elemento fundamental de convicción...”.

Para el Sr. Ministro, Dr. William Corujo el asunto se resuelve a la luz de la inexistencia de la eadem causa petendi.

Expresa:

“...En el Proceso penal la llamada Eadem Res no puede hallarse más que en el hecho que sirve de fundamento fáctico a la pretensión punitiva y hay que buscarlo en la Razón y no en el Fallo.

Una vez que adquiere la calidad de cosa juzgada por no haber sido impugnada corresponde analizar si se mantiene la triple identidad (que, dicho sea a modo de comentario, cada vez cede más en los embates doctrinarios aún a nivel nacional) de Causa, Objeto y Sujetos.

Es notorio que la grieta procesal que se constata en autos legitima desplazarla por la ausencia de IDENTIDAD DE CAUSA DE PEDIR, esto es, la razón inmediata a la pretensión que se deduce, al fundamento de Derecho ya que nada impide acumular las causas diferentes del derecho litigado y es notorio que la causa de pedir es diversa que derrumba la interlocutoria que no fue impugnada en su momento y dispuso la clausura y el archivo de las actuaciones: el segundo vuelo aportado por el Tte. Gral (av.) Enrique A. Bonelli: "...de acuerdo a la información recibida se realizaron dos vuelos probablemente el 24 de julio y el 5 de octubre de 1976 partiendo de la base aeropuerto Jorge Newbery en Plataforma de Aviación General de la Ciudad de Buenos Aires con destino al Aeropuerto Internacional de Carrasco en la entonces Brigada de Mantenimiento y Abastecimiento. Estas operaciones aéreas fueron ordenadas por el Comando General de la Fuerza Aérea a solicitud del Servicio de Información de Defensa (SID) y coordinadas por este servicio".

En los expedientes sustanciados ante Penal 19<sup>o</sup> no se incluyeron los hechos que motivaron esta denuncia y nada impide la reapertura de la causa ya que se encuentra (o a pesar que esté conexas) con el primer hecho aquí denunciado.

De allí la imperiosa necesidad de identificar las pretensiones en base a los tres elementos que la componen: causa, objeto, sujetos y la concurrencia de identidades de referencia debe apreciarse estableciendo un juicio entre la pretensión anterior y la posterior ya que de la paridad entre los dos litigios es de dónde ha de inferirse la relación jurídica controvertida interpretada con los hechos jurídicos y fundamentos.

¿Por qué se pide?

Por el segundo vuelo donde venía María Claudia con la presunta finalidad de mantenerla con vida hasta que diera a luz a su hija para apoderarse de ella y luego darle muerte.

La solicitud de reapertura radica en una razón (causa petendi) que no fue objeto de debate en el juicio anterior y no resulta incompatible por lo que se han cumplido los requisitos necesarios para ingresar, a través de la cosa juzgada por diversa causa, permitiendo su apertura sin violentar los principios elementales del Derecho. Ello en función por lo expresado por la Suprema Corte de Justicia en cuanto a que no se podría reabrir esta causa ni en este ni en futuros procesos.

"...La cosa juzgada es la autoridad y eficacia de una sentencia cuando no existen contra ella medios de impugnación que habiliten a modificarla. En forma más precisa cuando adquiere la nota de inmutabilidad, consistente en que - en ningún caso - de oficio o a petición de parte, otra autoridad podrá alterar los términos de la sentencia.

No puede dejar de reconocerse que el límite de la cosa juzgada es el litigio, que el objeto de éste está circunscrito por la pretensión actora y que toda acción se extingue con su ejercicio. En consecuencia, lo que interesa dilucidar es si nos enfrentamos al mismo litigio, al mismo objeto y causa, fundados en los mismos hechos e inferencias jurídicas consecuentes para evitar el non bis in idem..." (Sentencia N° 7/2003 Tribunal Apelaciones Civil de Séptimo Turno) porque si se mantuviera la triple identidad en el mismo litigio se impondría la cosa juzgada lo que no ocurre en autos porque, justamente y a mi juicio, LA CAUSA DE PEDIR ES DIFERENTE..."

Concluyendo "...Es por esa razón que estimo que el segundo vuelo se trata de un hecho nuevo en el que se funda la causa petendi y que permite vulnerar la cosa juzgada en futuro proceso desde que no se adecúa a la triple identidad y tampoco se trata de un medio de prueba: es un hecho claramente nuevo, aportado con posterioridad a la clausura y archivo y que, posteriormente deberá ser probada tratándose, a mi modesto entender de dos cuestiones diversas que me hacen postular una solución diversa: no se trata de un medio de prueba (el segundo vuelo) sino de un hecho nuevo que permite destruir la identidad de causa y por ende reabrir esta causa cerrada como cosa juzgada material, destinado a ser probado. Por lo tanto, a mi juicio no se trata de una cosa juzgada formal que con la incorporación de nueva prueba se puedan reabrir las compuertas del presumario que tiene un decreto de clausura de archivo sino la necesidad que no se encuentre configuradas la triple identidad de la cosa juzgada vale decir, en el caso la causa de pedir que es distinta a la que originó la primeras actuaciones..."

- SOBRE LA AMNISTIA.

Al igual que en el anterior las Defensas se pronuncian a favor de la amnistía que consagra la ley 15.848, con idénticos argumentos planteados en los tribunales.

Sobre el punto la Sala cuenta con una posición que por larga data ha mantenido sin fisuras en la anterior y actual integración, por lo que a su respecto corresponde remitirse.

Recientemente se sostuvo:

“...En tiempos en que el redactor se desempeñaba como Juez letrado de primera instancia en la materia penal había asumido posición respecto de la naturaleza jurídica de la multicitada Ley, con fundamentos que hasta hoy mantiene, en tanto los esgrimidos por las diferentes defensas en causas de similar etiología no han logrado conmovier los mismos.

