

Número 246/2011	Sede Tribunal Apelaciones Penal 2º Tº	Importancia ALTA	Tipo DEFINITIVA
Fecha 31/08/2011	Ficha 98-212/2010	Procedimiento PROCESO PENAL ORDINARIO	
Materias DERECHO PENAL			
Firmantes			
Nombre		Cargo	
erto BALCALDI TESAURO		Ministro Trib.Apela.	
CORUJO GUARDIA		Ministro Trib.Apela.	
ipólito TAPIE SANTARELLI		Ministro Trib.Apela.	
Redactores			
Nombre		Cargo	
blito TAPIE SANTARELLI		Ministro Trib.Apela.	
Abstract			
Camino	Descriptor Abstract		
AL->DELITOS CONTRA LA PERSONALIDAD FISICA Y MORAL DEL Y ESPECIALMENTE AGRAVADO, ART. 312 DEL			
Descriptor Abstract			

Resumen

Veintiocho delitos de Homicidio muy especialmente agravado. No ha ocurrido el término de la prescripción. Noción de peligrosidad. Delito de Desaparición Forzada, su inaplicabilidad en la especie. Sujeto pasivo del delito. Grado de participación.

Texto de la Sentencia

Sentencia N° 246 Ministro Redactor:

Dr. Daniel Tapie Santarelli.

Montevideo, 31 de Agosto de 2011.-

VISTOS:

Para Sentencia Definitiva de Segunda Instancia esta causa seguida contra " AA. Veintiocho delitos de homicidio muy especialmente agravados en reiteración real." IUE: (Pieza Formada con testimonio íntegro de los autos IUE: 98-247/2006), venida a conocimiento de esta Sala en virtud del Recurso de Apelación interpuesto por la Defensa contra la Sentencia N° 187 de fecha 13 de diciembre de 2010, dictada por el Sr. Juez Letrado de Primera Instancia en lo Penal de Decimonoveno Turno, Dr. Luis Charles, en proceso seguido con la intervención de la Señora Fiscal Letrado Nacional en lo Penal de Segundo Turno, Dra. Mirtha Guianze y la Defensa del encausado, Dra. Graciela Figueredo.

R E S U L T A N D O :

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

2) Por la precitada decisión se condenó a AA como autor penalmente responsable de veintiocho (28) delitos de Homicidio muy especialmente agravados en régimen de reiteración real a la pena de quince (15) años de penitenciaría, con descuento de la preventiva cumplida y de su cargo las obligaciones que impone el art. 105 literal c) del C. Penal.-

Como atenuante se computó la primariedad absoluta.

Y como circunstancias agravantes el haberse cometido los hechos con graves sevicias y después de haberse cometido otros delitos para asegurar el resultado o para ocultar el delito, para suprimir los indicios o la prueba, para procurarse la impunidad o procurársela a alguno de los delincuentes (art. 312 inc. 1º y 5º del C. Penal).

3) La Defensa de AA interpone Recurso de Apelación expresando los agravios que la misma le ocasionan.

Expone en síntesis.

El sistema Cóndor fue un sistema de intercambio de información como los que han existido siempre.

Dicha concepción es alejada a la proclamada en la sentencia donde se afirma que el mismo tenía como objetivo central "...el seguimiento, vigilancia, detención, interrogatorios con apremios físicos, traslados entre países y desaparición o muerte de personas consideradas por dichos regímenes como subversivos del orden instaurado o contrarias al pensamiento político o ideológico, opuesto o no compatible con las dictaduras militares de la región".

La denominación "Plan Cóndor" y no "Sistema de Informaciones" tiene como única función bastardear la real actividad que cumplía (intercambio de información) y su existencia y finalidad en los términos en que se postula en la sentencia, constituye tan solo una versión que no fue probada en autos.

Se confiere valor probatorio a documentos que carecen de aptitud jurídica para ello. Tal es el caso de la información recibida de los medios de prensa así como investigaciones periodísticas y las llevadas adelante por la Comisión para la Paz, la Cámara de Representantes y los comandos de las tres Fuerzas.

Estos constituyen tan solo información allegada al proceso, pero para verificar esos hechos se deben utilizar los medios de prueba que el derecho consigna.

La sentencia viola los principios y normas que regulan la prueba trasladada en violación de lo dispuesto en el art. 29 del C.P.P. en tanto y en cuanto fueron desconocidas las garantías de control respecto de la producción de la misma.

La prueba de cargo utilizada, no es más que prueba extraña adosada a las presentes actuaciones.

Se agravia largamente respecto de la valoración de la prueba.

a) En su valoración no se tuvo en cuenta los aportes de la Psicología Forense.

Al amparo de prestigiosa doctrina que cita, detalla los múltiples factores que afectan los testimonios obrantes.

A saber: los estereotipos, el estrés, el lapso de tiempo transcurrido entre el hecho y la declaración, concertación dolosa, la memoria colectiva, las interferencias, la opinión pública y el rumor, las versiones de otros testigos que van contaminando el propio, no fueron evaluados conforme la razón de sus dichos.

b) En el proceso se operó una inversión de la carga de la prueba, estampando: "...sobre la Fiscalía pesaba la carga de probar (además de los restantes elementos constitutivos del tipo penal) que los presuntamente privados de libertad estaban vivos, y no a los indagados probar que no los tenían privados de libertad (por estar muertos o lo que fuere), violando así el principio de presunción de inocencia..."

c) Para atribuir responsabilidad y condenar a su defendido se debió probar que el mismo tuvo participación en los 28 homicidios que se le atribuyen.

Al respecto no existe prueba directa, concreta y menos aún plena.

La sentencia impugnada, así como la acusación, se fundan en postulados ("proposición que hay que admitir sin pruebas para establecer una demostración"); y es en ese punto donde se estancó la solución condenatoria puesto que ninguno de los hechos alcanzó la plena prueba requerida en esta instancia del proceso.

d) Durante el proceso no se pudo determinar la responsabilidad de cada autor en cada delito, por ello siempre se hace referencia a un "grupo de operaciones" que actuaba clandestinamente; ello permite una generalización, haciendo indiscriminadamente responsables a todos por todo.

e) Cuestiona la existencia del 2º vuelo, así como la identidad de quiénes fueron trasladados y la tripulación al mando, afirmando que su defendido no conoce Argentina, y jamás participó en la detención, secuestro, tortura, traslado de un país a otro, desaparición o muerte de persona alguna.

f) En relación a los testimonios que incriminan a su defendido subraya la existencia de circunstancias que afectan su credibilidad .

Todos ellos pertenecían a movimientos guerrilleros que tenían a las Fuerzas Armadas como enemigo.

"...Esos grupos guerrilleros habían resuelto y dispuesto el asesinato de algunos de los que ahora aparecen como condenados...así como la muerte era su objetivo ante el enemigo cuando la disputa se libraba en el terreno del enfrentamiento armado, el enjuiciamiento, prisión y condena lo es en la actualidad, cuando el mismo enfrentamiento se ha trasladado a la órbita del Poder Judicial...".

Tal circunstancia por sí sola termina con su credibilidad.

g) Los reconocimientos practicados carecen de valor probatorio alguno, en tanto AA, quien fue detenido en virtud de un arresto administrativo por pedido de Extradición, vió expuesta su imagen en toda la prensa oral y escrita, por cuya razón, identificarlo es en realidad una consecuencia de ello y no de la certeza de haberlo visto intervenir en algún hecho del que se le acusa.

h) En suma. La falta de prueba de cargo es absoluta.

Tanto la acusación fiscal como la sentencia se estructuran en indicios y presunciones fruto de meros comentarios, versiones periodísticas y testigos de oídas.

La Fiscalía se limita a acusar a AA imputándole en forma general y abstracta la co-autoría de los hechos.

Pero olvida que éste carecía del dominio del hecho en tanto se trataba de un subalterno sin poder de decisión.

“...Como AA pertenecía a un determinado grupo, que tanto Fiscal como Juez se empeñan en sostener que tuvieron participación en la detención y desaparición de personas, eso alcanza para responsabilizarlo penalmente, aunque no hubiera participado, ni de la detención, ni de la desaparición de los mismos, como tampoco lo hicieron los militares que están procesados por estos hechos...”

Amparándose en prestigiosa doctrina, concluye que ha operado la prescripción y por tanto la recurrida debe ser declarada nula.

Sostiene que habiéndose configurado en autos un caso de litispendencia y cosa juzgada, debe declararse la nulidad de la recurrida.

Que aún cuando los hechos imputados fueron ciertos (que no lo son en su concepto) su defendido se encuentra exento de responsabilidad de conformidad con lo dispuesto por el art. 29 del C. Penal.

Solicita que en definitiva se revoque la recurrida decretando la absolución de su defendido por falta de mérito y subsidiariamente se abata sensiblemente la pena.

4) Sustanciado el recurso de apelación interpuesto contra la definitiva, los autos vinieron a conocimiento de la Sala.

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

CONSIDERANDO:

1) La Sala por unanimidad de sus integrantes habrá de confirmar en todos sus términos la impugnada.

Del mismo modo, por la voluntad coincidente de sus miembros quiere destacar, en términos expresados por el Sr. Ministro Dr. William Corujo Guardia en su voto, "...la celeridad, sin mengua alguna de las garantías, del Dr. Charles, que ha sido una constante en estas complejas instrucciones, donde ha sentenciado con una rapidez memorable...".

La causa, tan compleja como extensa fue desarrollada con diligencia, agilidad, resguardando en todo tiempo las garantías del debido proceso.

2) Las posiciones abrazadas por las partes de este juicio se encuentran en franca oposición, sin punto de contacto alguno.

Las antípodas del razonamiento y de las conclusiones a las que se arriban, es la tónica, la característica que imprime la instancia.

Como corolario de ello encontramos al Ministerio Público, que si bien no moviliza mecanismo de impugnación contra la definitiva, expresa que mantiene su posición en cuanto a la calificación delictual, en tanto la Defensa materializa agravios que hacen a aspectos procesales y de fondo.

Dos precisiones.

