

Montevideo, 29 de abril de 2013

Sentencia N°

VISTOS:

Para sentencia definitiva de primera instancia estos autos caratulados: " C. M., J. N.. D. A., M. A.. HOMICIDIO MUY ESPECIALMENTE AGRAVADO" Ficha IUE 97- 397/2004 con intervención de la Fiscalía de 2º turno y las Defensas Particulares respectivas.-

RESULTANDO:

I) PRECISIÓN PREVIA: debemos señalar que la presente, lo es respecto del coencausado D., en virtud de la excepción de Inconstitucionalidad planteada por la defensa de C., encontrándose tal incidencia en la SCJ.

II) ACTUACIONES INCORPORADAS A LA CAUSA.

Por resolución N° 2179 de fecha 08/11/2010, se dispuso el procesamiento y prisión de M. A. D., uruguayo, casado, militar, de 59 años, por la presunta comisión de un DELITO DE HOMICIDIO MUY ESPECIALMENTE AGRAVADO.

Aprehendido el mismo día (fs. 3543) , continúa en prisión.

De su planilla de antecedentes judiciales (fs 3754) surge que es primario.

En la etapa presumarial, el Ministerio Público promovió recurso de inconstitucionalidad respecto de los arts. 1, 3 y 4 de la ley 15.848 (fs.199-301), recayendo Sentencia N° 365 en la cual la Suprema Corte de Justicia hizo lugar al excepcionamiento promovido y declaró inconstitucionales e inaplicables al caso, los arts. 1, 3 y 4 de

la ley 15. 848 (fs. 452 a 481).

Las defensas de ambos encausados, promovieron recursos de reposición y apelación a la resolución que dispuso sus procesamientos. Por Resolución N° 76/11 el Juez actuante mantuvo la impugnada y franqueó la alzada. Con fecha 24/08/11, el TAP de 3° turno mediante Sentencia N° 346 , confirmó la apelada.

Puesto los autos de manifiesto (decreto N° 1908 de fs 3774) y remitidos al MP por el art. 165, las Defensas y la Fiscalía solicitaron medidas probatorias (fs. 3792-3793, 3796 y 3800- 3801 vta), posteriormente la Defensa del coencausado de C. renunció a parte de las mismas , reiterando sólo la pericial.

Por Resolución N° 2247/2011 se hizo lugar a las mismas y ordenándose su diligenciamiento de las mismas.

Posteriormente , y al amparo de la ley 18.026, solicitó el diligenciamiento de probanzas (fs. 3820 a vta.) haciéndose lugar a la misma(dec- 2520).

Las probanzas fueron diligenciadas en legal forma desde fs. 3842 a 3909.

Conferido traslado al Ministerio Público, dedujo la requisitoria de fs. 3920 a 3957 en la que pidió se condenara a D. como AUTOR penalmente responsable de UN DELITO DE HOMICIDIO POLITICO MUY ESPECIALMENTE AGRAVADO POR GRAVES SEVICIAS Y A TITULO DE DOLO EVENTUAL. EN REITERACION REAL CON UN DELITO DE PRIVACION DE LIBERTAD ESPECIALMENTE AGRAVADO EN CALIDAD DE COAUTOR A LA PENA DE 28 AÑOS DE PENITENCIARIA, con descuento de las preventivas cumplidas y de su cargo las prestaciones legales

correspondientes.-

Conferido traslado de la acusación fiscal, fue evacuado de fs. 4010 A 4036, agregando de fs. 3959 a 4009 documentación varia, reclamando que en definitiva se proceda a su absolución y se agregue la documentación que acompaña.

En lo que hace al plano fáctico, sostuvo que no existe plena prueba para condenar a su defendido. Sostiene enfáticamente que D. no cometió el delito que se le imputa y que la causa es una puesta en escena para engañar a la Justicia. Manifiesta que el Ministerio Público no ha podido siquiera articular, se basa en inferencias, suposiciones, conjeturas, creencias, ni siquiera puedo probar más allá de toda duda razonable que se trató de un homicidio y no un suicidio.

En lo que refiere a los testimonios brindados en autos por personas que estuvieron detenidas y que refieren a torturas recibidas, no han sido probados y por ende no puede concluirse que D. haya participado en los mismos, no puede condenarse por la época histórica que le tocó vivir, ni por el Plan Cóndor.

No puede condenarse a D. por la insuficiente autopsia realizada en la oportunidad.

En cuanto a la calificación jurídica expresó que la figura del Delito de Homicidio político creado por ley 18.026 viola el principio de irretroactividad de la ley penal, tal tipo legal no es de ius cogens, no está previsto en el Estatuto de Roma.

La imputación a Dolo eventual no es de recibo, atento a que el grado de previsión, no fue a nivel de probabilidad , sino de mera posibilidad.

Si se imputa a titulo de Dolo Eventual no podrá conjugarse la

agravante de las Graves Sevicias que necesita intención expresa de matar.

Por dec. 1430/112, se abrió la causa a prueba en virtud de la prueba documental de la que solicita su agregación, teniéndose por agregada por de. 1719/12 y se ordenó la alegación por las partes, haciéndolo el MP quien manifiesta que la documentación acompañada nada agregan a la causa, manteniendo la requisitoria fiscal.

A fs. 4064 lo hizo la defensa quien en apretada síntesis, reitera fundamentos y solicita la absolución del mismo.

Por dec. 1956/12 se citó las partes para Sentencia y se pusieron los autos al despacho, con fecha 11/12/12.

El 17 de diciembre se dispuso medidas para mejor proveer, la que se dejó sin efecto , volviendo al despacho el 06/02/13.

III) HECHOS PROBADOS

MARCO HISTORICO:

Los hechos denunciados se ubican en el período dictatorial cívico militar, comprendido entre los años 1973-1985, cuya principal característica fue la del encarcelamiento masivo y prolongado de personas, miles fueron procesadas por la Justicia Militar mientras que otras tantas pasaron por los centros de reclusión o de detención, con motivo de ser interrogados y luego liberados.