Así en anteriores pronunciamientos, en la calidad que viene de definirse, sostuvo que en nuestros primeros y tímidos encuentros con el derecho, el Profesor, Dr. ENRIQUE VESCOVI nos enseñaba que el Derecho tenía una función y un fin específico, ambos claramente definidos.

Su función es social en tanto busca hacer posible la coexistencia entre los hombres.

El derecho nace en las relaciones sociales, es el producto de la realidad social en la cual se realiza y por ello, o como consecuencia de ello, la norma requiere "...cierto grado de vigencia, de positividad, de apoyo en la vida social..." ( Introducción al Derecho).

En dicho trabajo, en cita de Mario Díaz Cruz - Teoría del Derecho Subjetivo; transcribió su afirmación según la cual "...parece históricamente comprobado... que en todo el fenómeno complejo del derecho, lo primero que se presenta es el hecho social, después el hecho político, inmediatamente el hecho jurídico, al que sigue el hecho científico y por último el hecho filosófico...".

Este precisamente parece haber sido el camino que transitó la tan cuestionada ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado.

Su antecedente se halla en un hecho social por todos conocido, seguido de un hecho político que finalmente derivó en un hecho jurídico concreto cuya razón última perseguía la pacificación nacional y el pleno restablecimiento de la institucionalidad democrática, del orden jurídico y del estado de derecho.

El costo social y político de tal solución fue alto, empero tras la consulta al soberano la referida Ley alcanzó (bien que con duras resistencias) cierto grado de vigencia, de positividad y apoyo en la vida de nuestra sociedad, conforme los términos utilizados por el Profesor Enrique Véscovi.

El autor también nos enseñó que el derecho perseguía la realización de su fin esencial que no puede ser otro que la justicia, y que aún el derecho injusto puede existir, pero pese a ello de todas formas debe cumplirse.

Quienes actuamos en la ciencia del derecho sabemos que en él existen dos bibliotecas y que la existencia de unanimidades es la excepción.

Y es del caso que el punto traído a colación por la defensa no escapa a esta regla especialmente porque el mismo se expresa a punto de partida de una ley de muy particulares y peculiares características que se manifestaron ya desde el momento de su gestación.

Sería JOAQUÍN ESCRICHE quien nos recordara (tomando conceptos vertidos por el Conde de Peyronnet, quien fuera Ministro del Rey de Francia) que la Amnistía supone abolición, olvido, así lo entendieron los atenienses y de allí proviene el acto y el nombre.

Rescata la síntesis conforme la cual la Amnistía no repone sino que borra, vuelve hacia lo pasado y destruye hasta la primera huella del mal, por ello las amnistías condicionales no son sino una conmutación groseramente disfrazada bajo un título irrisorio y falso (Cf. ESCRICHE, Joaquin - Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, Tomo I. A.D).

En el terreno del ejercicio intelectual y teniendo por cierto que asistimos a una hipótesis de Amnistía (posición que el Tribunal no comparte) la lectura del capítulo N° 1 de la ley dirigen nuestro razonamiento en un sentido cuyo tratamiento no se puede soslayar.

En su artículo 1º luego de marcar la génesis de la misma y la finalidad que persigue (concluir la transición hacia la plena vigencia del orden institucional) dispone que ha caducado el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado respecto de los delitos cometidos en las fechas y por los sujetos allí establecidos.

Inmediatamente en su artículo 2º establece excepciones a su ámbito de aplicación, y el 3º estatuye un novedoso mecanismo por el cual el Juez que debe intervenir en las denuncias correspondientes, debe requerir dentro de un plazo perentorio un informe al Poder Ejecutivo a quien le corresponde emitir un pronunciamiento sobre si considera o no comprendido en el artículo 1º el hecho que se investiga.

Si el Informe es inclusivo el Juez debe disponer la clausura y archivo de los antecedentes, en caso contrario continuará la indagatoria.

Por tanto desde el inicio de las disposiciones de esta ley debemos extremar nuestra atención a tres puntos esenciales:

a) las condiciones de tiempo, fácticas y personales consagradas en su artículo 1º

b) las excepciones a la misma

c) y el requerimiento al Poder Ejecutivo quien en definitiva dará "luz verde" o no para poner en marcha el andamiaje judicial a efectos de una adecuada investigación.

Con ello queda claro que la Ley de Caducidad de la pretensión punitiva del Estado desde que establece excepciones y aún la posibilidad de investigar en las condiciones y por los conductos en ella establecidos, no es ni absoluta ni irrestricta, ni incondicional o ilimitada; y por tanto no olvida, no borra ni vuelve hacia el pasado destruyendo hasta la primera huella del mal (en términos rescatados por Escriche según fuera dicho con anterioridad).

A la luz de sus términos se trataría de una amnistía condicional, y si esta hipótesis fuera cierta ¿estaríamos asistiendo a una conmutación groseramente disfrazada bajo un título irrisorio y falso?.

En suma, como viene de decirse la Ley de Caducidad de la Pretensión punitiva del Estado no reviste los caracteres de absoluta, irrestricta ni ilimitada.

Tampoco es incondicional, no opera “urbi et orbi” ya que establece excepciones y aún un mecanismo particular que podría determinar la investigación de hechos denunciados ante la Justicia.

Se encuentra además claramente acotada a determinados sujetos (funcionarios militares y policiales equiparados y asimilados) dejando fuera de su amparo aquellos civiles que participaron del proceso cívico militar.