Razones de orden imponen expedirse en primer término respecto de los agravios expresados por la defensa que dicen estricta relación a los aspectos procesales, no sin antes subrayar que los mismos integran "el conglomerado" de agravios que mecánicamente se exponen en procesos donde se dilucidan hechos de similar etiología a los presentes.

Que respecto de los mismos la Sala en anterior integración ha sentado posición que ha mantenido sin fisuras con sólidos y serios fundamentos expuestos en sendos pronunciamientos.

Tras el intenso estudio de los mismos, el nuevo integrante y redactor de la presente, no encuentra razón alguna para apartarse de las conclusiones a las que se arribara con anterioridad.

En suma, destacable labor de los anteriores integrantes, que con agudeza, sentido crítico y claridad jurídica, lograron sentar una férrea posición en un tema que recorre múltiples aristas jurídicas.

3) El Tribunal estima que la excepción de prescripción de los delitos imputados no es de recibo.

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 1° de marzo de 1985.

Más aún.

No seremos cómplices de la romántica idea de que el 1° 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. Enrique Vescovi - 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.

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 artículo 123 del Código 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, página 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)..."

"...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 examen 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 alineará, en términos generales, con el sentir de la sociedad.

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

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

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

En fin, si la ley adicionó al plazo de prescripción elementos de 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 insito 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, ingresarlos 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 individualizada 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° 1 de fecha 4 de febrero de 2010; Sentencia N° 263 de fecha 26 de agosto de 2010).

4) El colegiado tampoco hará lugar a las excepciones de litispendencia, cosa juzgada y nulidad motivo de agravios.

Para que exista litispendencia se requiere como presupuesto, a) que se trate de juicios idénticos y para ello se convoca la regla de las tres identidades, sujeto, objeto y causa. b) que la otra causa esté pendiente, vale decir que se haya iniciado y que no haya concluido, y c) que el otro juicio debe ser anterior a aquél en el cual se opone la excepción.

Este no es el caso de autos ya que como bien expresa la titular de la acción (y en idéntico sentido los Sres. Ministros Drs. José Balcaldi y William Corujo en sus respectivos votos), "...Los encausados no fueron absueltos en la República Argentina por estos mismos hechos, no sólo no se acreditó tal extremo sino que en su mayoría están siendo requeridos en extradición por los tribunales del vecino país.

Las denuncias promovidas ante diversas Sedes por familiares de algunos de los detenidos desaparecidos no arribaron a sentencia, ni están en trámite..."

Desde un plano teórico asumimos como cierto que, tal como nos enseñó 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..." (Vocabulario Jurídico).

Es claro pues, que para que exista cosa juzgada es necesario previamente la existencia de una sentencia, en tanto aquélla es atributo y cualidad de ésta, y ésta, a su vez ha de ser precedida de un proceso.

Ahora bien; las providencias en cuestión fueron dictadas en etapas de procesos en ciernes, en el marco de investigaciones incompletas, donde nunca se trabó una relación procesal válida y en las cuales no existió pronunciamiento sobre el mérito del asunto.

De allí que la resolución de archivo carece de contenido decisorio y tal como expresaba 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 del Derecho Procesal Civil, pag. 490).

De allí que al no existir pronunciamiento sobre el fondo tampoco hay cosa juzgada ni causal de nulidad consecuente alguna.

Al no haberse probado la existencia de circunstancia alguna que integre las excepciones opuestas corresponde ir al rechazo de las mismas.

5) AGRAVIOS DE LA DEFENSA EN RELACIÓN A LA PRUEBA.-

La Defensa del encausado, en pleno ejercicio de los derechos que le garantizan el ordenamiento jurídico, se descarga con una imponente batería de agravios en relación a la valoración de la prueba realizada por el Sr. Juez de Primera Instancia.

De tal forma pretende concluir que la sentencia en cuestión es el fruto de un capricho cimentado en indicios, presunciones, meros comentarios, versiones periodísticas y testigos de oídas.

Si bien es cierto que ella goza del derecho y la imposición del deber de utilizar en forma acabada de todos los elementos a su alcance para el correcto cumplimiento de su rol en el proceso, el redactor no puede dejar de subrayar el estupor que le provocan sus consideraciones en relación a la prueba colectada y en definitiva a la "verdad judicial" alcanzada a lo largo del proceso.

Su evaluación intenta (infructuosamente) negar lo innegable, tapar el sol con un dedo y suavizar hasta límites increíbles la existencia de "algunos hechos".

Y para muestra basta un botón: "...La denominación "Plan Condor" constituye una expresión cuyo único fin es bastardear la real actividad que cumplía, desde que su existencia y finalidad se limitaba a un sistema de intercambio de información como ha existido siempre (así lo dice).

Empero, lo verdaderamente cierto es que la prueba de cargo es definitivamente abrumadora, y su obtención es el resultado de un prolijo, profundo y exhaustivo trabajo llevado a cabo por el Sr. Juez "a quo".

Y su esfuerzo por alcanzar la verdad, se corona al tiempo de la valoración (impecable en concepto del redactor) donde, en estricta aplicación de las reglas de la sana crítica, logra reconstruir el puzzle probatorio que culmina inexorablemente con un pronunciamiento de condena.

No es cierto que la columna vertebral de la imputación se integre con indicios sueltos, versiones sin respaldo o documentos periodísticos vertiginosamente devenidos en la verdad "urbi et orbi".

Todos sabemos que los elementos probatorios se pesan, se valoran en su más completa globalidad en un tiempo y un espacio determinado, en un contexto concreto.

Dividir la prueba, fragmentarla, aislar cada uno de los elementos probatorios, es la estrategia defensiva; y hasta allí, pues dicha estrategia no logra conmover una sola de las conclusiones a las que arribó el Sr. Juez de instancia.

Sus conclusiones se engarzan unas con otras sin violencia en el razonamiento y logran alcanzar el estado de certeza inherente a un pronunciamiento de esas características.

¿Cómo logró ese estado?; otorgándole a cada uno de los datos obtenidos, el valor convictivo adecuado en una causa tan compleja como extensa, donde pulula la compartimentación, los pactos de silencio y hasta los irreverentes e insolentes olvidos de muchos protagonistas.

Asiste razón a la defensa cuando puntualiza que se recurrió (entre otros, agrega el redactor) a las investigaciones practicadas por los Sres. Comandantes en Jefe de cada arma, estudios del pasado reciente, el Informe de la Comisión para la Paz, etc.

Pero se equivoca cuando afirma que esa es la razón de ser de la sentencia.

Olvida el testimonio de los sobrevivientes (y cuando los recuerda intenta correr ríos de tinta para lograr su sospecha).

También olvida un dato no menor: El punto de partida, la base de toda la investigación la integran precisamente esos testimonios.

Sin los datos aportados por ellos (a la postre quienes sufrieron en carne propia la violación de todos sus derechos) no hubiera sido posible alcanzar verdad alguna.

A partir de la información aportada por cada uno de ellos, los Comandantes en Jefe de cada Arma, el entonces Presidente de la República y la propia Comisión para la Paz, pudieron iniciar sus investigaciones, esclarecer buena parte de los hechos y obtener resultados.

Con lo cual (contrariamente a lo sostenido por la Defensa) no sólo existe una "versión oficial" con relación al destino de las personas denunciadas como desaparecidas (hoy definitivamente asesinadas en concepto de la Sala), también se logró una "verdad judicial" construida sobre diferentes pruebas donde el testimonio de los sobrevivientes se convierte en un medio probatorio por excelencia, sin ellos como punto de partida, la posterior construcción hubiera sido imposible.

¿Cómo sabemos hoy de la existencia de O.T. 18, su ubicación, las prácticas que allí se utilizaban, cómo se operaba, al mando de qué personajes, las torturas, los secuestros, los vejámenes, los vuelos clandestinos, las muertes, " las extradiciones de hecho"?

Ciertamente no fueron los sujetos activos de tales ilícitos quienes nos informaron al respecto.

Fue (una vez más) el testimonio de los sobrevivientes que durante años denunciaron ante la sociedad toda, los hechos vividos en tiempos tan oscuros.

Todo lo demás, todo lo que se pudo reconstruir, fue por ellos y a partir de ellos.

Así tenemos que al instaurarse el gobierno de facto se impuso un plan sistemático de represión ilegal con el objeto de reorganizar la nación en el cual se utilizaron medios como la detención de personas que normalmente eran trasladadas a centros de detención clandestinos creados

específicamente para ello, los interrogatorios mediante tortura de los apresados a los efectos de obtener información, la aplicación de torturas, la práctica usual de la eliminación de personas.

La prueba colectada en las diversas actuaciones dejó en evidencia la precisa ubicación del centro clandestino de detención que operaba en la República Argentina (Automotores Orletti con asiento en la calle Venancio Flores 3591/21 de la ciudad de Buenos Aires), la forma en que funcionaba, las torturas aplicadas a los detenidos, quiénes estaban a su cargo, la forma en que se llevaban a cabo los secuestros, condiciones de las detenciones. etc.

También se pudo acreditar que el centro clandestino funcionó subordinado al Ejército que actuó en forma conjunta con oficiales del Ejército de nuestro país pertenecientes al grupo llamado O.C.O.A.(Organismo Coordinador de Operaciones Antisubversivas) y al Servicio de Información de Defensa.

Ya la Sala se pronunció respecto de la coyuntura política y contexto histórico en que se concretaron los hechos .

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

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

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

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

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

"...El golpe de estado de 1973, no sólo significó la disolución del Parlamento, sino que determinó la creación de una nueva institucionalidad, fiel a tal concepción ideológica..."

"...Lo que en puridad sucedió... es que se desarrolló un Estado terrorista, encargado de la represión política... Se encaró la represión a la oposición política de forma más o menos clandestina, clandestina para la opinión pública, más no para los Mandos Militares, desarrollada desde y por las instituciones del Estado, por agentes del poder público, los que actuaban prevalidos de las facultades que ostentaban por su carácter oficial..."

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

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

Toda oposición es clandestina y se realiza en forma activa. El hecho de verse impedida la actividad política lleva a integrar o unir a las fuerzas de la oposición..." (Interlocutoria N° 24 del 28 de febrero de 2007. Sentencia N° 204 del 29 de junio de 2010).