La tortura se aplicó a los detenidos de forma constante y rutinaria, que no sólo implicaban el daño físico sino el psicológico

La represión y persecución traspasó fronteras, en especial luego del golpe de Estado en la Argentina (marzo de 1976) en el que muchos uruguayos fueron detenidos, desaparecidos y asesinados en Argentina, Chile, Paraguay e incluso en

Bolivia y Colombia.

Según las investigaciones realizadas por la Comisión para la Paz se han confirmado 168 de las denuncias que allí se presentaron. De ese total de casos confirmados, 32 personas desaparecen en Uruguay, 125 en Argentina, 9 en Chile, 1 en Bolivia, 1 en Colombia.

Los procedimientos coordinados de los mencionados países se enmarcaron dentro de operativos represivos llevados a cabo de forma planificada y como producto de minuciosas investigaciones de inteligencia.

En el período de mención y dentro del marco de seguimiento y persecución, se modificaron las relaciones sociales, se ejerció un estricto control sobre los medios de comunicación y las diversas expresiones culturales de la sociedad. Se aplicaba la censura a los medios de comunicación.

El contralor de radiocomunicaciones, la prohibición de la difusión de determinadas noticias, la prohibición de libros, autores, músicos, artistas “antidemocráticos”, etc., quedó establecido legalmente antes del Golpe de Estado, y la dictadura lo profundizó.

En el caso de las expresiones artísticas, se realizaba un seguimiento de todas las actividades a través de la Comisión de Censura.

A su vez, existían autores y artistas que se encontraban prohibidos por ser considerados subversivos, y por ende totalmente prohibida la difusión de sus obras , para lo cual se controlaban los locales que los comercializaban.

La dictadura generó un proceso de restricción en las formas de solidaridad social, puesto que la represión sumada a la

presencia del “miedo” conducían, que las familias se encerraran en sí mismas imponiéndose también, la cultura de la sospecha y la delación.

Como expresáramos, existió una coordinación operacional de las cúpulas de los gobiernos de facto que regían en Argentina, Brasil, Bolivia, Chile, Paraguay y Uruguay, denominada “Plan Cóndor”, cuyo objetivo central era el seguimiento, vigilancia, detención, interrogatorios con apremios psico-físicos, traslados entre países y desaparición o muerte de personas consideradas por dichos regímenes como “subversivas del orden instaurado o contrarias al pensamiento político o ideológico opuesto o no compatible con las dictaduras militares de la región”.-

Dicho “Plan”, fundado el 28 de noviembre de 1975, presentó sin dudas una actividad previa, conforme lo ha destacado la historiadora Patrice Mc Sherry, basada en una investigación llevada a cabo con documentos desclasificados recientemente por la CIA, la operación se inició dos años antes de lo previsto, es decir en 1973.-

Así, la “Comisión Para la Paz”, sostuvo que “se han podido obtener conclusiones que demuestran la detención clandestina de numerosos ciudadanos uruguayos en territorio argentino y su desaparición forzada y fallecimiento como consecuencia de torturas y ejecuciones a partir de procedimientos donde existieron, en algunos casos fundamentalmente procedimientos contra “Grupos de Acción Unificadora” (GAU) y el “Partido por la Victoria del Pueblo” (PVP), -entre otros-, acciones represivas con distinto grado de coordinación y colaboración en fuerzas de ambos países”.-

Se pretendió “con el uso de las torturas, de los secuestros, de las desapariciones y de las muertes, revertir el orden y cambiar el Estado de Derecho, por un régimen de terror” (Diario de Sesiones de la Cámara de Representantes N° 1856, Tomo 620, 7/11/1985) .-

Ahora bien, tras estas puntualización y conforme al relato efectuado por el MP en su demanda acusatoria, que conforma la plataforma fáctica de su pretensión punitiva, la suscrita considera plena y legalmente probados los siguientes hechos:

En las primeras horas del 29 de junio de 1974, desde su domicilio sito en Eduardo Acevedo 1717 (Hogar de Empleados de Campomar), personas no identificadas detuvieron a Nibia Salbalzagaray (profesora de literatura, de 24 años, oriunda de la ciudad de Nueva Helvecia) que militaba en el Partido Comunista del Uruguay, y condujeron al Batallón de Ingenieros N° 5 (Transmisiones) en el Barrio Peñarol.

Allí llegó, según D. en la madrugada , y según el Oficial A. a las 08.00 hs. Quien la recibió y alojó en un calabazo , o celda de disciplina y puesta a disposición de D quien era Oficial S-2 (perteneciente a la OCOA) , pues a pesar de que el titular era S., éste había sido separado de su cargo por un incidente protagonizado días atrás, en el que había lesionado a un subalterno. El encausado revestía como Alferez y era el segundo en la Oficina del OCOA en el Batallón, por lo cual fue encargado interinamente de la misma.

Por lo cual entre sus funciones estaba el de interrogar a los detenidos.

Y así fue que procedió a interrogar a Sabalsagaray , que

como hemos referido se hacían de forma invariable mediante tortura y finalizó provocándole la muerte, como consecuencia de lo que se ha denominado “submarino seco”.

Posteriormente fue entregado el cuerpo a su familia con la orden expresa de no abrir el féretro, sin embargo aquellos, nunca aceptaron la versión de la autoeliminación y procuraron que un médico forense practicara una autopsia, lo que no lograron. En cambio sí obtuvieron que un amigo de la fallecida, quien se encontraba próximo a obtener su título de médico, y había ido hasta Nueva Helvecia al sepelio de la joven, efectuara con las limitaciones del caso, un reconocimiento del cuerpo y conforme él mismo lo ha declarado en autos, y estamos hablando de M. C., consultó con un médico legista de su confianza quien le aseguró que no se trataría de un suicidio.

DE LA PRUEBA Y SU VALORACION:

Al decir del TAP de 2º a fs. 3726: la “historia oficial de autoeliminación” que desde los protagonistas de los hechos se erigió, cae ante el cúmulo probatorio que se ha colectado en estos autos.