Por otra parte fue enmarcada en un tiempo determinado respondiendo a una coyuntura específica que la misma ley enuncia cuando en su art 1º reconoce

que ella es “...consecuencia de la lógica de los hechos originados por el acuerdo celebrado entre partidos políticos y las fuerzas armadas en agosto de 1984, y a efectos de concluir la transición hacia la plena vigencia del orden constitucional...”

La lógica de los hechos surge de los datos emanados e impuestos por la severa realidad que hoy en día es irrefutable.

Pese a ello las autoridades competentes de la época enmarcaron la solución finalmente plasmada en un tiempo determinado, a favor de sujetos también determinados como respuesta a una coyuntura clara y definida para alcanzar un propósito concreto.

Las peculiares características de la ley N° 15.848 con las excepciones que establece y los mecanismos “evasores” en ella consolidados van en la dirección propuesta conforme lo entiende en forma unánime el Tribunal.” (Sentencia N° 19 de fecha 29 de febrero de 2012).

Sobre el punto se vuelve insoslayable traer a la luz el voto del Señor Ministro, Dr. William Corujo quien en forma por demás sólida expresó:

“...Como sostuvo la Suprema Corte de Justicia en la reciente sentencia del 6 de mayo de 2011, N° 1501, “...la Ley 15.848 no consagró una Amnistía. La figura de la amnistía tal como señaló el Tribunal citando las enseñanzas de Irureta Goyena “...es una facultad del Poder Legislativo, reviste carácter colectivo y hace desaparecer el delito y la condena. 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, esta 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 por lo expuesto, se quiere poner de manifiesto, que en atención a los principios vistos, esta causa de extinción del delito (o de 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. La Ley N° 15.848, no dice, literalmente, ser una amnistía, sino que se trata de una caducidad de la pretensión punitiva del Estado que no opera de pleno derecho...”.

En similar sentido, la Corte...se ha pronunciado en Sentencia N° 365/2009, en términos que resultan perfectamente trasladables al presente, por considerar que la ley 15.848 no concedió la amnistía invocada por las defensas.

Así haciendo referencia a las históricas discordias de los Ministros Dres. Jacinta Balbela y Nelson García Otero emitidas en la sentencia de la Corte N° 184, 224, 226 y 232/1988 indicó que: “...Ningún acuerdo político ni la lógica de los hechos subsiguientes cuenta con la previsión constitucional que autorice desconocer lo que establecen los artículos 4 y 82 de la Constitución como principio fundamental de nuestra organización democrática...”.

“...Ningún acuerdo político ni su consecuencia lógica puede investir la representación original o delegada de la soberanía y, por tanto, resulta absolutamente inidóneo para emitir norma jurídica válida, vigente o aceptable.

Como enseña JIMENEZ DE ARECHAGA, la Asamblea General, en concurrencia con el Poder Ejecutivo, sigue siendo el único órgano de legislación sin que la Nación retenga, en absoluto, una parte de ese poder. De esta forma, cuando el artículo 1º de la ley 15.848 reconoce otra fuente de normativa jurídica, se aparta ostensiblemente de nuestra organización constitucional...”.

“...Si bien es cierto que la Asamblea General puede conceder Indultos y acordar Amnistías en casos extraordinarios (artículo 85 numeral 14 de la Constitución), a juicio de la Corte, esta ley no es ni una cosa ni la otra...”

Sosteniendo más adelante: “...desde otra óptica si se entiende que la ley impugnada, en lugar de otorgar una amnistía declara la caducidad de las acciones penales respectivas, también es inconstitucional. En efecto, declarar la caducidad de las acciones penales, en cualquier supuesto, excede las facultades de los legisladores e invade el ámbito de una función constitucionalmente asignada a los Jueces, por lo que, los motivos que fueren, el legislador no podría atribuirse la facultad de resolver que había operado la caducidad de las acciones penales respecto de ciertos delitos...”.

Y por si todo esto no fuera poco y categórico, (el Señor Ministro) internándose en la discusión parlamentaria señala: “...Con facilidad se extrae que no lo fue porque no se quería conceder y por ello del caso recordar el lamento del entonces Sr. Representante Nacional Cantón cuando expresaba en el Plenario de la Cámara: “...entendemos que si en aquel momento se hubiera hecho un paquete, si se hubiera buscado una solución global, si se hubiera aprobado una amnistía genérica...” Y, efectivamente, lo que quiso el Parlamento fue, justamente no conceder amnistía alguna a quienes al amparo del aparato del Estado ejercieron el terror de la manera más cruenta...”

El entonces diputado del Partido Colorado, Víctor Vaillant exponía aquel 21 de diciembre de 1986: “...cuando este Parlamento votó la amnistía para los presos

políticos no lo hizo porque la organización MLN estuviera en la calle exigiéndolo con las armas; lo hizo por conciencia.

Y sí, fue un perdón, fue un perdón generoso que surgió de la conciencia del pueblo transmitida aquí por sus legisladores; fue un acto espontáneo y de generosidad. Por eso la amnistía fue un hecho pacificador. Pero hoy no estamos considerando aquí - y no lo voy a votar - la amnistía para las Fuerzas Armadas en función de un acto generoso de nuestra ciudadanía sino que la estamos considerando bajo un hecho real y concreto que es, en sí mismo, una ruptura institucional..." (Diario de Sesiones de la Cámara de Representantes XLII Legislatura, 3 sesión, páginas 251 y 202)..."

## SOBRE LA PRESCRIPCIÓN.

El Tribunal estima que la Excepción de Prescripción del delito imputado no es de recibo.

Nada nuevo aportan las Defensas al respecto, como tampoco logran desvirtuar la procedencia de la aplicación del artículo 123 del Código Penal cuya argumentación constituye un agravio que casi mecánicamente se esgrime en estas causas.