El propio Informe Final de la Comisión para la Paz concluye en la existencia de un aparato represivo que actuaba sin control y por fuera de la legalidad que "... Desde la tortura, la detención ilegítima en centros clandestinos, hasta llegar a los casos más graves de desaparición forzada, se constata la actuación de agentes estatales, que, en el ejercicio de su función pública, obraron al margen de la ley y empleando métodos represivos ilegales..." (párrafos 43 y 44).

En este marco se constituyó una comunidad ideológica que sustentaba la existencia misma del Plan Condor.

La mayoría de las operaciones fue perpetrada en perjuicio de personas vinculadas al Partido por la Victoria del Pueblo, a personas consideradas como subversivas, a quienes habían pertenecido a grupos armados o cualquiera que no comulgara desde lo ideológico con el pensamiento político de las dictaduras instauradas.

La base operativa en Argentina fue Automotores Orletti, y los funcionarios uruguayos que operaban en dicho lugar eran militares o policías que pertenecían al SID y la OCOA.

La OCOA era el Organismo Coordinador de Operaciones Antisubversivas. Se ubicaban dentro de cada uno de los comandos de divisiones del Ejército.

En el país había 4 OCOAS correspondientes a las otras divisiones del Ejército y era quien coordinaba u ordenaba las operaciones de cada una de las unidades de combate ubicadas dentro de su jurisdicción territorial.

Por su parte el Servicio de Información de Defensa (SID) en un principio dependía del Ministerio de Defensa, luego de la Junta de Comandantes en Jefe.

Entre ambos se intercambiaba información.

En él confluyen la información de todas las Fuerzas Armadas, en cambio las OCOAS manejaban la información que ellas obtenían por sí mismas o la que les proporcionaba el servicio de Informaciones de Defensa.

Entre los gobiernos de facto de la República Argentina y de nuestro país existía una coordinación antisubversiva al punto que en los procedimientos participaban efectivos tanto uruguayos como argentinos.

El "modus operandi" era normalmente el mismo: violentas detenciones en domicilios, su posterior traslado a Orletti, privaciones ilegítimas de la libertad, aplicación sistemática de torturas como forma de obtener información, desaparición y muerte ("traslado" en la jerga represiva), ocultación de cadáveres. En el mejor de los casos (y para quienes lograron sobrevivir por diversas razones) se disponía su conducción clandestina a territorio nacional donde se iniciaba el mismo circuito de privación de libertad, apremios físicos, y en el caso de las mujeres la despiadada espera de hijos

que luego de ser dados a luz, eran arrancados del seno materno para ser entregados a funcionarios del régimen que los "tomaban en adopción" o simplemente eran abandonados a su suerte en el territorio de otro país y la inmediata y consecuente muerte de sus jóvenes madres.

Pues bien; cada uno de estos "datos", en opinión de la Defensa, constituyen tan sólo una versión que no fue probada en autos.

Lo del comienzo: la triste pretensión de negar lo innegable.

La prueba es arrolladora, tanto como la penosa experiencia que debieron padecer las víctimas de tamaños atropellos; y como se dijo, ella no se agota en el testimonio aislado de un grupo de personas enfrentadas política e ideológicamente, capaces de pergeñar una historia de dolor y muerte con tan solo fines políticos y ansias de venganza.

El enfrentamiento político e ideológico de ambos "Bandos", incluso hasta los sentimientos de odio recíproco no integran en modo alguno ni la esencia ni la solución abrazada en la sentencia de primera instancia.

La valoración, el razonamiento, transcurren por otro costado debiendo dejarse bien en claro que las aristas políticas constituyen la base, el terreno fértil que derivó en las acciones que hoy son sujetas a juzgamiento.

Tal como expresa en su voto el Sr. Ministro Dr. William Corujo, la forma de operar de las organizaciones guerrilleras motivó la coordinación antissubversiva entre las armadas de ambos países; existió coordinación e intercambio de información entre el Fusna y la Esma y entre los organismos de Prefectura de Uruguay y Argentina (así a BB lo entregó la Armada Nacional a la Armada Argentina previa coordinación gubernamental). Las organizaciones guerrilleras debieron enfrentar un aparato organizado, paralelo y clandestino de poder, con un centro de decisión desde dónde se toman las directivas que luego se ejecutarán. Ese apoyo paralelo y clandestino del Estado se plasmó en la práctica sistemática, ordenada y planificada del terrorismo, y la prueba de su clandestinidad es que no existen registros documentales respecto a la entrega de BB a las autoridades argentinas, sin embargo testigos presenciales aseguran que fue acordada entre los Comandantes en Jefe de las armadas de ambos y contó con la aprobación del entonces Presidente de la República Dr. Aparicio Méndez en el Cónclave de Solís.

La prueba de los hechos reseñados, tanto aquí como en la sentencia de primera instancia, no se construyen exclusivamente con el testimonio de los sobrevivientes ni con el Informe final de la Comisión para la Paz, según se verá.

Obra en la causa las expresiones vertidas a un medio de prensa por el Teniente General Medina donde admite la existencia de apremios y más aún, el hecho de que él mismo los ordenó, y a fs. 264- 265 la Carta en la que diez Comandantes del Ejército asumen la responsabilidad y las consecuencias por violaciones a los Derechos Humanos cometidos durante la dictadura.

En "memo" proveniente de la Dirección Nacional de Información e Inteligencia, consta que comisiones integradas por funcionarios uruguayos viajaron a Buenos Aires para proceder a la detención de ciudadanos uruguayos y su posterior traslado a nuestro país; en el caso, de CC,DD y EE

FF quien admite haber viajado en varias oportunidades a la República Argentina señala que el objetivo era intercambiar información relativa a movimientos "nuestros" que estaban operando allá. Para ello se contactaba con el Jefe de base que se denominaba organización Táctica Uno en la persona del Teniente Coronel Mateo Mandrini.

En el servicio de Información de Defensa su código de radio era Rojo 7 BRAVO y la de Jorge Silveira Rojo 7 SIERRA.

Admite haber participado en interrogatorios a hombres y mujeres; tenía por costumbre mostrarse; los militares (dice) no actuaban encapuchados y los detenidos no siempre lo estaban.

GG, conocido como "OSCAR UNO", prestaba funciones en el OCOA.

Este órgano coordinador de operaciones antsubversivas tenía una parte administrativa y otra operativa.

En la administrativa se hacían órdenes de batalla, la coordinación de la información sobre sediciosos y la información proporcionada por cada unidad como las detenciones que se efectivizaban.

En la parte operativa se realizaban las detenciones dispuestas por el superior.

En la parte operativa (detalle no menor y señalado en múltiples ocasiones por las víctimas) se permitía estar vestido de particular.

En lo personal, y dentro del cumplimiento de tareas en el OCOA, niega haber cumplido misión alguna en Argentina, aunque sí confirma que éstas efectivamente existieron.

Asume haber viajado al vecino país tan sólo como Oficial de Enlace.

HH sostiene: "...a Argentina me mandaban a mí, que tengo cursos de Inteligencia en Alemania y de Estrategia en Estados Unidos... La SIDE tenía una cantidad de bases por toda Argentina que se llama Organizaciones Tácticas OT, con un número que las identificaba, inicialmente ORLETTI, es la sede de II, el mayor asaltante de bancos de Argentina de esa época y padrino de la mafia. En un momento surgen diferencias con un Coronel JJ, ahí el viejo II se va a hablar con el General KK Director de la SIDE con un portafolios lleno de dólares, y ponen una empresa de Seguridad juntos y ahí pasa a ser OT 18 y le mandan dos Mayores uno como Jefe y otro como segundo Jefe, eran argentinos. Cuando yo iba me conectaba con Paladino, la base la seguía mandando II y su banda, eran todos delincuentes comunes..."

Agrega que allí se realizaban "operaciones delicadas", "operaciones secretas" a las que concurrían oficiales uruguayos cuya identidad se reserva.

Y como corolario del "modus operandi" no se puede soslayar el informe que remitiera el Señor Comandante en Jefe del Ejército al entonces Señor Presidente de la República, Dr. Tabaré Vázquez donde se consigna que "...cuando un detenido fallecía antes, durante o después de los interrogatorios, no se daba intervención a la Justicia, y en algunos casos se le comunicaba que se había producido una fuga, lo que determinaba un comunicado solicitando su detención, habiendo el ciudadano fallecido con anterioridad. En algunos casos únicamente se emitía un comunicado solicitando su requisitoria para ocultar su fallecimiento..."

También se probó extensamente que en el marco operacional trazado se llevaron a cabo traslados de ciudadanos uruguayos apresados en la ciudad de Buenos Aires en forma clandestina con destino a nuestro país.

A partir del mes de junio del año 1976 se realizaron mega operativos donde se procedió al secuestro de personas integrantes del PVP y de otros grupos políticos menores.

El objetivo fundamental era desarticular por completo el PVP, por ello el grueso de detenciones abarcó a personas vinculadas a dicha organización.

Para ello se utilizaron los procedimientos de estilo: violentos secuestros, traslados a OT. 18, largas sesiones de torturas para obtener más información.

En cuanto a la relación de personas secuestradas, y a fin de evitar repeticiones, se estará a la detallada a fs. 8150 y siguientes de la acusación fiscal.

La suerte que corrieron los prisioneros fue diversa; algunos murieron en la tortura, otros fueron trasladados a otro lugar (como se dijo con anterioridad, en la jerga, ello suponía darles muerte en otro sitio, en algunos casos en otras provincias de la República Argentina), de otros no se sabe su destino final y por años fueron considerados como desaparecidos), y otros sobrevivieron.

El primer contingente de prisioneros fue trasladado a Montevideo el día 24 de julio del año 1976 en un vuelo que cubría el servicio PLUNA - TAMU.

Se trató de un avión FAIRCHILD que despegó del Aeropuerto Jorge Newbery con destino al Aeropuerto de Carrasco donde aterrizara en la Brigada de Mantenimiento y Abastecimiento.

Toda la operación estuvo a cargo del SID, y el co-piloto fue el Comandante en Jefe de la Fuerza Aérea Enrique Bonelli.