La Defensa afirma que no emergen de las actuaciones cumplidas, elementos de prueba de la misma existencia del hecho ilícito y luego de la vinculación del encausado en el mismo de existir y que por lo tanto habiliten el pronunciamiento de una sentencia condenatoria.

En primer lugar debe tenerse en cuenta el marco histórico en que se desarrollaron los hechos investigados, siempre dentro de la más absoluta clandestinidad, valiéndose de la superioridad de la fuerza y sin ningún apego al orden jurídico.

En autos, no se pudo determinar quienes detuvieron a la mujer, pero atento al conocimiento general al que se ha llegado de cómo operaban las fuerzas represivas, (hechos notorios) sabemos que al momento de las detenciones, los agentes de la represión, vestían de particular, generalmente en vehículos no oficiales, no se identificaban y encapuchaban a las víctimas para que no los reconocieran y no supieran donde eran llevadas, lugar en el que las aislaba por largo tiempo, desconociendo sus familias el paradero de las mismas, hechos que tratan de la violación por parte del Estado de los Derechos Humanos, derechos que responden simple y llanamente a nuestra condición de HUMANOS.

El proceso histórico de construcción de los DDHH, ha sido un proceso de lucha, revueltas y enfrentamientos entre quienes los reclamaban y los que detentaban el poder quienes se negaban a reconocerlos en su intento por continuar dominando. Y siempre en el escenario de occidente (La Revolución Francesa es fiel reflejo de ello).

Llegados a 1948 las Naciones Unidas proclamaron en la Declaración Universal, precisamente la Universalidad de los Derechos Humanos (que enumeraron y definieron) aplicables a TODOS LOS HOMBRES PERTENEZCAN A CUALQUIER NACION O GRUPO DE CUALQUIER PARTE DEL MUNDO. Los doctrinos ius naturalistas y la propia Declaración Universal de 1948 (de corte ius naturalista), han afirmado de forma contundente que los Derechos del Hombre son aquéllos que poseemos todos los individuos humanos por el mero hecho de serlo y, por tanto, al margen de las características que nos singularizan y diferencian unos de otros.

Paradigma de esencial importancia que se traduce en que los individuos humanos en cuanto humanos, somos plenamente iguales, todos sujetos de dignidad, no instrumentalizables y merecedores del respeto de nuestras libertades.

Según esta fundamentación se trata de derechos atemporales y aculturales y que valen para siempre y para todos a los cuales NO DEBEMOS RENUNCIAR JAMAS Y A CUYO RESPETO TODAS LAS PERSONAS Y NACIONES DEL MUNDO ESTAMOS COMPROMETIDAS, no se trata de un país o de una coyuntura específica ora política, ora social, o cultural , se trata del respeto y la garantía de que así será , independientemente de quien se encuentre circunstancialmente ejerciendo el Poder Estatal, ni están al servicio de supuestas venganzas grupales.

HECHO ILICITO:

Del expediente que luce acordonado ficha P-221/87 del juzgado Penal de 5º turno, proveniente del juzgado Militar de Instrucción de 4º turno : causa 107-B, surgen las actuaciones llevadas a cabo a consecuencia de la muerte de Sabalsagaray, y respecto de ellas no podemos soslayar la franca pobreza investigativa, que no reconoce otro motivo que el interés de las autoridades de la época de no dejar al descubierto la verdad de lo acontecido.

En efecto, la instrucción que llevó a cabo el Juez Sumariante Carlos Fernández , se limitó a ratificar las escuetas dadas a cuentas por parte del capitán de Servicio : J. A., de D. y del médico S. quien corroboró que la joven estaba fallecida , sin absolutamente ninguna otra pregunta.

Y agregar una pobre carpeta técnica, como tan pobre lo fue el protocolo de autopsia efectuada por el Dr. M. que

concluyó que la muerte lo fue por ahorcadura.

Tan escasa y pobre instrucción JAMAS puede permitir concluir per se que efectivamente Nibia Sabalsagaray se suicidó.

Por ello, la prueba colectada en autos cobrará vital importancia especialmente cotejada con la llevada en el acordonado mencionado.

Y bien, respecto a la actuación del médico forense militar, el forense de la Sede: Dr. M. señaló a fs. 78 y ss , que en el protocolo de autopsia no se establece la etiología médico legal de la muerte (suicidio-homicidio-accidente), y sin embargo en el certificado de defunción luce suicidio. Sugestivamente no consta estudio interno del cuello, en el que podría haberse establecido si las lesiones del cuello fueron vitales o post mortem, careciendo además de datos fundamentales como la distancia entre el gancho y la cama , ni la altura de la víctima, que podrían determinar la posibilidad de que efectivamente la joven hubiera cometido el acto.

Más adelante dice (fs. 3197), que la principal inconsistencia es el relato de cómo estaría el cadáver y el mecanismo aducido para producir muerte. El gancho que se habrá utilizado para colgar el pañuelo estaba a 1,80 mts del suelo, en tanto D. dice que la joven estaba colgada y arrodillada en el piso, para ello debería medir 2.20 mts. Por otro lado el pañuelo era común por lo cual si se ata un nudo no permite una distancia muy grande. Por lo cual, una persona de 1,84 mts, podría quedar “ como mucho” tocando con la punta de los dedos de los pies el piso. Las lesiones que se constataron a nivel de la columna cervical son extremadamente raras,

viéndose en casos donde la víctima cae muchos metros antes de producirse la detención brusca del cuerpo.

El surco, que se observa en la fotografía es amplio , poco profundo y poco marcado y sería compatible con un lazo no agresivo del tipo pañuelo . En conclusión, en virtud de la falta de elementos, de lo que surge de la autopsia, no confirma ni descarta la hipótesis de la autoeliminación.

A todo esto debemos sumarle que una vez recuperada la democracia, el SMU expulsó a M. por no haber actuado en su calidad de médico militar autopsista con los principios médicos que regulan su conducta.