Sobre uno y otro punto la Sala cuenta con sendos pronunciamientos, y ahora no se han allegado a la misma argumentación alguna que merite un apartamiento de lo ya dicho con anterioridad.

Así por Sentencia N° 241 de fecha 31 de agosto de 2011, se sostuvo: "...Sobre el punto el redactor adhiere (al igual que los restantes integrantes de la Sala) a la posición conforme la cual se entiende que el término de la prescripción no ha ocurrido, conclusión a la que se arriba por la fuerza de los hechos y el imperio del derecho. Y es claro que el tema no puede ser abordado sin un acercamiento y reconocimiento de la realidad que operaba al tiempo de la ocurrencia de los hechos que dan origen a las presentes.

- Por ese entonces nuestro país vivió un régimen de excepción, de quiebre institucional tras un golpe de Estado que derivó en un régimen de facto consolidando una dictadura cívico - militar que se prolongó desde el 27 de junio de 1973 hasta el 1º de marzo de 1985.

En dicho período el estado de derecho no rigió, se suspendieron las garantías individuales, no imperaban ni el derecho ni la ley, la institucionalidad y el orden jurídico fueron borrados de un plumazo y la clase gobernante actuó al influjo de la fuerza, la represión y actos institucionales que desconocían los más elementales derechos individuales.

En esta etapa se cometieron terribles violaciones a los derechos humanos; muertes, secuestros, desapariciones, torturas, arrestos ilegales, detenciones clandestinas, sustracción de menores, etc.

En este contexto es impensable pretender que ciudadano alguno pudiera acudir a la justicia denunciando estos hechos en tanto y en cuanto quienes se arrogaban la potestad de investigarlos eran los mismos que los habían cometido.

Sobre el punto este Colegiado en sentencia N° 70 de fecha 29 de marzo de 2006, su redactor el Sr. Ministro Dr. Alfredo Gómez Tedeschi, rescata en una rápida reseña una serie de normas que impedían la revisión de los hechos acaecidos durante la vigencia del entonces llamado proceso cívico-militar.

Recuerda, “...Por el art. 1º del Acto 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 el N° 2 del mismo día, se creó y reglamentó, una institucionalidad paralela a la Constitución...”.

“...Por el Acto N° 3 (septiembre 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, (septiembre de 1976), se prohibió el ejercicio de las actividades políticas a determinados ciudadanos...”.

“...Finalmente, por Acto N° 8 del 1º de julio de 1977, el Poder Ejecutivo, fundado en que “...hubo, pues, una sobreestimación del concepto de Poder respecto a la Justicia y una subestimación del mismo referido al Poder Ejecutivo. Esto explica o en esto está, si se quiere, la raíz de los permanentes desajustes, al más breve avance de la normalidad, 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...”, “...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...”.

Esta breve y acertada reseña normativa así como la contundente evidencia de la realidad que transitó nuestro país en el período dictatorial nos permite concluir sin esfuerzo que el término de prescripción se suspendió entre el 27 de junio de 1973 al 1º de marzo de 1985.

Más aún,

No seremos cómplices de la romántica idea de que el 1º de marzo de 1985 (más allá de las elecciones y de la asunción del Dr. Sanguinetti como Presidente de la República) amanecemos con una institucionalidad plena y fuerte y un estado de derecho consolidado.

Para ello basta recordar que los integrantes de las Fuerzas Armadas (en pleno gobierno democrático) se negaron a ser juzgados y a comparecer ante la justicia por cualquier acto cumplido en el pasado, y que en pleno gobierno democrático ello produjo una crisis institucional que constituyó el antecedente que culminara con la ley N° 15.848, concebida como una salida política a la crisis que se estaba viviendo en plena democracia.

Ya a esa altura, nuestra sociedad toda y particularmente la clase política tenían cabal conocimiento de la existencia del llamado “Plan Condor”, de las actuaciones coordinadas de las dictaduras impuestas, su “modus operandi”, y por supuesto no desconocían el hecho de que muchas de las acciones eran cometidas fuera del territorio nacional, aún, que muchas de ellas tuvieron su principio de ejecución fuera de fronteras para ser consumados dentro del territorio de otros países del cono sur.

Esta conclusión (de la suspensión de los plazos de prescripción), que en modo alguno es caprichosa, ni siquiera requiere acudir en su apoyo a instrumentos internacionales.

Es nuestro propio ordenamiento interno quien avala y sustenta esta posición.

Para ello partimos del art. 87 del Código del Proceso Penal que establece que "...la iniciación, suspensión, interrupción, término y cómputo del tiempo en que puedan o deban producirse los actos del proceso penal, se regularán, en lo pertinente, por las normas del proceso civil...".

A su vez el art. 98 del C.G.P. dispone que "...Al impedido por justa causa no le corre plazo desde el momento en que se configura el impedimento y hasta su cese. Sólo se considera justa causa la que provenga de fuerza mayor o caso fortuito para la parte y que la coloque en la imposibilidad de realizar el acto por sí o por mandatario...".

Nuestra mejor doctrina afirma que dicha norma recoge un principio general de derecho de trascendental relevancia en tanto plasma la garantía del acceso a la justicia y la efectividad de los derechos sustanciales (Cf. VESCOVI, Enrique - Código General del Proceso. Tomo 2).

Conforme lo que viene de verse y al amparo de la normativa citada podemos afirmar con sólidos fundamentos que en el período en cuestión los ciudadanos de nuestro país se encontraban en una situación de imposibilidad absoluta, frente a un obstáculo insuperable que mutiló toda posibilidad de acceso a la justicia.

Recordemos que al abrigo de la prepotencia de las armas, el desprecio por la vida de los demás y amparados en un manto de impunidad, se cometieron los más crueles y aberrantes crímenes.