Una vez en territorio nacional fueron llevados a la finca conocida como "infierno chico" o "300 Carlos R", centro clandestino de detención montado en una finca sita en Rambla República de México 5515.

Algunos fueron torturados.

Luego fueron trasladados hasta la finca ubicada en Bulevar Artigas 1488 casi Palmar.

Más tarde para blanquear su situación se montó la operación Suzy.

En los meses siguientes se continuaron con los secuestros y una vez más idéntico operativo.

El día 5 de octubre de 1976 se produce el 2º vuelo.

Al respecto el Comandante en Jefe de la Fuerza Aérea con fecha 8 de agosto de 2005, informa al Poder Ejecutivo: "...De acuerdo a la información recabada se realizaron dos, probablemente el primero el 24 de julio y el segundo el 5 de octubre de 1976, partiendo desde el Aeropuerto Jorge Newbery, en Plataforma de Aviación General de la ciudad de Buenos Aires en la República Argentina, con destino al Aeropuerto Internacional de Carrasco en Plataforma de 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 (S.I.D) y coordinadas por ese Servicio. El motivo de dicha solicitud, alegada por el S.I.D. fue el de preservar la vida de personas detenidas en la República Argentina, trasladándolas a nuestro país, ya que de la información existente, surgía la posibilidad inminente de muerte de las mismas en aquel lugar. En función de dicha coordinación, se dispuso que las tripulaciones involucradas recibieran las órdenes del destino de la misión luego de haber descolado, a efectos de cumplir con el traslado de los detenidos, que terminó haciéndose desde el Aeropuerto Jorge Newbery y hasta el Aeropuerto Internacional de Carrasco. Las tareas de embarque, desembarque y posterior traslado estaban a cargo del S.I.D. desconociendo las tripulaciones la cantidad e identidad de los pasajeros, ya que los tripulantes debían permanecer aislados en la cabina de vuelo de la aeronave durante el transcurso de las operaciones..."

La política represiva diseñada por las jerarquías o altos mandos, necesitaba inexorablemente de brazos ejecutores encargados de ponerlas en práctica.

Estos procedimientos estaban a cargo de personal jerárquico asistido de personal de tropa.

Dentro de ese personal subalterno o personal de tropa, numerosos testimonios ubican en el lugar y en el tiempo referido a AA al que apodaban "Drácula".

AA prestaba servicios en el SID; era soldado o cabo de segunda.

Cumplía funciones como mensajero motorizado, "...era el encargado de llevar y traer la correspondencia de todo el Servicio de Información a los distintos lugares o reparticiones que se le ordenara..." también "...cumplía tareas generales de todo soldado...limpiezas, controles de combustible..." .

FF, responsable de AA, relata que éste no cumplía tareas de vigilancia de detenidos en el SID, pero, "...sí él seguramente debe haber ido varias veces a llevar correspondencia al lugar donde estaban los detenidos..." .

Idéntica función le adjudican LL, y MM.

Los testimonios de cargo, no hay dudas, son veraces, y a diferencia de lo que sostiene la Defensa no merecen sospechas; abonan suficientemente la razón de sus dichos (nada menos que conocedores de la situación en tanto protagonistas de los mismos) y no se evidencia que exista un conjuro o conspiración inspirado en el resentimiento de las víctimas, ni que se pretenda llevar "la lucha armada" a los ámbitos judiciales.

Si así fuera, no habrían colocado a AA, un soldado raso, en parte de los episodios vividos. Más fácil hubiera sido adjudicarle una posición de relevancia con capacidad de resolución en los temas que las autoridades castrenses, aparentemente, asignaban exclusivamente a la oficialidad.

Prueba de su sinceridad lo suministra NN que manifestó reconocerlo como una cara familiar que "...puede ser de Aeroparque cuando nos trajeron, pero no estoy segura..." .

ÑÑ afirma que estuvo en Buenos Aires en OT. 18, "...se encargaba de las torturas, subía y bajaba gente de la planta hacia la sala de tortura..." . Recuerda haberlo visto desarmando los autos que les habían quitado, actuando en el SID. "...nos picaneaba..." . También lo vió en la casa de Punta Gorda y en el SID de Bulevar y Palmar detallando que cuando se dormían en los bancos les aplicaba picana en la cara para despertarlos.

OO también lo ubica como uno de los que les daba picana.

PP recuerda que AA estuvo en Orletti, que los vigilaba y que cuando la llamaban para ser interrogada era él quien la subía. "...le decían Drácula...". Luego lo vio en el SID, su timbre de voz es muy especial, imposible no recordarla. Conducía a los prisioneros a la tortura, trataba muy mal a los compañeros, "...su guardia era especialmente terrorífica, él pasaba y pegaba... sus guardias eran características, las cumbias estaban a todo lo que da, trataba muy mal a los presos...".

QQ y RR afirman la existencia de breves diálogos con él, obteniendo respuestas como "...no sabía que mi madre había parido chanchos...", o que "...irían a tocar el arpa con San Pedro...".

La Sra. SS recuerda haberlo visto en la casa de Bulevar y Palmar. En esas instancias él estaba con otro soldado al que apodaban "Boquinha". También lo ubica en Orletti.

En la casa de Bulevar fue de las personas que hizo guardia permanente, y ambos se encargaban de hacer la conexión con el piso de arriba. Lo reconoce porque ella no estaba encapuchada.

En varias oportunidades les pidió que hicieran una pelota de trapo y muñequitos.

TT sostiene que le decían Drácula, que no era oficial, que era muy nervioso, y que se dedicaba a la confección de los cajones donde transportaban los efectos y vehículos desarmados que les habían sido sustraídos a los prisioneros al tiempo de las detenciones.

UU no recuerda por qué razón estaba en Orletti pero recuerda que era guardia, que le decían Drácula y que lo reconoce porque está igual.

VV también lo recuerda por su apodo, que lo vio en el SID en Bulevar; que cumplía funciones como guardia, oportunidad que utilizaba para "... jugar con nosotros con la picana...".

WW sostiene que después ascendió a cabo.

El testimonio de SS es definitivamente concluyente.

Afirmó que en OT 18 habían dos uruguayos asignados a la guardia, a uno le decían el sargento "Dany" y al otro que era soldado "Drácula".

Ambos eran uruguayos, tomaban mate con termo, los dos eran del interior (nótese que AA es oriundo del departamento de Cerro Largo) y hablaban de temas uruguayos.

"Drácula" le dijo que se había enamorado de ella, tenía su edad y le mostró su documento de identidad. Recuerda que se llamaba AA y que tenía una hija que se llamaba YY, y efectivamente es así, AA tiene una hija que se llama YY.

Lo reconoce sin lugar a dudas porque está igual (idéntica apreciación hace SS).

LL, MM, OO, QQ, RR y PP, al igual que los anteriores, reconocen a AA sin lugar a dudas. Lo sitúan en Orletti y en el SID. Cumplía funciones como guardia, era de los más duros. En la noche "...jugaba con nosotros con la picana...". Su voz era inconfundible.

Todos escucharon sus expresiones cuando decía, ante el pedido de un prisionero ("...ayudame hermano...") "...yo no sabía que mi madre había parido un chanchó...".

Todos recuerdan que cumplía otras tareas, hacía cajones (y les decía que iban a tocar el arpa con San Pedro), desmantelaba vehículos.

Los abundantes testimonios de cargo no se encuentran aislados ni huérfanos en el conjunto probatorio.

Se apuntalan entre sí y además:

FF,LL y MM, confirman que AA cumplía funciones entre el SID y el OCOA (como mensajero).

Todos coinciden en su bajo nivel intelectual. MM expresa textualmente "...Es físicamente imposible dejar participar a AA en una operación secreta por su nivel intelectual, no entiende... De repente se molesta con personas por cosas incomprensibles y responde únicamente a los estímulos primarios..." Expresa que pese a no ser su función normal, es posible que AA haya hecho alguna guardia.

Como se dijo con anterioridad, la política represiva diseñada por las jerarquías o altos mandos, necesitaba inexorablemente de brazos ejecutores encargados de ponerlos en práctica.

Obviamente las operaciones delicadas o secretas eran puestas en manos de la oficialidad.

Pero esos brazos ejecutores se extendían a lo largo de toda la cadena jerárquica, y esto incluye al personal subalterno que desempeñaba tareas "menores".

Claramente no serían los oficiales quienes prestaban funciones para la custodia de los detenidos.

El personal oficial "hacía su trabajo" y este no incluía la custodia de aquéllos.

Obviamente que ello era tarea del personal subalterno.

Y en dicho perfil encaja sin dudas AA.

Sus indicios de presencia son incuestionables; sus escasos recursos intelectuales lo hacían apto para la realización de tareas menores y de custodia.

No es relevante que AA no conociera cabalmente y al detalle la existencia de un plan operacional denominado "Plan Cóndor", pero sí podía decodificar (pese a sus limitaciones) que había personas que eran secuestradas, privadas ilegítimamente de su libertad, torturadas, desaparecidas, muertos, niños nacidos en cautiverio que luego eran entregados a funcionarios del régimen o amigos de éstos.

Es evidente que el encausado tenía una comunión ideológica, al menos, con los procedimientos que se utilizaban y en autos ha quedado probado que él participó directamente en ellos.

Sus aberrantes actos no respondieron tan sólo a órdenes impartidas por sus superiores, existió de su parte un gran "voluntarismo".

Las guardias que cumplía le significaban el único margen para desplegar su miserable ejercicio de poder, infundiendo terror a través de la aplicación de tratos crueles e inhumanos.

Ese era su momento protagónico, el momento en que podía dar rienda suelta a sus "estímulos primarios".

Conforme lo que viene de verse, es fácil avizorar, que la Sala no habrá de convocar la causa de justificación prevista en el art. 29 del C. Penal.

A tales efectos se tienen por reproducidos los argumentos expuestos por el Sr. Juez "a quo" que con sólidos fundamentos excluye en forma acertada dicha eventualidad.

Solamente reafirmar, que tal como lo expresa en su voto el Sr. Ministro Dr. William Corujo, "...Los mandatos delictivos no son obligatorios, menos en los casos notorios como los tormentos y homicidios de los que tenía plena conciencia y no actuó por necesidad exculpante sino porque compartía los métodos y la ideología imperante.