La Junta Médica , designada a los efectos de una AUTOPSIA HISTORICA, dice a fs. 139 que el pañuelo usado poseía una longitud apenas suficiente para rodear el cuello de la víctima. El surco es compatible con haber sido provocado por un lazo blando como un pañuelo, sin embargo las imágenes de la lesión no muestran ningún elemento de vitalidad. Los hallazgos en el examen interno, describe otras lesiones: “ pequeños focos de hemorragia y congestión a nivel de la región tiroidea “ , topografía bastante alejada del surco y no corresponde a un estigma de una eventual compresión de cuello por un lazo suprahoidea , sino a una violencia ejercida sobre el cuello distinta al ahorcamiento.

M. estampó en el certificado de defunción (fs. 20 del acordonado) que el elemento utilizado fue una cuerda, y según luce en la investigación del SMU dijo que fue una media torneada.

Concluye que si bien no puede descartarse el suicidio, los hallazgos morfológicos son enteramente compatibles con la hipótesis del “submarino seco” que permite explicar la

violencia constatada en la región tiroidea del cuello.

Respecto de las declaraciones de los encausados y demás testigos, surgen flagrantes contradicciones: C. a fs. 81 declaró que avisado del suceso fue a la celda y :” alcancé a ver las manos y los pies que se iban”.

A fs. 508 dijo: “ yo la vi primero por la mirilla, en el momento en que fallecía, ella estaba con la mejilla derecha contra la pared , arrodillada en la tarima y aún mantenía flexionada la pierna y la vi en el momento que la mano cedía y las piernas caían y quedó como arrodillada sobre la cama. El mismo se rompió en dos en ese momento un pedazo quedó colgado y el otro cae. Abierta la sala se intentó descolgarla ...nadie tenía un elemento cortante ..” solo una balloneta que le provocó una lesión en la mandíbula y luego apareció un cortaplumas, por lo cual finalmente lograron cortar el pañuelo y la acostaron de cúbito dorsal. Y llamaron a S..

Agrega que la primera persona que encuentra a la joven fue D..

El Coronel W. S. a fs. 521 vta declaró: “ se había pasado un pañuelo por el cuello y la otra parte del mismo , lo había atado a una especie de mariposa que era donde se sujetaba la tarima al subirla...el cuerpo se encontraba colgando y los pies un poco recogidos pero sin tocar la tarima “ fue avisarle al Jefe (C.), quien concurrió al calabozo y dio la orden de cortarle el pañuelo y depositarla sobre la tarima.

La tarima, en horizontal estaba a 80 cms del piso, de la tarima a la mariposa un metro aproximadamente, y estima que cuando el la vio ya había fallecido.

D. en un primer momento dijo no haber participado (fs. 109-110).

El Juez sumariante F. declaró a fs. 532 y ss. que no fue al lugar, pues se conmovió con el hecho se puso a llorar y le pidieron que se retirara. Pdo. Si le tomó declaraciones a D. , dijo” no los comentarios que había era que se había colgado y que se había tomado las dos piernas para asegurarse que se mataba”.

D. R. de fs. 541 y ss: “ yo llegué vi la chica ahorcada , la puerta aún cerrada , miré por la mirilla, estaba colgada de la tarima, la muchacha. Estaba colgada de la tarima, se amarró de ahí y se colgó” y luego que llegaron los demás oficiales y el Jefe les fue ordenado que se retirara.

D. a fs. 548: dijo que recibió la comunicación, próximo a las 08.00 hs de que había ingresado una detenida y se le entregaron a él las pertenencias en un sobre de manila y se retiró a su oficina, disponiéndose a efectuar otras tareas que tenía asignadas. Próximo al mediodía se dirigió a la celda, según sus dichos a tomarle las huellas dactilares y fotos, y al abrir la mirilla ve a la joven colgada y da aviso, cuando llega la llave para abrir , juntamente con el Jefe y otros oficiales de mayor jerarquía que pasaron delante que él y se puso a llorar y le dijeron que se retirara.

Dice que la vio dos veces una por la mirilla y otra ya dentro, y dijo textualmente : “ estaba casi con los pies al suelo, una posición de las pantorrillas como recogidas hacia arriba, como si se fuera hincando”.

A fs. 3519: “Al abrir la mirilla noto a la detenida colgada del gancho en una posición “cuasi fetal”. En las cuales las rodillas estaban levantadas y por acción de la gravedad supongo que los pies podrían haber llegado al piso”.

Lo cual fue ratificado a fs. 3518 y ss.

El Dr. S. a fs. 562 declaró que cuando arribó a la celda, la joven ya estaba acostada de cúbito dorsal, evidentemente fallecida desde hace un tiempo, estaba fría, con dilatación pupilar muy claramente fallecida”, “recuerdo que ella estaba fría , yo diría que llevaba horas de fallecida”.

El Dr. C. declaró que al revisar el cuerpo de Nibia, encontró equimosis en distintas partes del cuerpo, golpes por todos lados, en distintas partes del cuerpo, en los brazos, moretones extendidos. No apreció lesiones óseas, sí que el surco del cuello no era hundido. No constató una cicatriz de una abertura de autopsia (fs. 19 a 21 y 3503 a 09).

De la valoración de los informes médicos, teniendo presente que según los testigos que estuvieron ese día en el Batallón así como ambos coencausados el primero que la vio “colgada” fue D., y la explicación que ensaya de cómo la encontró, es materialmente imposible, se concluye que estamos frente a UN HOMICIDIO.

No puede nunca una persona de una altura de 1,60 mts ser hallada en una suspensión incompleta de un pañuelo de seda el que estaba atado en un gancho que se encuentra a 1,80 mts del piso.

Sumado a las consideraciones de lesiones que no se compadecen con el relato de suicidio por ahorcamiento, pues como señaláramos, se constataron lesiones en región tiroidea topografía lejana al surco y no se corresponde a un estigma de una eventual compresión de cuello, por un lazo suprahiodeo , sino a una violencia ejercida sobre el cuello , distinta al ahorcamiento.