En esta coyuntura, en este contexto, donde se desconocían los más elementales derechos individuales, es imposible pretender que las víctimas de tamaños horrores pudieran encontrar refugio en una justicia que en los hechos se encontraba tan mutilada que era incapaz de garantizar el efectivo goce de derecho sustancial alguno..."

Sobre el punto, el Sr. Ministro Dr. José Balcaldi, en anteriores pronunciamientos, ha señalado: "...¿Corresponde computar los años comprendidos en el período dictatorial?.

La respuesta es negativa, solución que no es novedosa..."

"...En lo que tiene que ver con el período de interrupción de los derechos y garantías de los justiciables, es evidente que no puede correr término alguno a los mismos, si es manifiesto que existía una imposibilidad material de su ejercicio.

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

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

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

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

- En sendos pronunciamientos la Sala ya ha laudado el tema del aumento de un tercio previsto por el art. 123 del C. Penal.

Hoy, al igual que en causas anteriores, el contenido de los agravios es exactamente el mismo y la posición de la Sala en su nueva integración no habrá de variar tal cual se adelantara.

Estima el redactor que el tema ha sido agotado con fundamentos jurídicos serios y contundentes, sin dejar válvula de escape alguna para la innovación.

Por adecuarse el presente caso a situaciones anteriores enteramente trasladables es oportuno remitirse a los fundamentos que constituyen jurisprudencia firme de la Sala.

- Se ha dicho: "...los parámetros o pautas señaladas en la referida norma son independientes de la culpabilidad..."

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

Como expresara Bayardo Bengoa, en "Temas de Derecho Penal" (Montevideo, 1962, pag. 63), "...si la finalidad está en retacear a esos sujetos el beneficio prescriptivo poniendo como traba un aumento del tope..." .

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

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

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

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

Se abundó por parte de este redactor.

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

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

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

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

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

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

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

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

“...el término de prescripción quedó delimitado al momento de la consumación, y allí se evidenció que los responsables, fueran estos indagados o cualesquiera otros, eran “...Sujetos peligrosos...”.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por ello, entiendo que si un hecho es en 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..."

"...Una simple razón lógica lleva a que la consideración judicial sobre el término de prescripción de los delitos ventilados deba valorarse en atención al tiempo del maleficio, puesto que los extremos ordenados por la ley para su consideración impiden cualquier otro momento para su análisis, puesto que tanto los sucesos, como sus móviles, fueron, son y serán aquéllos que se dieron en un momento específico, esto es, al consumarse el delito.

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

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

"...Esto lleva a concluir que la observación de los requisitos legales establecidos en el artículo 123 del Código Penal, es de tipo formal, y delimitada

al momento de la consumación, siendo su finalidad única, determinar si corresponde, al caso, una espera mayor para que opere la prescripción, en el entendido que ello se alinearán, en términos generales, con el sentir de la sociedad.

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

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

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

En fin, si la ley adicionó al plazo de prescripción elementos de especial valoración en el caso de los homicidas es evidente que a ellas debe estarse...”.

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

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

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

Aquí...La disposición legal, no alude a cualquier hecho criminal, sino específicamente a la figura delictiva del homicidio...”.

“...Acaecido un homicidio, el autor puede 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 el figura delictiva.

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

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

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

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

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

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

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

Prosigue el redactor: “...la peligrosidad... No se trata de una evaluación que se atenga a parámetros actuales, sino que las coordenadas de evaluación son contemporáneas a la fecha de comisión del delito...ello es de esta manera, por otra razón coadyuvante: el punto de partida del cómputo del lapso prescripcional, es la fecha de comisión del delito, momento en que queda fijado, cristalizado, dicho tiempo.

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

El lapso prescripcional dependería de los vaivenes de la vida de cada cual, y no guardaría relación ni con el delito, ni con el hombre, mirado éste desde la perspectiva de su quehacer criminal...” (Sentencia N° 70 de fecha 29 de marzo de 2006. Sentencia N° 263 de fecha 26 de agosto de 2010).

Sobre el punto solo resta agregar que, tal como lo hace el Señor Ministro, Dr. José Balcaldi, en su voto:

“...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.

Colofón: En la causa se procesa por homicidio muy especialmente

agravado, por tanto la magnitud del acontecimiento se prueba “in re

ipsa”, como asimismo los móviles, todo lo cual lleva inequívocamente a aplicar el aumento de un tercio en la prescripción.

Cabe manifestar además, que los argumentos de las Defensas en relación a la sospecha sobre los motivos de lo que denominan un precipitado inicio de la causa al filo del vencimiento del plazo de prescripción, cuando previamente la misma estuvo casi sin avances durante mucho tiempo, no es de recibo.

¿Por qué?

Simplemente porque la afirmación no es correcta desde su base.-

En efecto, el término de prescripción, en todos los casos, estaba y

está muy lejos de consumirse ya que los enjuiciados por este suceso

presentan anotaciones por la comisión de delitos en sus respectivas

planillas de antecedentes judiciales, a saber:

Gavazzo: 6-1-1995 y 11-9-2006

Arab: 20-9-1984 y 11-9-2006

Vázquez : 11-9-2006

Silvera: 11-9-2006

Medina: 4-1-1995 y 11-9-2006

Siendo así resulta evidente que se interrumpió la prescripción en el

momento de la comisión de los delitos por los cuales fueran procesados en esas oportunidades los hoy enjuiciados de conformidad con lo establecido por el artículo 121 del Código Penal que reza: "...Interrumpe la prescripción cualquier transgresión penal cometida en el país o fuera de él, con excepción de los delitos políticos, de los delitos culpables y de las faltas..".-

En tal entendido no puede menos que concluirse, que desde la comisión de los delitos reseñados en cada situación en particular, se interrumpió el término de prescripción del presente por lo cual la misma se encuentra muchos años por

delante del momento actual, situación que como se dijo, desacredita el argumento esgrimido.