Se encontraba en plenas condiciones de reconocer la ilegalidad manifiesta en la que actuaba aquí y en el extranjero, en las torturas a las que eran sometidas las víctimas, sabiendo que se actuaba fuera de todo marco legal.

Los mandatos manifiestamente delictivos no son obligatorios, menos en hechos tan graves como provocar tormentos y homicidios de lo cual el imputado no obstante su baja condición jerárquica y educativa tenía suficientemente claro e interiorizado los valores en juego, por ello les decía que "iban a tocar el arpa con San Pedro", simbología popular que significa la muerte, por lo que tenía plena conciencia de la actividad en la cual colaboraba; no actuó por necesidad exculpante sino que compartía los métodos utilizados y se encontraba en condiciones de reconocer la ilegalidad clara que cometía (picana eléctrica para impedirles dormir, llevarlos para ser torturados aún a riesgo de ser muertos).

El instituto del artículo 29 del C. Penal no puede abarcar órdenes con contenido delictivo en ningún caso ya que prima la ley sobre la autoridad, porque el Derecho no puede permitir su autodestrucción como lo son cuando son evidentes los ilícitos que se ordenan.

AA conocía el contenido delictivo del "mandato" que vulneraba groseramente el orden jurídico y por ende no era obligatoria; no se alegó ni probó coacción de quien la impartía, ni temor irresistible porque a nadie se le reclama en ese contexto una conducta heroica porque si se hubiera probado un miedo insuperable se excluye la culpabilidad siempre que se trate de males de igual magnitud, existiendo un deber de examinar la orden cuanto más abierto es el mandato que tiende a atacar gravemente la dignidad humana como lo fue en este caso...".

Así de claro y contundente (agrega el redactor).

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

La Fiscalía no adhirió a la apelación; no obstante puntualmente precisa que mantiene en todos sus términos su criterio en cuanto a la calificación.

La Titular de la acción ha sostenido que los hechos ventilados deben ser calificados como delitos de desaparición forzada.

Por su parte el Colegiado tiene opinión formada sobre este punto y no existiendo elementos que meriten una modificación al respecto, habrá de mantener su posición en lo que ha sido jurisprudencia constante en su anterior integración.

Este redactor no encuentra razones ni jurídicas ni fácticas para apartarse de ello; al igual que los restantes miembros del Colegiado, entiende que no asistimos a hipótesis de delitos de Desaparición Forzada, sino a delitos de Homicidios agravados por circunstancias muy especiales.

Por tanto corresponde remitirse a lo dicho antes en sentencias N°. 352/2008, 1/2010 y 204/2010, en pronunciamientos donde el tema fue abordado en profundidad.

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

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

También es real que los hechos a juzgar en esta causa podrían tener adecuación típica al momento de consumarse en caso de encartar laprevisión del artículo 281 del Código Penal, esto es, el reato de

Privación de Libertad, si nos atenemos exclusivamente a la retención

ilegal de personas, cuyo destino resultó incierto a partir de una

fecha determinada.

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

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

Tan notoria diferencia no hace más que encajar plásticamente en la disposición del inciso primero del transcripto artículo 15 del Código Penal...";
"...la primera hipótesis de las dos establecidas en el artículo 21 de la ley 18. 026, no puede ser aplicable a los sucesos debatidos en la causa por cuanto se trata de una norma penal novedosa y además más grave que las existentes en el momento de la consumación, lo que lleva insito, para el caso de su imputación, el violentar una norma primordial, como lo es el artículo 15 del Código Penal, pero también los pilares básicos en que se fundan los principios que rigen el Derecho Penal..."

"...En cuanto a la segunda hipótesis, la omisiva, no es atrapada por la irretroactividad de la ley, en tanto y cuanto se comenzaría a

producir la infracción a la norma a partir de su vigencia para aquel

agente comprendido en su estructura, ya que el delito creado es de

naturaleza permanente y se comete mientras permanezcan las condiciones de su existencia..."

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

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

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

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

La cuestión es que el acto que inicia la ejecución del delito de

desaparición forzada es la privación de libertad del sujeto, si no se

hubiera verificado este supuesto, no habría violaciones ulteriores de

los derechos de las víctimas.

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

Dicho de otra manera, desde el primer acto (la detención) todos los actos componentes de la figura delictiva están entrelazados,

interconectados y, por consecuencia, conforme al principio de

legalidad, la norma aplicable es aquella vigente al momento que

comienza a ejecutarse el delito.

Por lo tanto, cuando se detuvieron a lo que luego fueron

desaparecidos, la figura que ahora se pretende aplicar no estaba

vigente y, por lógica consecuencia, su atribución constituye una

flagrante violación al principio de irretroactividad de la ley penal.

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

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

además, se aparta en la solución legislativa de la referida norma

internacional.

Pero lo grave lo pone de relieve la Defensa "...Con el nullum

crimen sine iura ingresa el jus cogens, en abierta violación de la

Constitución de la República, desde que no es sólo la ley, sino

también los principios del derecho internacional los que establecen

delitos.

Así las cosas, resulta un argumento en abierta oposición a cardinales principios (artículo 9 Código Civil). El jus cogens alude a "...normas que fijan o prohíben determinadas conductas sin posibilidades de exclusión de las partes, por contraposición a jus dispositivum - normas que pueden ser modificadas por las partes o que se aplican en ausencia de su voluntad - aparece y se plasma con perfiles propios mucho antes en el Derecho interno de los Estados, que en el internacional.

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

Es por esto que los juristas enfrentados al estudio del tema, pueden llegar a sostener, que en el campo del Derecho internacional "...el jus cogens se vuelve un hechizo mágico, un espíritu flotando por

encima de la tierra firme del Derecho internacional... un fantasma sin

sangre ni huesos, este fantasma se conoce, un pretendido "derecho",

sin contenido que le dé sentido, sin reglas de procedimiento que le dé

vida, sin relación con el Derecho positivo, susceptible de ser

invocado no importa a qué fines, sin la menor exigencia de rigor

científico, es el viejo Derecho natural bajo un nuevo disfraz..."

Y, concluyo las citas: "...Del esquemático análisis practicado de la doctrina y jurisprudencia de los últimos tiempos - reflejo de la

opinión general - emerge el reconocimiento de la existencia y

configuración de normas de jus cogens, en el terreno del Derecho

internacional, pero aún en una etapa de dudas y vaguedades. Dicho

estado de opinión en definitiva revela la posición de los Estados -

evidenciada en los textos de la Convención de Viena de 1969 - no

decididos todavía al lanzamiento final que perfile aquellas normas con

caracteres jurídicos precisos..." -

Sin embargo, el debate teórico, carece de necesidad de mayor

profundización una vez que, en un aspecto medular sí existe

coincidencia total entre los Integrantes del Colegiado, y la misma no

es, ni más ni menos, que el hecho de que TODOS LOS DESAPARECIDOS HAN FALLECIDO, puesto que así lo demuestran los datos de la realidad, como verbigracia el informe de la Comisión para la Paz, pero fundamentalmente la circunstancia incontestable de que se los se esté tratando de localizar EN ENTERRAMIENTOS CLANDESTINOS, lo cual, luego de transcurridos tantos años, no puede obedecer a ninguna otra solución que no sea sus decesos..."

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

Por tanto se transcribirá lo dicho antes de ahora, a saber: "...En

suma, no se trata de personas desaparecidas sino asesinadas. El

artículo 21 de la Ley 18.026 estructura la figura "Desaparición

forzada de personas" en dos modalidades: una comisiva y la otra

omisiva.

Por la primera, el sujeto activo (que debe reunir determinada

calidad), de cualquier manera y por cualquier motivo: a) priva de

libertad a una persona, b) se niega a informar sobre la privación de

libertad o el paradero o la suerte de la persona privada de su

libertad.

Por la segunda, se castiga a quien omite y se niega a brindar

información sobre el hecho de privación de libertad de una persona

desaparecida, su paradero o suerte.

A vía de reflexión, sólo la hipótesis omisiva se refiere o habla de persona desaparecida y aquí me parece que se plasma una cuestión,

¿existe diferencia entre persona privada de libertad y persona

desaparecida?

Existe diferencia por lo que diré más adelante, por lo que tal y como está redactada la forma comisiva, el sujeto pasivo es la persona

privada de libertad y no el desaparecido. La defectuosa copia del Estatuto de Roma determinó que la hipótesis delictual quedará constituida por una suerte de privación de libertad calificada por la negativa a informar, omitiéndose poner el acento, enfatizar, en que el sujeto pasivo debe estar "desaparecido".

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

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

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

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

detenido.

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

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

refiere precisamente a eso: "...a informar sobre la privación de

libertad, o el paradero o la suerte de la persona privada de

libertad..."", esto es, la incertidumbre referida a la existencia de

una persona que abarca o comprende hasta la certeza de la detención

misma..."

"...Ahora bien, al año 2006, luego de 21 años de gobierno democrático, con un amplio marco ideológico de representación en el Parlamento, no es dable sostener que reina incertidumbre acerca de las personas desaparecidas, o que las mismas están recluidas en alguna mazmorra del gobierno. Ya, desde el advenimiento de la democracia, si es que alguien tenía dudas antes, se conoció fehacientemente que no había persona desaparecida viva.

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

Entonces, en este enfoque, la cuestión no se centra por el lado de la retroactividad, sino... en un momento anterior: si el supuesto

legislado es aplicable a alguna hipótesis fáctica existente.

No media incertidumbre acerca de que esas personas están muertas, al punto que hoy se rastrean los cuarteles en busca de sus restos. El artículo 21.3 dice que la permanencia cesa cuando se establezca el destino o paradero de la víctima.

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

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

evidencia que la figura deviene inaplicable.

La realidad no admite calificativos, simplemente es, y la realidad nos dice de manera contundente que los que alguna vez estuvieron detenidos, pasando al status de desaparecidos, si no fueron

blanqueados, están muertos desde ya muchos años.

Su destino, su suerte, como dice la ley, no es una incógnita, se

podrán ignorar detalles acerca de cómo y cuando ocurrieron sus

muertes, no se habrán encontrado sus restos, pero eso no habla de

desaparecidos, sino de personas muertas de las que se ignora detalles

de sus últimos días de vida, pero el destino se sabe.