Deviene importante la declaración de B., quien al momento de los hechos se desempeñaba como Comandante de

Compañía , a quien no sólo le llamó la atención la muerte acaecida en el batallón pues los detenidos NO PUEDEN TENER NINGUN ELEMENTO PARA AUTOELIMINARSE (cuidados que se mantiene hoy día en las celdas individuales) sino que a TODOS los detenidos se les colocaba una capucha, que manifestó haber ideado por orden superior, las mismas eran negras y se ataban en el cuello, agregando que cuando los detenidos circulaban por el Batallón lo hacían con la capucha puesta.

Y elocuente cuando afirma que nadie habló más de ello, porque quizá se tuviera problemas en el futuro.

También cobra singular importancia la contradicción de C. quien dice haber visto morir a la joven, con las declaraciones del propio D. y del médico que actuó en primera instancia: S. ya referidas.

Tampoco podemos dejar de soslayar las declaraciones de varios detenidos, alguno de ellos en el mismo Cuartel relataron los padecimientos que significaron los interrogatorios, el plantón, las torturas (S. , M. , A., P.), dice la defensa lo hacen por resentimiento contra los militares. Sin embargo las declaraciones de los mismos, coinciden con las conclusiones de la Comisión para la Paz, de que efectivamente en el período de facto, se perpetraron graves violaciones a los derechos humanos perpetradas , desde la tortura, la detención ilegítima en centros clandestinos, desaparición forzada, por agentes estatales que, en el ejercicio de su función obraron al margen de la ley y empleando métodos represivos ilegales

Ahora bien, se efectuaron dos pericias psicológicas de la víctima, por parte de personal de ITF y

por parte de perito de parte de fs. 3779 a .

En la primera se concluyó que es altamente improbable una decisión de autoeliminación por parte de Sabalsagaray, no sólo por el carácter y optimismo que los amigos y familiares dicen que tenía, sino porque se encontraba en una etapa de su vida de logros y proyectos, recientemente se había recibido de Profesora de Literatura y estaba preparando su matrimonio con L..

Más allá del conocimiento directo de lo que era el cautiverio en manos de los militares, también sabía que se salía de él, en aquellos tiempos.

Dice textualmente: “ si se consideran las condiciones en las que se verificaban las detenciones en ese tiempo (encapuchamiento y vigilancia constante) .. quedaría literalmente excluido el extremo del suicidio”.

Ante esta contundencia, la perito de parte habla de estadística de suicidio en prisiones, en especial las mujeres, la forma que mayormente se adopta (colgamiento y estrangulación) y el tiempo escaso que insume, aún cuando se está bajo vigilancia, no resulta tan inverosímil que se suicidara a 180 cms. del suelo.

No es necesario que exista precedentemente un cuadro psicopatológico , pues diversos factores pueden aumentar el riesgo de suicidio , por ello es importante señalar , según la perito, que condicionada su libertad y las experiencias relatadas por su novio de la detención, pudiera haber temido de no ser capaz de tolerar el sufrimiento físico que conocía le aguardara.

El choque brutal con la realidad del aprisionamiento debe haber sido un shock importante para su psiquis, pues los

interrogatorios a los que se les sometían eran de tortura , crueles. Los elementos que señala como importantes a tener en cuenta (vide fs. 3784) en el caso obviamente muchos de ellos no se dan, como por ejemplo confeccionar una nota suicida. Las personas de profundos ideales prefieren quitarse la vida antes que soportar la humillación de un interrogatorio. Y concluye que existen datos que avalarían la tesis del suicidio.

Ahora bien, la defensa dice que no existe probado en autos violencia o tortura en el Batallón, sin embargo la Perito parte de la base y lo toma como elemento determinante de la voluntad suicida, exactamente eso: no enfrentarse a interrogatorios torturantes y crueles.

De todas formas, según lo declarado por D., nadie la interrogó, ni nadie ingresó a la celda donde ella estaba “depositada”, o sea que nada de los horrendos interrogatorios estaba padeciendo, por qué llegar a suicidarse entonces???? Sólo por el conocimiento que de ellos tenía por el relato de su novio? Afirmar tal extremo no parece lógico pues exactamente su novio había sido liberado, sabía que se podía resistir y salir. La proveyente se permite concluir, sin ser perito psicóloga, sino a la luz de la pericia efectuada y la observación de lo que acontece normalmente, que dada la voluntad, pujanza e ideales firmes demostrado por la víctima en los cortos años de su vida: con sólo 18 años salió de su ciudad natal, del lado de su familia, con escasos recursos económicos. Montevideo en aquellos años era muy lejano, sin vías ni medios de tránsito como los conocemos actualmente, no parecía ser una mujer que se diera por vencida tan rápidamente y mucho menos que esa rendición

significara segar su propia vida, no lo parece.

Reiteramos, se ha probado en autos y tal como lo señala el TAP a fs. 3731 vta.: la víctima de autos falleció por HOMICIDIO durante un interrogamiento en el que se le causó , además de otros apremios físicos, compresión en el cuello a nivel hioideo, ocasionándole la muerte por ahorcamiento.

PARTICIPACION DE D..

Esta probado que D. perteneció al organismo Coordinador de las Operaciones Antisubversivas (OCA), dependiendo del Ministerio de Defensa y conjuntamente con otras dependencias represivas ejecutoras del terrorismo de Estado, vulneraron derechos inherentes a la persona humana, utilizando para ello métodos degradantes. Sin perjuicio de que tenía el grado de Alférez, era el segundo de la Oficina S-2, y al momento de los hechos, se encontraba a cargo de dicha oficina pues el titular S. estaba sancionado por haber lesionado accidentalmente a un subalterno, en ocasión de una exhibición de armas incautadas.

Según luce de las declaraciones testimoniales y de los encausados, en aquellos tiempos la OCA realizaba una operación de inteligencia, con la finalidad de desarticular una supuesta toma de una unidad Militar (al estilo del asalto al cuartel de Moncada en Cuba).

Tal operación incluía actividades de inteligencia, detenciones e interrogatorios.