III) Como se dijera, a la época de la sustanciación de los recursos, las Defensas de los indagados se agravian en relación a los hechos que se tuvieron en cuenta para procesar en tanto éstos no fueron considerados en forma integral, como tampoco fue valorada la prueba en su conjunto, calificándola como discretísima.

Tales consideraciones no son compartidas por la Sala en tanto en épocas tan tempranas del proceso penal para definir una decisión de enjuiciamiento nuestro ordenamiento jurídico requiere la existencia de elementos de convicción suficientes o semiplena prueba, para poder acceder a la sujeción física y jurídica de quien “prima facie” aparece como partícipe del ilícito que se investiga.

Y es del caso que el complejo probatorio acopiado supera con holgura el piso mínimo legalmente exigido para alcanzar un pronunciamiento de la naturaleza objeto de impugnación.

Para dictar un auto de enjuiciamiento se requiere la existencia de un hecho delictivo y la presencia de elementos de convicción suficientes que permitan concluir que el eventual indagado fue partícipe del mismo.

Se trata de una evaluación con la semiplena prueba como base y por expresa disposición legal se encuentra sujeta a cambios en la medida en que muden los supuestos fácticos que le dieran origen.

Con los abundantes medios probatorios a la vista, el Sr. Juez de primera instancia ha realizado un correcto análisis de la prueba incorporada hasta el presente al amparo de las reglas de la sana crítica, valorándola en una visión conjunta y global conforme emerge de las razones explicitadas en el auto de enjuiciamiento.

La prueba recabada hasta el momento es copiosa, sustentada en abundante prueba testimonial y documental que terminan por colocar a los indagados en un tiempo y espacio determinado (en un momento histórico preciso) logrando dejar en evidencia la existencia de un modus operandi que comprendía la existencia de operaciones coordinadas en uno y otro lado del Río de la Plata, la existencia de detenciones y privaciones ilegítimas de libertad, traslado y permanencia de personas en Orletti que eran torturadas como forma de obtener información, su posterior desaparición, muerte y ocultación de cadáveres y en otros casos el periplo que debieron transitar mujeres embarazadas a quienes se las mantenía con vida a la espera del nacimiento de sus hijos para luego quitárselos y ser entregados posteriormente a funcionarios afines al régimen que los tomaban como propios, dando luego muerte a sus jóvenes madres.

Este parecería haber sido el destino de María Claudia García de Gelman, a mérito de la información que el Comandante en Jefe de la Fuerza Aérea, Enrique Bonelli brindara con fecha 8 de agosto de 2005 al Poder Ejecutivo, confirmando la existencia del segundo vuelo en el que habría sido trasladada

desde Buenos Aires, la joven aún embarazada manteniéndola en cautiverio en la casona de Bulevar y Palmar hasta que diera a luz a una niña que fuera entregada al policía Tauriño cuya esposa rogaba a la virgen de la Macarena un hijo.

Expresa en su voto, el Sr Ministro, Dr. José Balcaldi:

"...En lo que hace a los agravios de las Defensas, entiendo que no les asiste razón.

La prueba obrante en autos sobre la existencia de un centro de

detención clandestino denominado OT 18 (Automotores Orletti) en la

República Argentina, es abrumadora, ya que no sólo los denunciantes y

testigos avalan su existencia sino, además, lo hacen también prácticamente todos los involucrados.

En el mismo operaban militares argentinos, pero también uruguayos, conjuntamente con delincuentes comunes (Anibal Gordón y otros vinculados a él), que habrían sido utilizados para reprimir ilegalmente a disidentes del régimen y también a integrantes de organizaciones clandestinas, obteniendo estos últimos como beneficio, cualquier bien material o dinero que le era sustraído a las víctimas, esto es entonces, un caso claro de mercenarios que cometían delitos por dinero siempre de acuerdo a las instrucciones o parámetros que les brindaban quienes le encomendaron la tarea.

Esta Sala ya analizó la situación de Automotores Orletti en la

República Argentina y los centros de detención clandestinos en el Uruguay, por lo cual no cabe más que reiterar lo dicho en cuanto a los abundantes elementos de juicio que conforman la prueba cabal de su existencia y motivación.

Así, me permito citar una interlocutoria de la Sala con anterior

integración a saber: "...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 el 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

advierde 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 intermediación no coloca en manos del Juez una bola de cristal que

trabaje por él. Ningún proceso ha gozado de tanta intermediación 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 protagonistas dieron por bueno que

el fin justificaba los medios.

En el campo estatal, fue tan poderoso el instrumento del “secreto”, la “compartimentación” de los servicios de inteligencia que, aún hoy, a

casi cuarenta años de ocurridos los hechos, aún tratándose como se

trata de hechos infames, la Comisión para la Paz, los propios

Comandantes de las respectivas Fuerzas, e, incluso, periodistas que se han ocupado de estos temas, han tenido que pagar un precio a la

información: el anonimato del informante.

Es decir, a casi cuarenta años, ciertas normas de comportamiento, de lealtades personales, cuando no institucionales, están firmemente

incrustadas en la vida democrática del país...” (SEN. N° 24/2007 del

28 de febrero de 2007).