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

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

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

"...Tanto es así que la distinguida Señora Fiscal admite que, en el caso de GG, solicito la condena de los responsables por

el delito de homicidio muy especialmente agravado. Ahora, dice, que

cambió de opinión.

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

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

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

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

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

"...los ciudadanos, cuya destino se investiga está definido: fueron asesinados y están muertos; ello no coarta el derecho del entorno familiar a continuar la búsqueda de la verdad acerca de las

circunstancias y sus restos, pero es ajeno a la hipótesis delictiva

que se analiza...". Colofón... No se adecuan los hechos... a la

figura de la desaparición forzada, sino a la del homicidio muy

especialmente agravado...”.

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

Esta solución, comprende situaciones que no abarca el Estatuto de Roma, puesto que en éste, se castiga dicha conducta, en tanto y en

cuanto constituya crimen de lesa humanidad, y en tal sentido, “...se

entenderá por "crimen de lesa humanidad" cualquiera de los actos

siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o

sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho

ataque...” (Artículo 7º, ordinal 1º)...”

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

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

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

Por otro lado, como se ha dicho, tanto el Estatuto de Roma, como la Convención Interamericana sobre desaparición forzada, así como la ley patria N° 18. 026, son muy posteriores a los hechos de autos: años 1998, 1994 (aprobada ésta en Uruguay por Ley del año 1995) y 2006, respectivamente.

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

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

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

En virtud de esta disposición, la doctrina ha conceptualizado que el jus cogens alude, se refiere o comprende, aquellos dogmas o principios estructurales del orden internacional, reflejo de valores

fundamentales, generalmente aceptados por la comunidad internacional que, en virtud de su carácter dominante, obligan a todos los Estados, con independencia de su voluntad.

Es decir, se trata de principios que: a) pertenecen al derecho

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

Si se tiene en cuenta que el principio del respeto de la dignidad de la persona humana se identifica con el propio fin del ordenamiento

jurídico, tanto nacional como internacional, se concluye que el núcleo

jurídico sustentador de los derechos fundamentales está constituido o

configurado por: a) los que enumera la Constitución, sin taxatividad

(artículos 7, 72 y 332), y, b) los que asegura el derecho

internacional a través de los principios de jus cogens; y, para ello,

es preciso acudir al derecho convencional internacional de derechos

humanos, al derecho internacional humanitario y al derecho

internacional consuetudinario.

Es, sobre estas bases, más que sintéticamente expuestas, lo que

permite considerar que existía, a la época de los hechos criminosos de

autos, un sistema de protección de derechos, obligatorio para el

Estado uruguayo, independientemente de su consentimiento expreso,

porque, según esta postura, se trata de reglas imperativas de derecho

internacional.

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

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

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

Ahora bien...guste o no guste, la solución basada en un Derecho Internacional, en un derecho sancionador fundado sobre tales

supuestos, implica que, para castigar tan crueles crímenes como

delitos de desaparición forzada, es preciso renunciar, abdicar de los

principios fundamentales que constituyen los cimientos del Derecho

interno del Estado liberal.

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

represores.

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

No puede haber la menor duda y no la hay, más allá de sesudas

exposiciones de empinados internacionalistas que, el ingreso del jus

cogens constituye la muerte del principio de legalidad, y, esta

muerte, viene acompañada con la partida de defunción del Derecho Penal liberal.

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

presupuesto de la actuación punitiva del Estado, que ostente rango de

Ley.

La jerarquía constitucional del principio de legalidad formal

significa que, la única fuente de producción de la ley penal en el

sistema patrio, son los órganos constitucionalmente habilitados, y la

única ley penal, es la ley formal de ellos emanada, conforme al

procedimiento establecido por la propia Constitución.

Esta solución no admite que la doctrina, la jurisprudencia o la

costumbre nacional o internacional, puedan habilitar el poder punitivo

del Estado.

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

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

Resulta arduo a convicciones republicano-democráticas dar ingreso a

una suerte de mesianismo judicial, enmarcado en un orden

político-institucional en donde los Jueces se constituyen en

salvaguarda y custodios de obligaciones internacionales asumidas por

el Estado, por encima y a despecho de las posturas de integrantes de

otros Poderes del Estado que, bueno es recordarlos, son electos

directamente por el pueblo.

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

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

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

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

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

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

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

La condena por desaparición forzada, sin figura delictiva tipificada

por el derecho interno, encuentra su fundamento de castigo en el

Derecho internacional, se trata, entonces, de delitos contra el

Derecho de gentes, con la consiguiente repercusión sobre la

competencia para el juzgamiento.

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

Al respecto Jimenez De Asua, ya abordaba esta cuestión, precisamente, al examinar lo actuado en Nürenberg: "...Nos parece muy bien que se muestre prudente en la novísima cantilena de proclamar el Derecho internacional por encima del interno. Bien está, piensa Jescheck, que ese predominio se acepte en cuanto a las relaciones entre Estados; pero, en cuanto concierne al individuo y al Juez, es el Derecho nacional el privativo y el directamente vinculante.

La preferencia absoluta de lo internacional requeriría la existencia de órganos realmente supranacionales, y sobre todo el de una jurisdicción no sujeta a ordenamientos locales de especie alguna..." (Tratado..., tomo II, pág. 1285).

Y, agregaba: "...Si el Derecho internacional penal no puede en el estado presente llegar al relativo progreso que han logrado en lo

interno incluso países que no pueden blasonar de alta cultura, es que

no se halla todavía en el estado de constituir un verdadero Derecho y

será mejor aguardar a otras épocas en que haya conseguido un grado de mayor desarrollo. Sería por demás desmoralizador que un Derecho que se pretende superestatal, fuera de calidades inferiores y de mayor

primitivismo que el legislado en los Estados que han de subordinarse a

ese Superestado..." (op. cit. pág. 1296)..."

Posteriormente a dichos fundamentos se adicionaron otros en mérito a un nuevo argumento expuesto por la Sra. Fiscal.

El Ministerio Público expresa como fundamento de sus agravios: "...En lo que tiene relación con el sujeto pasivo se registra otra particularidad. Existe una víctima directa a quien en definitiva se

priva de su libertad, se conculca su integridad física y se le impide

ejercer el derecho a la jurisdicción. Pero a su vez hay otra u otras

víctimas indirectas o secundarias que son sus familiares y personas

allegadas quienes sufren un proceso angustiante en procura de saber el

paradero de la persona querida (Juan Pablo Gallego, La desaparición

forzada de personas en el Derecho Internacional de los Derechos

Humanos. Editorial Ad Hoc. Bs. As. Año 2007. pág. 141)..."

Agrega a continuación "...Ponía de manifiesto el sacerdote Luis Pérez Aguirre, (integrante en su momento de la COMIPAZ) que: "Sus familiares son forzados a vivir en una penumbra habitada de dudas y fantasías. Se les mantiene en un estado de crueldad y tortura permanente. Es un caso extremo de maldad (que va más allá de lo imaginable en la situación de los niños desaparecidos) puesto que para los familiares es una angustia suspendida en el tiempo, no pueden ni saben si están vivos o muertos, y en éste caso no pueden ni enterrar a sus muertos que no están y por tanto tampoco pueden elaborar el proceso de duelo (Luis Pérez Aguirre, Consecuencias de la Impunidad sobre la Sociedad en No a la Impunidad si a la Justicia C.I.J. año 1993 pág. 117)..."

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

En concreto la Fiscalía introduce en la figura de la desaparición forzada, una ampliación del sujeto pasivo (los familiares de las víctimas), lo que lleva insito que aun definida la suerte de las

víctimas (por su homicidio), al existir un segundo sujeto pasivo (los citados familiares), cuya afectación por la conducta delictiva no está resuelta, el delito se estaría consumando en la actualidad a su respecto.

El Tribunal no tiene el honor de compartir tal argumentación.

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

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

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

Ahora bien, en la actualidad bajo las mas moderna legislación

nacional e internacional, la Convención Interamericana sobre

Desaparición Forzada de Personas aprobada por la Ley 16.724 establece "...CONSIDERANDO que la desaparición forzada de personas viola múltiples derechos esenciales de la persona humana de carácter inderogable, tal como están consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de Derechos Humanos..." y agrega en su Artículo II "...Para los efectos de la presente Convención, se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuera su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes..."

Pasando directamente al Código Penal, su artículo 2do. que integra al art. 21 de la ley 18.026 (Desaparición forzada de personas), que reza "... El que de cualquier manera y por cualquier motivo, siendo agente del Estado o sin serlo contando con la autorización, apoyo o aquiescencia de uno o más agentes del Estado, procediere a privar de libertad a una persona, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o el paradero o la suerte de la persona privada de libertad; o que omita y se niegue a brindar información sobre el hecho de la privación de libertad de una persona desaparecida, su paradero o suerte, será castigado con dos a veinticinco años de penitenciaría..."

Por último, la ley 18.420 del 21 de noviembre de 2008, aprobó la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas

contra las Desapariciones Forzadas, adoptada por las Naciones Unidas.

En los primeros artículos de esta Convención se establece que

"...Artículo 1 1. Nadie será sometido a una desaparición forzada. 2.

En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales

como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política

interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la

desaparición forzada.

Artículo 2. A los efectos de la presente Convención, se considera desaparición forzada el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a protección de la ley..."

Pues bien, expuestas las normas que regulan el maleficio es de orden señalar los elementos constitutivos del mismo para la doctrina más moderna y especializada en el tema, a saber: "...A pesar de las diferencias conceptuales que se pueda verificar en las definiciones presentadas por estos instrumentos internacionales, es posible extraer los elementos comunes que, en términos de Camacho permiten "extraer la mecánica del fenómeno y anticipar la magnitud de su gravedad.