Dentro de esta operación, en la noche (primeras horas del 29 de junio) de forma totalmente ilegal, personal militar comandado por la OCA, vestidos de civil, ingresaron al domicilio de Sabalsagaray y se la llevaron sin informar a

nadie de los que allí estaban la causa ni donde sería llevada. Como siempre se hacía la familia nada sabía y generalmente por semanas recorrían cuarteles, hospitales, cárceles, con la finalidad de encontrar a su familiar detenido, hasta que luego o quedaban en libertad o eran derivadas a la Justicia Militar. Las funciones del Oficial S-2 era la coordinación con la OCOA la realización de las operaciones antisubversivas, detenciones, interrogatorios.

Cuando llegaban detenidos a la Unidad , se les daba cuenta al Oficial S-2 . El fatídico día, D. , oficial S-2, se encontraba en el Batallón e ingresada la detenida fue avisado por A. quien le entrego las pertenencias de la mujer y le indicó donde estaba alojada, y le preguntó ¿Sabe lo que tiene que hacer? Sugestivo.

Según sus dichos, primero se dedicó a hacer otras tareas asignadas y recién próximo al mediodía, cuando iba a “hablar” con ella, es que la encuentra muerta. Aun cuando luego dice que solo iba a tomarle registros fotográficos y dactilares, no dijo si eso lo hacía en una oficina o en la celda, en todo caso, necesitaba ingresar y sin embargo dice no haber llevado la llave.

Las llaves del calabozo, las tenía el oficial encargado de los detenidos, y otras en la oficina de informaciones (B.).

El propio D. dice que sólo podrían haber ingresado a la celda, A., R. o él y enfatiza : “ estoy seguro que A. no entró y R., menos”.

M. B. de fs 192-193 (estudiante militar) declara saber que allí se torturaba a los detenidos y que tenían prohibido hablar de las torturas que escuchaban y veían.

Ese día luego de que encontraran a la joven, A. y D.

discutían. El comentario del Batallón era que a quien la interrogaba se les había ido la mano y la habían matado.

En iguales términos declararon S., M., P., A. , testimonios que la Defensa dice carecen de valor probatorio, por corresponder a personas que integraban grupos oponentes a los militares y actúan con resentimiento. Tal afirmación carece de recibo, pues además de cumplir con los requisitos formales de recepción (recibidas en la Sede con todas las garantías del debido proceso), en cuanto al fondo han sido contundentes, han dado detalles armónicos, que coinciden con el resto del material probatorio de la causa y de cómo sucedían los hechos en aquellos tiempos, sin perjuicio de que su valor es conforme a que no fueron testigos directos, sino de oídas.

Sabalsagary estaba en una celda de disciplina , solo tres podían entrar , y según D. los otros dos seguro que no lo hicieron, él era el encargado de interrogarla, por ser el S-2, en los interrogatorios aplicaba torturas con la finalidad de obtener información, el mismo se coloca en el lugar, solo que en el más favorable: no había ingresado. Tenía que hablar con ella pero no llevaba llaves, ilógico.

Nadie ingresó a la celda de Sabalsagaray, según sus propios dichos, ergo él fue quien entró, tenía motivo, ocasión y acceso libre , y él fue quien le dio muerte en el transcurso de un interrogatorio que como era de estilo se hacía bajo tortura. El es el autor del HOMICIDIO de Nibia Salsabagaray.

A tal conclusión se ha llegado tras un análisis lógico de la prueba producida en autos. Más allá de los límites impuestos por los propios protagonistas , que incluyeron la puesta en

escena de un suicidio, contaron con todo un andamiaje que colaboro con ello, un Juez sumariante que no investigó, un Juez Militar que tampoco lo hizo, un médico forense que omitió detalles de importancia en su autopsia, y que avaló la hipótesis del ahorcamiento, se suma al silencio legítimo de los encausados en autos y de la mayoría de los militares que aquí declararon.

El Poder judicial como garante del derecho de todos los ciudadanos debe cumplir con su función.

El proceso penal tiene como cometido la averiguación de la verdad material, la históricamente ocurrida, a la que no se llega en forma sencilla, pues al ser irrepetible debe reconstruirse conceptualmente, por las huellas que haya dejado. Existen además limitaciones impuestas por el orden jurídico, que subordina el logro de la verdad al respeto de otros valores, generalmente relacionados con la dignidad humana.

Como consecuencia de esto se han de extremar los recaudos para que la verdad obtenida en el proceso sea lo más correspondiente posible con la realidad de lo ocurrido y las pruebas de cargo sean idóneas para provocar la certeza de la culpabilidad del acusado, sin la cual no puede haber condena penal. Para eso deberán extremar sus "controles de calidad", y aventar las tentaciones de sustituirla por el arbitrio judicial fundado en otros motivos o en el puro voluntarismo.

(Caferatta Nores. :La prueba en el Proceso Penal, pág. 6 y ss.).

Como se ha afirmado en Sentencia del similar de 19° turno, citada ut- supra, el escudo de silencio levantado por los indagados y testigos militares con las

frases "Yo no tengo conocimiento", "yo era administrativo" y "el responsable está muerto", cede ante el derecho-deber a saber, el cual no pertenece a personas individuales, ni siquiera a familias directamente afectadas, sino a la Sociedad en su conjunto y representa una obligación ética de todos de recordar lo acontecido.

En tal sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sentencia del 25 de noviembre de 2000 (Caso Bamaca Velázquez), expresó: " De todos modos, en las circunstancias del presente caso, el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención" (párrafo 201, Capítulo XVI, pág.136).

El Presidente de la Corte, Antonio Cancado Trindade, en su voto razonado dijo: " El derecho a la verdad, en última instancia, se impone también en señal de respeto a los muertos y a los vivos".

"El derecho a la verdad, requiere, sí, la investigación por el Estado de los hechos lesivos...".

El Juez Hernán Salgado Pasante en su voto particular expresó: "El derecho a la verdad se ha ido configurando en un contexto histórico donde el abuso del poder estatal ha dejado graves conflictos, sobre todo cuando la desaparición forzada de personas fue utilizada por agentes del Estado.- En estas circunstancias la comunidad exige este derecho a la verdad como uno de los medios que permitirían reconciliar al

Estado con la sociedad y superar la discordia".-

"De lo dicho se desprende que el derecho a la verdad presenta al menos hasta hoy- un carácter colectivo y general, una especie de derecho difuso cuya efectividad debe beneficiar a la sociedad toda.".