Estimo que la prueba trasladada de otras causas vinculadas al Plan

Cóndor resulta más que suficiente para estimar que existen elementos de

convicción sobre como acontecieron los sucesos de autos.-

A mi juicio, las Defensas por un lado relatan situaciones puntuales

dispersas vinculadas a sus respectivos defendidos y, por otro, desconocen hechos totalmente acreditados en múltiples causas relacionadas con los actos de represión coordinada entre distintos países, presentándolos como una suerte de escudo defensivo basado fundamentalmente en la dificultad de determinar los detalles precisos de como ocurrió el homicidio de autos, pero en concreto ello no se ajusta a la realidad jurídica porque como ya enseñaba Manzini: “...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, precisamente el de aislar los indicios para quitarles la fuerza probatoria que proviene de su conjunto...” (Tratado T.II, pág. 486). Idem 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.” Manzini. Derecho Procesal. Tomo III. Pág. 468. (Sent. 72/76. Penal 6º... Anuario de Derecho Penal Uruguayo. Tomo III. Pág. 40. N° 161).

Los indicios, medio probatorio hábil, como dice el artículo 216 del

C.P.P. son “las cosas, estados o hechos, personales o materiales, ocurridos o en curso, aptos para convencer, en alguna medida, acerca de la verdad de las afirmaciones o de la existencia de un hecho objeto del proceso...” y agrega “...para que los indicios puedan servir de base a una resolución judicial, deberán relacionarse con el hecho o circunstancia que tiendan a probar, ser inequívocos y ligar lógicamente e ininterrumpidamente el punto de partida y la conclusión probatoria”.

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

En suma, todos los involucrados están directamente vinculados a

Automotores Orletti y al centro de detención clandestino del SID que operaba en Br. Artigas y Palmar.-

En cuanto a que no se individualizó el autor material del crimen, ello es real, pero que en ese contexto no puedan ser responsabilizados como coautores no lo comparto.-

Si bien este aspecto de la cuestión es claramente objeto de una

sentencia definitiva y no de un auto que simplemente inicia un juicio,

en atención a que la Defensa de Medina lo presenta como un agravio específico contra la decisión impugnada, entiendo que procede expedirse al respecto.-

Así sobre la participación enseña Soler "...La participación, sea cual

fuere su forma, no es un mero conocimiento del hecho, sino una

contribución a producirlo; tanto en la instigación como en la

complicidad, la acción que hace a un sujeto partícipe tiene

necesariamente que consistir en algo positivo, cuando menos en una

manifestación verbal..." y agrega más adelante "...No puede olvidarse que la participación en un delito es una forma de hacerse responsable por él; en consecuencia, dentro de la participación está comprendida no solamente la contribución objetiva a producir el resultado, sino también la contribución subjetiva. Participar no quiere decir solamente producir, sino producir típica, antijurídica y culpablemente. El problema de la causación es sólo un fragmento de la participación, y, por tanto, no pueden identificarse..." (Soler, Sebastián. Derecho Penal Argentino. Tomo II. Pág. 252 y 253).-

En cuanto a los principios que rigen la participación señala Soler:

1º) el principio de identidad de delito donde las "...acciones, dispares si se las considera objetivamente, deben tener un sentido de convergencia jurídica hacia una misma figura delictiva..." 2º) el principio de comunidad de acción donde "...Para que haya participación en un delito hay que "tomar parte" o "cooperar" en su producción. Pero la parte que cada coautor, instigador o cómplice toma, debe objetiva y subjetivamente constituir la parte de un todo que es el delito. Por esa parte que cada uno asume en la división de funciones, no se es partícipe en la acción del otro o en la culpa del otro, sino en el delito, es decir, en la totalidad. De ahí el principio lípidamente formulado por Carrara "el hecho natural puede ser comunicable entre los varios partícipes; la intención no es nunca comunicable de individuo a individuo". Comunicabilidad quiere decir integración del hecho, y esa integración es posible precisamente porque, según hemos dicho, la fracción que cada uno aporta es realizada por él como integrante de la acción de otro y conocida como fracción... 3º) El principio de exterioridad también rige la participación por el cual

"...La punibilidad de la participación requiere en su límite mínimo un

comienzo de ejecución. Para que pueda afirmarse que existe principio de ejecución, debe considerarse la acción globalmente, tal como si todos los actos y los distintos aportes fuesen un caso común de tentativa realizada por un sólo sujeto..." (Soler, Sebastián. Obra citada. Págs. 267, 268 y 272).

Para el maestro Manzini "...La coparticipación delictuosa consiste en

el concurso de varias causas humanas, imputables y punibles, en la

producción de un determinado delito, a cualquier grado que haya

llegado la ejecución de este delito y cualquiera que sea la eficiencia

causal de las actividades individuales singulares. El presupuesto de

toda forma de coparticipación delictuosa es, por tanto, que un delito

(consumado o tentado) haya sido cometido, esto es, ocasionado, con el

concurso de las indicadas causas..." (Manzini, Vincenzo. Tratado de

Derecho Penal. Tomo III. Pág. 246).-

Vistos los conceptos de la participación corresponde analizar punto

por punto cada grado.

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

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

Para Mir Puig "...Son coautores los que realizan conjuntamente y de mutuo acuerdo un hecho. Los coautores son autores porque cometen el

delito entre todos. Los coautores se reparten la realización del tipo de autoría. Como ninguno de ellos por sí sólo realiza completamente el hecho, no puede considerarse a ninguno partícipe del hecho de otro..." para este autor el principio que rige en estos casos es el principio de imputación recíproca por el cual "...todo lo que haga cada uno de los coautores es imputable (extensible) a todos los demás..." y agrega más adelante "...La fenomenología de la co-delincuencia muestra que en la realización colectiva de un hecho no siempre los actos literalmente ejecutivos constituyen la parte más difícil o insustituible y que, en cambio, el éxito del plan depende de todos quienes asumen una función importante en el seno del mismo. Lo acertado es, pues, considerar coautores no sólo a los que ejecutan en sentido formal los elementos del tipo,

sino a todos quienes aportan una parte esencial de la realización del plan durante la fase ejecutiva. A todos ellos "pertenece" el hecho, que es "obra" inmediata de todos, los cuales "comparten" su realización al distribuirse los distintos actos por medio de los cuales tiene lugar. (Mir Puig, Santiago. Derecho Penal. Parte General. 4º Edición. Págs. 384, 386 y 387).-