Dichos elementos que integran el tipo objetivo de la definición-modelo presentada por el artículo II de la Convención se refieren a: la privación de libertad, en cuanto conducta punible, la cual comprende, por supuesto, toda y cualquiera supresión de la libertad, independientemente de la forma que adopte esta privación; de modo general se trata de una privación ilegal de libertad, que en primer momento puede manifestarse como una acción legal del Estado (...); agentes del Estado o personas o grupos de personas con autorización, apoyo o aquiescencia del Estado, como autores; en todos los casos es necesaria la participación del Estado, aunque existe la posibilidad de que el hecho sea cometido por actores no estatales, (...); una o más personas cualquiera, como víctima, es decir, sin ninguna especificidad en lo que se refiere a la posibilidad de ser víctima; y el especial fin de actuar que radica en la falta de información o en la negativa a reconocer la privación o a informar el paradero de la persona , para

impedir el ejercicio de los recursos legales y de las garantías

procesales pertinentes..." (ALFLEN DA SILVA, Pablo. Desaparición

forzada de personas, Brasil - Capítulo II. en Desaparición Forzada de

Personas, Análisis comparado e internacional. Coordinador AMBOS, Kai. Bogotá, 2009. Editorial Temis. págs. 47 y 48).

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

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

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

La diferenciación entre bienes jurídicos individuales y

supra-individuales es más bien académica y para facilitar la docencia

y comprensión, ya que prácticamente todo delito (si es verdaderamente tal y no una mera elucubración del legislador) vulnera intereses individuales y sociales a la vez, siendo como debe ser una conducta ofensiva de las reglas básicas de la convivencia social que por lo tanto afecta a todos los integrantes del conglomerado social.

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

Son conductas que al ofender tan macroscópicamente los bienes individuales (vida, libertad, integridad física, y moral, etc.) se

consideran atentatorias contra el mismo género humano, contra la

comunidad mundial propiamente dicha, sin dejar por ello de atacar los

intereses de cada persona objeto de tales afrentas. En mérito a ello

es que opera el principio de universalidad de la ley penal, en el

sentido del art. 10.7 C.P. ..." (LANGON, Miguel. Código Penal y Leyes complementarias de la República Oriental del Uruguay. Tomo II De los delitos en Particular. Edición 2010. pág. 42).

Por su parte Meini "...No debe extrañar que la desaparición forzada de personas (DFP) sea una práctica reiterada y común en situaciones de conflicto. Con ella no solo se logra la desaparición forzada de la persona, con la consiguiente dificultad que ello genera en orden a probar el secuestro, la tortura, las lesiones y/o el homicidio, de los cuales, en su caso, el desaparecido es sujeto pasivo.

La DFP permite, además, obtener información mediante interrogatorios o torturas y, sobre todo, generar un clima de zozobra, terror e inseguridad, pues una vez desaparecida la persona, se dificulta la interposición de recursos jurídicos de protección en su favor..."

(MEINI, Iván Desaparición forzada de personas, Perú - Capítulo V. en

Desaparición Forzada de Personas, Análisis comparado e internacional. Coordinador AMBOS, Kai. Bogotá, 2009. Editorial Temis. pág. 107).

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

Y agrega más adelante, la misma conclusión a la cual arribó este Tribunal en fallos anteriores, a saber: "...Si la víctima ya no está

viva, no puede decirse que el delito se siga consumando porque no hay sujeto pasivo de éste y porque el autor no tiene más el dominio del

hecho para mantener privado de la libertad a un ser humano que no

existe..." (LOPEZ DIAZ, Claudia. Desaparición forzada de personas,

Colombia - Capítulo III. en Desaparición Forzada de Personas, Análisis comparado e internacional. Coordinador AMBOS, Kai. Bogotá, 2009. Editorial Temis. págs. 89 y 98).

En lo que hace a los familiares, dolientes, deudos, etc., a juicio de la Sala, su situación no encarta la de sujeto pasivo del delito de desaparición forzada, sino por el contrario la de afectados por el

maleficio que es cosa diversa, como lo indica la Ley N° 18.026 sobre

Cooperación con la Corte Penal Internacional en materia de lucha

contra el Genocidio, los Crímenes de Guerra y de lesa humanidad en su Artículo 13. (Intervención de la víctima). 13.1. En los casos de los

crímenes previstos en los Títulos I a III de la Parte II de la

presente ley, el denunciante, la víctima o sus familiares podrán

acceder a la totalidad de las actuaciones, proponer pruebas, poner a

su disposición las que tengan en su poder y participar de todas las

diligencias judiciales. A dichos efectos, constituirán domicilio y

serán notificadas de todas las resoluciones que se adopten.

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

Es evidente pues, que la víctima es el sujeto pasivo, mientras que sus familiares son obviamente afectados directos por su situación,

cosa que también acontece en muchos otros reatos.

En referencia al rol dado a los familiares de las víctimas por la Ley 18.026 expresa Bordes: "...El artículo 13 prevé una serie de

innovaciones, una de ellas, inaceptable. Entre las primeras,

encontramos que ingresa al proceso como una parte más en el mismo, el denunciante, la víctima o sus familiares. Estas personas pueden

aportar pruebas y participar en todas las diligencias judiciales. Para

ello deben constituir domicilio en el que serán notificadas de todas

las resoluciones judiciales.

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

7) AGRAVIOS DE LA DEFENSA POR EL GRADO DE PARTICIPACIÓN:

La sentencia de primera instancia condenó al enjuiciado como

coautor penalmente responsable de la comisión de veintiocho delitos de homicidio muy especialmente agravados en régimen de reiteración real.

La Sala ya ha estudiado en profundidad el tema de la coparticipación criminal en los multicitados pronunciamientos y actualmente no ha ingresado al debate ninguna fundamentación novedosa al respecto, razón por la cual corresponde remitirse (en cuanto son enteramente trasladables al caso de autos) a las argumentaciones oportunamente vertidas.

Se dijo.

Sobre la participación enseña Soler "...La participación, sea cualquiera su forma, no es un mero conocimiento del hecho, sino una

contribución a producirlo; tanto en la instigación como en la

complicidad, la acción que hace a un sujeto partícipe tiene

necesariamente que consistir en algo positivo, cuando menos en una

manifestación verbal..." y agrega más adelante "...No puede olvidarse

que la participación en un delito es una forma de hacerse responsable

por él; en consecuencia, dentro de la participación está comprendida

no solamente la contribución objetiva a producir el resultado, sino

también la contribución subjetiva. Participar no quiere decir

solamente producir, sino producir típica, antijurídica y

culpablemente. El problema de la causación es sólo un fragmento del de la participación, y, por tanto, no pueden identificarse..." (Soler,

Sebastián. Derecho Penal Argentino. Tomo II. Pág. 252 y 253).

Por su parte Zaffaroni, y en lo que respecta a la expresión

"participación" distingue que la misma "...tiene dos sentidos

diferentes: (a) en sentido amplio, participación es el fenómeno que

opera cuando una pluralidad de personas toma parte en el delito, como

participantes en el carácter que fuere, es decir, como autores,

cómplices o instigadores; (b) en sentido limitado, se entiende por

participación como el fenómeno por el que una o más personas toman

parte en el delito ajeno, siendo partícipes sólo los cómplices y los

instigadores, con exclusión de los autores..." y la define como

"...el delito doloso cometido por vía de un injusto doloso ajeno,

consistente en un aporte al mismo, hecho en la forma de instigación o

de complicidad. Expresado de forma negativa, puede decirse que el

partícipe es quien es alcanzado por la pena sin ser autor..."

(Zaffaroni, Eugenio. Derecho Penal Parte General. Págs. 735 y 758).

Sobre los elementos de la participación Maggiore destaca la existencia e identidad de delito, la pluralidad de personas, expresando "...el último elemento es el concurso de acciones. Ya se dijo que la

coparticipación se basa en este presupuesto: delito único, sujetos

múltiples. Y quien dice unidad de delito, dice unidad de acción. Es

verdad que, a primera vista, en el concurso son tantas las acciones

cuantos sean los sujetos, ya que cada uno lleva al delito su propio

tributo de actividad. Pero así realmente, como todas las acciones,

por su solidaridad, convergen al mismo resultado, hay una sola acción

que es la resultante de todas las diversas fuerzas combinadas..." (Maggiore Giuseppe Derecho Penal. Volúmen II, Pág 130). Sobre los principios que rigen la participación señala Soler:

1º) el principio de identidad de delito donde las "...acciones,

dispares si se las considera objetivamente, deben tener un sentido de

convergencia jurídica hacia una misma figura delictiva..." 2º) el

principio de comunidad de acción donde "...Para que haya participación en un delito hay que "tomar parte" o "cooperar" en su producción.

Pero la parte que cada coautor, instigador o cómplice toma, debe objetiva y subjetivamente constituir la parte de un todo que es el delito.

Por esa parte que cada uno asume en la división de funciones, no se es participe en la acción del otro o en la culpa del otro, sino en el

delito, es decir, en la totalidad. De ahí el principio límpidamente

formulado por Carrara "el hecho natural puede ser comunicable entre

los varios partícipes; la intención no es nunca comunicable de

individuo a individuo". Comunicabilidad quiere decir integración del

hecho, y esa integración es posible precisamente porque, según hemos

dicho, la fracción que cada uno aporta es realizada por él como

integrante de la acción de otro y conocida como fracción..." 3º El

principio de exterioridad también rige la participación por el cual

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

comienzo de ejecución. Para que pueda afirmarse que existe principio

de ejecución, debe considerarse la acción globalmente, tal como si

todos los actos y los distintos aportes fuesen un caso común de

tentativa realizada por un sólo sujeto..." (Soler, Sebastián. Obra

citada. Págs. 267, 268 y 272).

Para el maestro Manzini "...La coparticipación delictuosa consiste en el concurso de varias causas humanas, imputables y punibles, en la

producción de un determinado delito, a cualquier grado que haya

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

causal de las actividades individuales singulares. El presupuesto de

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

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

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

Derecho Penal. Tomo III. Pág. 246).

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

hecho imputable, el cual a su vez resulta normalmente de las

circunstancias en que fue cometido dicho hecho..." (Manzini, Vincenzo. Obra citada. Tomo III. Pág. 282).

Vistos los conceptos de la participación corresponde analizar punto por punto cada grado.