"Esta referencia nos lleva a pensar en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana que, como se dijo, contendría de modo implícito el derecho a la verdad, pues quien accede a la justicia busca esclarecer determinados hechos, particularmente en materia penal. En cuanto a la libertad de pensamiento y de expresión, concretamente en el derecho de información la sociedad pide que haya veracidad en la misma, lo cual haría pensar que también en esta materia hay elementos del derecho a la verdad".-

"En todo caso, la axiología o estimativa jurídica tiene que construir una sólida doctrina que permitía insertar el derecho a la verdad dentro de las normas positivas y, al mismo tiempo, determinar hasta donde puede y debe ser aplicado un derecho semejante".-

El Juez Sergio María Ramírez, dijo: "Este derecho tendría, como ha resumido la Corte, "un carácter colectivo, que conlleva el derecho de la sociedad a tener acceso a información esencial para el desarrollo de los sistemas democráticos y un carácter particular, como derecho de los familiares de las víctimas a conocer los sucedido con su ser querido, lo que permite una forma de reparación".-

"El derecho a la verdad se ha examinado en un doble plano, que implica una misma - o muy semejante- consideración : saber la realidad de ciertos hechos.- A partir de ese conocimiento se construirá una consecuencia jurídica,

política o moral de diversa naturaleza.- Por una parte, se asigna aquel derecho a la sociedad en su conjunto; por la otra, el derecho se atribuye a la víctima, directa o indirecta, de la conducta violatoria del derecho humano".-

"Bajo el primer significado, el llamado derecho a la verdad acoge una exigencia legítima de la sociedad a saber lo sucedido, genérica o específicamente, en cierto período de la historia colectiva, regularmente una etapa dominada por el autoritarismo, en la que no funcionaron adecuada o suficientemente los canales de conocimiento, información y reacción característicos de la democracia.- En el segundo sentido, el derecho a conocer la realidad de lo acontecido constituye un derecho humano que se proyecta inmediatamente sobre la Sentencia de fondo y las reparaciones que de aquí provienen".-

"En la resolución de la Corte a la que se asocia este voto concurrente, el Tribunal se ha ceñido a la vertiente individual del derecho a la verdad, que es el estrictamente vinculado a la Convención, a título de derecho humano".

La prueba de los hechos reseñados se encuentra constituida por:

a) Declaraciones testimoniales de:

-M. C. de fs. 19-21; 3503-3509.

-F. L. de fs. 22-29.

-A. Y. B. de fs. 27-29.

-J. P. A. T. de fs. 90-91.

-A. O. O. (fs. 92).

-M. S. de fs. 93-94.

-D. M. fs. 97-98.

-P. P. de fs. 183-184.

- A. A. de fs. 185 a vta.
- R. P. fs. 186-187.
- J. O. M. B. de fs. 192-193 vta.
- E. D. de fs. 536-537 vta.
- D. R. de fs. 541 – 546.
- J. S. de fs. 554-560.
- A. S. de fs. 562 a vta.
- J. C. de fs. 3854
- M. F. S. de fs. 3195-3196.
- H. E. C. de fs. 3243-3244.
- C. A. G. de fs. 3245-3247.
- J. N. A. de fs. 3248 a 3251 vta.
- E. C. de fs. 3252-3254 vta.
- A. C. P. de fs. 3255-3257 vta.
- E. B. C. de fs. 3258-3262 vta.
- R. M. de fs. 3268-3269 vta.
- I. D. de fs. 3270-3274 vta.
- L. R. P. de fs. 3276-

b) Prueba Por Informes:

- del SMU de fs. 34-57.
- del MSP de fs. 60-65.
- del Ministerio de Defensa de fs. 69-74; 102; 104-105; 3210; 3222 a 3223; 3225- 3226; 3849-3853;
- Legajos de los encausados.
- Informes del Dr. M. de fs. 78 a 79; 3197 a 3198 vta.
- Informes Criminalísticos de fs. 168-180; 3214-3218;
- S. B. A. de fs. 107 a 110.
- Autopsia Histórica de ITF de fs. 137-143.
- Autopsia Psicológica de fs. 156-160.
- Autopsia Psicológica de Parte de fs. 3779-3791.

-Informe de la Psicologa de parte M. V. de fs. 3857 a 3858 vta.

-Informes del HFFAA de fs.3342-3344; 3370- 3488.

c) Declaraciones de los encausados: C. : fs. 80-92; 506 a 513; 3365-3367; D.: fs. 107-110; 548-552; 3518-3520 vta.

d) declaraciones de:

-W. S. P. de fs. 518-525

-M. S. de fs. 527-530

-C. C. F. de fs. 532-535; 3514 vta.

CONSIDERANDO:

Los hechos probados se adecuan a la figura delictual previstas en el art., 310 y 312 , asimismo los arts. 18 y 60 , del CP, en virtud de lo cual, D. deberá ser condenado por ser penalmente responsable de UN DELITO DE HOMICIDIO MUY ESPECIALMENTE AGRAVADO.

En efecto, D. dio muerte a Sabalsagaray.

En el homicidio, el bien jurídico protegido es la vida humana, que es el más importante, no solo porque el atentado contra ella es irreparable, sino también porque la vida es la condición necesaria para disfrutar de los restantes bienes.

Los latinos denominaban a este delito "homicidium" y Las Partidas lo definían como "matamiento de home" (Partida VII, Título VIII, Ley 1). A la definición común de que el homicidio es la muerte de un hombre cometida por otro hombre', se contrapone la de Carmignani : "la muerte de hombre ocasionada por el ilícito comportamiento de otro hombre". Por su parte Carrara, lo define como la "destrucción del hombre injustamente cometida por otro hombre", aunque este agregado de la palabra "injusto" se

torna innecesaria, desde que la injusticia es la característica de todo delito, pues desde el momento que el hecho esta previsto en la ley penal, cometerlo implica infringirla y una ilicitud.