Carrara nos ilustra "...Cuando la participación es concomitante con

los actos consumativos, el que la realiza es un correo, aunque participe en ella únicamente con la palabra, con la sola presencia, o aun sin hacer nada. La palabra instigadora, que constituye sólo concurso moral si precede a la consumación del delito, toma el carácter de concurso material cuando es concomitante con los motivos de la consumación, y se compenetra con esta virtud de unidad de tiempo..." agregando "...El correo es imputable del mismo modo que el autor físico del delito, pues es una mera casualidad el que sea la mano del uno y no la del otro la que realice el acto que lleva a

violar definitivamente la ley, y por ello dicho acto se considera realizado por cada uno de los malvados que a sabiendas colaboraron personalmente en él. Esa colaboración, aunque sea inactiva, torna más audaz al ejecutor o aparta a la víctima de la posibilidad de la defensa, y ello basta para que se represente la relación de causa a efecto, con respecto al delito a que todos los presentes dirigen actualmente (Carrara, Francesco. Programa de Derecho Criminal. Parte General. Volumen I. Pág. 313 y 314).-

Enseña Bacigalupo que "...Para la coautoría es decisiva una aportación objetiva al hecho por parte del coautor. Sólo mediante esta aportación se puede determinar si el partícipe tuvo o no el dominio del hecho y, en consecuencia, si es o no coautor. La aportación objetiva que

determina la existencia de un co-dominio del hecho puede resumirse en una fórmula de utilización práctica: habrá co-dominio del hecho cada vez que el

partícipe haya aportado una contribución al hecho total, en el estadio de la ejecución, de tal naturaleza que sin ella aquél no hubiera podido cometerse. Para el juicio sobre la dependencia de la consumación del hecho de la aportación del partícipe es decisivo el plan de realización tenido en cuenta por los autores..." (Bacigalupo, Enrique. Derecho Penal. Parte General. Pág. 502).-

Sobre el punto y dentro de los distintos modos con los que puede

manifestarse la cooperación material, Manzini expresa "...Ejecutores del delito (o autores principales) son aquellos que cooperan a los actos directamente productivos del evento dañoso o peligroso, esto es, las personas que voluntariamente y conscientemente toman parte directa en los actos que concretan los elementos materiales característicos del delito y las circunstancias materiales agravantes del mismo...", y distingue a los cooperadores inmediatos estableciendo que "...son aquellos que, aun sin realizar directamente los actos productivos característicos del evento imputable, concurren, no obstante, con los ejecutores en la actuación de la empresa delictuosa, tomando parte en operaciones coordinadas pero distintas, eficaces para la inmediata ejecución del delito, dado el modo como fue organizada la empresa, las cuales sin embargo, no representan elementos esenciales ni circunstancias que modifiquen el hecho imputable. Por eso aun la sola presencia preordenada en el lugar del delito, cuando tenga o pueda tener un oficio útil para los ejecutores (seguridad, protección,

intimidación, guía, observación, etc.), concreta los extremos de la participación inmediata. Por las mismas razones, la posibilidad de la cooperación inmediata no queda excluida por el hecho de que haya sido único el acto consumativo del delito, y que una sola persona lo haya realizado, una vez que se haya participado en los actos ejecutivos anteriores..." (Manzini, Vincenzo. Tratado de Derecho Penal. Tomo III. Pág. 251 y 252).

En este contexto es que procede compartir la imputación preliminar

efectuada en primera instancia en relación a la calidad de eventuales

coautores de los hechos incriminados, pues todos los involucrados, por ahora y sin perjuicio de ulterioridades, están sindicados como operadores de los centros de detención, ya sea en la Argentina o en Uruguay, o en ambos lugares, donde era sistemática la privación de libertad, tormentos y asesinatos de personas por motivos políticos o conexos y, está acreditado el concurso de sus voluntades en la producción final de los maleficios que allí se cometieron, por lo cual es indiferente la eficiencia causal de la actividad individual de cada uno de ellos, puesto que es de toda evidencia la finalidad

voluntaria asumida hacia los fines propuestos.-

En ese entorno aconteció la privación de libertad de María García, para posteriormente ser trasladada clandestinamente a nuestro país donde fue recluída y asesinada con la finalidad de sustraerle a su menor hijo recién nacido.-

Sobre los elementos de juicio tenidos en consideración para llegar a

dicha conclusión, me remito a lo manifestado en la sentencia impugnada por el Señor Juez de primer grado, especialmente a las citas de los

testigos que se mencionan de fojas 5.050 a 5054.-

En cuanto a la valoración de la prueba en este tipo de casos me remito a lo expresado por la Sala en sentencia Nro. 24/2007...”.

En suma, estima el Colegiado que el caudal probatorio recabado hasta el presente supera con creces el mínimo legalmente exigido, circunstancia que

permite abrir las puertas del proceso penal sin olvidar que el decreto de enjuiciamiento es esencialmente revocable en tanto no causa estado y que tanto la calificación jurídica como el grado de participación integran precisamente el debate una vez que éste se ha instalado, correspondiendo por tanto, diferirlo para el contradictorio.

Por los fundamentos expuestos y de conformidad con lo establecido por los artículos 251 a 254 y 267 del Código del Proceso Penal, el Tribunal:

RESUELVE:

Confirmase la Resolución N° 2278 impugnada, dictada el 27 de octubre de 2011( fojas 5029 a 5087) .

Y, oportunamente , devuélvase al Juzgado de origen.-