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

Para Soler autor inmediato es "...el sujeto que ejecuta la acción

expresada por el verbo típico de la figura delictiva..." y autor

mediato aquel "...que ejecuta la acción por medio de otro sujeto que

no es autor, o no es culpable, o no es imputable..." aclarando a pie

de página que en este último caso no es preceptiva la existencia de un

autor inmediato".

También es autor el que participa en igualdad de situación, con

otro en la producción de un hecho común. El coautor no es, pues, un

autor mediato, sino un autor inmediato..." considerando que "la

coautoría representa la primera hipótesis de verdadera participación.

Se caracteriza pues, porque su acción y su responsabilidad no dependen de la acción o la responsabilidad de otros sujetos. Verdadero coautor es aquel que sigue siendo autor aun cuando hipotéticamente se suprima otra participación. Objetivamente ha realizado actos ejecutivos típicos, subjetivamente se dirigía a ello su voluntad y jurídicamente reunía las condiciones requeridas por el derecho para el autor de ese delito..." y agrega "...De dos maneras puede un sujeto hacerse coautor de un delito: por una intervención parificada a la de otros sujetos o por división de funciones..." expresando que "...lo que

caracteriza objetivamente la acción del verdadero coautor es su

intervención en actos consumativos..." (Soler, Sebastián. Derecho

Penal Argentino. Tomo II. Pág. 258 y 265).

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

General. Pág. 802).

Sobre la autoría expresa Bacigalupo "...La autoría individual es la del que "realiza el hecho por sí sólo", por lo tanto, sin la

participación de otros que hagan contribuciones a la ejecución de la

acción. Se trata de supuestos en los que la ejecución se realiza de

propia mano, dado que no necesita de otros..." (Bacigalupo, Enrique.

Derecho Penal Parte General. Pág. 500).

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

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

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

coautores no sólo a los que ejecutan en sentido formal los elementos

del tipo, sino a todos quienes aportan una parte esencial de la realización del plan durante la fase ejecutiva. A todos ellos "pertenece" el hecho, que es "obra" inmediata de todos, los cuales "comparten" su realización al distribuirse los distintos actos por

medio de los cuales tiene lugar. (Mir Puig, Santiago. Derecho Penal.

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

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

Enseña Bacigalupo que "...Para la coautoría es decisiva una aportación objetiva al hecho por parte del coautor. Sólo mediante esta aportación se puede determinar si el partícipe tuvo o no el dominio del hecho y, en consecuencia, si es o no coautor. La aportación objetiva que determina la existencia de un co-dominio del hecho puede resumirse en una fórmula de utilización práctica: habrá co-dominio del hecho cada vez que el partícipe haya aportado una contribución al hecho total, en el estadio de la ejecución, de tal naturaleza que sin ella aquél no hubiera podido cometerse. Para el juicio sobre la dependencia de la consumación del hecho de la aportación del partícipe es decisivo el plan de realización tenido en cuenta por los autores..." (Bacigalupo, Enrique. Derecho Penal. Parte General. Pág. 502).

Sobre el punto y dentro de los distintos modos con los que puede manifestarse la cooperación material, Manzini expresa "...Ejecutores del delito (o autores principales) son aquellos que cooperan a los actos directamente productivos del evento dañoso o peligroso, esto es, las personas que voluntariamente y conscientemente toman parte directa en los actos que concretan los elementos materiales característicos del delito y las circunstancias materiales agravantes del mismo...", y distingue a los cooperadores inmediatos estableciendo que "...son aquellos que, aun sin realizar directamente los actos productivos característicos del evento imputable, concurren, no obstante, con los ejecutores en la actuación de la empresa delictuosa, tomando parte en operaciones coordinadas pero distintas, eficaces para la inmediata ejecución del delito, dado el modo como fue organizada la empresa, las cuales sin embargo, no representan elementos esenciales ni circunstancias que modifiquen el hecho imputable. Por eso aun la sola presencia preordenada en el lugar del delito, cuando tenga o pueda tener un oficio útil para los ejecutores (seguridad, protección, intimidación, guía, observación, etc.), concreta los extremos de la participación inmediata. Por las mismas razones, la posibilidad de la cooperación inmediata no queda excluida por el hecho de que haya sido único el acto consumativo del delito, y que una sola persona lo haya realizado, una vez que se haya participado en los actos ejecutivos anteriores..." (Manzini, Vincenzo. Tratado de Derecho Penal. Tomo III. Pág. 251 y 252).

En el caso de autos los homicidios están probados y consumados, así como resulta acreditada la participación de AA en los actos que derivaron en la muerte de las personas reseñadas tanto en la pretensión fiscal como en la sentencia condenatoria.

Sin embargo la Defensa se agravia (en realidad más que un agravio parecería que asistimos a una hipótesis de negación absoluta donde cuestiona datos claros y precisos extraídos de la realidad y que fueron aún admitidos por algunos de los agentes involucrados en los hechos) sosteniendo que la imputación es general y abstracta.

Sostiene textualmente: "...Como AA pertenecía a un determinado grupo, que tanto Fiscal como Juez se empeñaron en sostener que tuvieron participación en la detención y desaparición de personas, eso alcanza para responsabilizarlo penalmente aunque no hubiera participado, ni de la detención, ni de la desaparición de los mismos, como tampoco lo hicieron los militares que están procesados por estos hechos..."

Una apreciación, que en el criterio del redactor, es esencial.

La solución condenatoria alcanzada no es el resultado de un capricho de la titular de la acción ni del Magistrado de primera instancia.

El encausado no fue condenado "a forceps".

Es nada más ni nada menos que el resultado del serio y arduo trabajo llevado a cabo por cada uno de ellos en pleno ejercicio del rol que les compete dentro de la estructura del proceso penal; ambos con basta y solvente trayectoria, en una causa tan extensa como compleja, garantizando en todo tiempo el efectivo ejercicio del derecho de defensa y de las garantías del debido proceso.

Mal que le pese a la letrado patrocinante, Juez y Fiscal, no se han "empeñado" en condenar a su defendido. Han recorrido una larga instancia en la que se logró reunir prueba de cargo suficiente habilitante de un pronunciamiento condenatorio.

De esta forma se logró la certeza judicial (y solicito excusas al lector por la reiteración) de la existencia de OT. 18, de los interrogatorios, de las operaciones llevadas a cabo en la República Argentina, de la existencia de apremios, de violaciones a los derechos humanos, la existencia de

vuelos clandestinos, de los secuestros, privaciones ilegítimas de la libertad, de la existencia de muertes a consecuencia de la tortura, del hecho que no se daba información a la Justicia de ello maquillando la realidad con fugas inventadas y solicitudes de requisitorias para ocultar las muertes, etc.

Hechos que fueron incluso admitidos por altos mandos castrenses; recuérdese las expresiones del entonces Gral. Medina que reconoció la existencia de apremios muchos de los cuáles fueron ordenados por él, y la carta donde diez Comandantes del Ejército asumieron la responsabilidad y las consecuencias por las violaciones a los Derechos Humanos cometidos durante la dictadura.

La muy prestigiosa doctrina citada por la Sala al ser enfrentada con la plataforma fáctica de autos arroja aún más luz, respecto del papel que le cupo al encausado en los hechos que se le imputan.

Los testimonios aportados dan cuenta (suscintamente) que AA (plenamente identificado) prestó funciones tanto en Argentina como en nuestro país, que conducía a la gente a las sesiones de tortura, que los picaneaba, que trataba muy mal a los presos, que "su guardia era especialmente terrorífica", que era de los más duros, que los amenazaba constantemente, que los trataba con desprecio, que en la casa de Bulevar hacía guardia en forma permanente y conjuntamente con el "Boquinha" se encargaban de hacer la conexión con el piso de arriba, que transportaba vehículos y efectos sustraídos a los prisioneros durante las detenciones, etc.

También se ha probado que AA compartía la comunidad ideológica imperante, que era uno de los tantos brazos ejecutores del sistema, siendo completamente irrelevante su baja escala jerárquica (pues de ellos también era necesario servirse).

En suma: doctrina y accionar: 1) Conocía los hechos y contribuyó a producirlos con actos positivos (SOLER); 2) llevó al delito su propio tributo de actividad, su solidaridad (ZAFFARONI); 3) tomó parte en el hecho, cooperó en su producción, su contribución objetiva y subjetiva constituyó la parte de un todo (MAGGIORE); 4) su voluntad se deduce del conocimiento que tuvo de participar en el hecho imputable y de las circunstancias en que fue cometido (MANZINI); 5) cumplió tareas integrando el reparto de las mismas (PUIG); 6) si bien su tarea no fue de "élite", colaboró con los ejecutores apartando a las víctimas de toda posibilidad de defensa (CARRARA); 7) tomó parte con tareas eficaces para la ejecución del delito - (su presencia en el lugar intimidando, abusando, amenazando, desplegando su triste "cuotita" de poder, sin sentir piedad, regodeándose del dolor ajeno, en un ejercicio permanente de desprecio por la vida y el dolor de los demás, circunstancia que seguramente le permitían elevar su diezmada autoestima) (MANZINI).

En mérito a los fundamentos expuestos, el Colegiado considera que el encausado debe ser responsabilizado en grado de coautoría por los ilícitos que se le imputan.

8) Las circunstancias alteratorias de la responsabilidad han sido correctamente relevadas por el Señor Juez Letrado de Primera Instancia por lo que a su respecto no procede ninguna modificación en alzada.

9) A pesar de atribuirse en el grado una calificación delictual diferente a la impetrada en la demanda acusación por el Ministerio Público, veintiocho delitos de Homicidio muy especialmente agravados, en reiteración real, se mantendrá la condena impuesta en primera instancia (la que se sitúa en el mínimo legal prevista en el artículo 312 del C.P. - 15 años de penitenciaría - , pero aplicando las pautas de la reiteración real - artículo 54 del C.Penal -, la sanción debió ser mayor) ya que la pena es inmodificable en el grado, en aplicación de los principios de "congruencia" y "non reformatio in pejus" (artículo 246 del CPP, artículos 86, y 50 del C.P.).

Por los fundamentos expuestos, el Tribunal.

F A L L A:

confírmase la Sentencia de Primera Instancia.

Oportunamente devuélvase al Juzgado de origen.-