No se comparte en consecuencia la imputación formulada por el distinguido representante del Ministerio Público de Homicidio Político, pues aún cuando la proveyente coincide con la primacía de las normas Internacionales y su autoejecutabilidad, el Homicidio Político como tal , de forma individual no se encuentra en ninguno de ellos y es de creación nacional.

A partir de la Segunda Guerra Mundial comienza a desarrollarse el Derecho Internacional de los DDHH. En un principio las relaciones con el Derecho Constitucional buscaba resolver las tensiones y contradicciones otorgando prevalencia a una de las dos.

En ese proceso se comenzó por utilizar las disposiciones que permitían reconocer rango constitucional a derechos y garantías no mencionadas expresamente en el texto constitucional, luego reconociendo la existencia y trascendencia del Derecho Internacional de DDHH los constitucionalizó.

Este avance ha permitido que en muchos países latinoamericanos, sin necesidad de incorporar disposiciones constitucionales referidas a los tratados , pactos, y declaraciones se postula su rango constitucional de todos esos derechos recogidos en esos tratados, pactos y /o declaraciones basados exclusivamente en que los derechos son inherentes a la personalidad humana.

Tal tendencia encuentra fundamento en lo previsto en el art.

39 de la CADH.

Por otro lado, el art. 6° de nuestra Constitución refiere a los tratados internacionales y al derecho internacional, pero no dispone expresamente su rango o jerarquía en el ordenamiento jurídico interno, en tanto la doctrina y la jurisprudencia han concluido que en esos casos los tratados tienen rango de ley, sin embargo y para el caso de Tratados que consagran o reconocen derechos fundamentales otra es la solución.

En efecto, el artículo 72 de la Constitución uruguaya dispone que: “La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución no excluye los otros que sean inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno”.

Frente a esta previsión la doctrina especializada más recibida concluye que el argumento más fuerte para demostrar que un derecho es inherente a la personalidad humana es el estar reconocido en uno, dos o más tratados internacionales ratificados por la República.

En efecto, tal como señalan Cajarville y Risso Ferrand, la prueba más contundente de que un derecho es inherente a la persona humana, y en consecuencia tener rango constitucional en virtud de esa previsión Constitucional (art. 72) , es el estar incluido en tratados internacionales referidos a derechos humanos. En mérito a ello todos los derechos humanos no establecidos a texto expreso en la Constitución , pero contenidos en tratados internacionales ratificados por la República, tendrán no sólo rango supralegal, sino jerarquía constitucional, tal como lo impone el art. 72 de la Constitución.

Risso Ferrand en su trabajo: *ALGUNAS GARANTIAS BASICAS DE LOS DERECHOS HUMANOS* (págs. 31 y ss) expresa: “ una correcta interpretación de la Constitución nos demuestra que ella no impide en forma alguna la admisión de las nuevas concepciones y la adecuada forma de compatibilizar el derecho interno con las normas internacionales de los DDHH. Es más se impone claramente el enfoque moderno de estos temas en forma ineludible para el intérprete”.

Agrega que en nuestro país , la relación entre el D Constitucional y D Internacional de DDHH , pasó por cuatro etapas : 1- La separación total. 2-Relación inicial a través del art. 72 de la Constitución . El DI servía de inspiración para admitir un derecho inherente a la personalidad humana. 3-Constitucionalizacion de los Ds. Internacionales : aquí se presume que todos los DDHH del orden internacional sin inherentes a la personalidad humana (que elemento más importante para probar esto puede haber que el reconocimiento del derecho humano , con tal condición , por el orden internacional). 4- El bloque de los DDHH: se acepta la coexistencia de los dos órdenes constitucional e internacional , conformando un conjunto normativo , que rige por el principio de preferencia de normas (el intérprete debe preferir , en caso de divergencia normativa , a aquella norma que mejor protege o mayor alcance reconoce al derecho) sin que las normas pierdan su fuente normativa.

En Sentencia n° 157 dictada por el Juez Luis Charles (Juez Letrado Penal de 19° turno) en octubre de 2009, por la que condenó a la cúpula militar de la dictadura . dijo: “En consecuencia, mucho antes de la comisión de los

hechos investigados en autos, las conductas imputadas eran consideradas crímenes contra la humanidad.- Todo lo expuesto implica reconocer que esos hechos son lesivos de normas que protegen valores fundamentales que la humanidad ha reconocido a todo ser humano.

En este sentido, las conductas de quienes cometieron tales crímenes deben ser analizadas a la luz de todo el ordenamiento jurídico, incluyendo dentro de éste, claro está, a las normas de derecho penal internacional ya mencionadas, en las cuales se ha evidenciado la voluntad de la comunidad internacional por perseguir y sancionar, por lo menos desde la instauración de los Tribunales de Nuremberg de post-guerra, esta clase de delitos contra la humanidad.-

En función de lo dicho, es que "la prohibición de esta categoría de crímenes es considerada parte del *ius cogens* de crímenes, es decir, son normas imperativas de derecho internacional general aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados como normas que no admiten acuerdo en contrario y que solo pueden ser modificadas por normas ulteriores de derecho internacional general del mismo carácter (artículo 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados).-

Este carácter de *ius cogens* que posee la prohibición de los crímenes contra la humanidad genera para los Estados obligaciones *erga omnes*, entre las cuales se destacan la inderogabilidad de las prohibiciones, la responsabilidad penal individual frente al derecho internacional por la comisión de dichos crímenes, la obligatoriedad de su juzgamiento (que se traduce en la fórmula *aut dedere aut judicare*), la inaplicabilidad de reglas de prescripción, la

inoponibilidad de inmunidades personales incluyendo las de los jefes de Estado, la inoponibilidad de la defensa de obediencia debida y el principio de jurisdicción universal" - Más adelante : "De acuerdo a lo expresado, las fuentes del derecho internacional imperativo consideran como aberrantes la ejecución de cierta clase de actos y sostienen que, por ello, esas actividades deben considerarse incluídas dentro del marco normativo que procura la persecución de aquellos que cometieron esos delitos. Es posible señalar que existía, a la fecha de comisión de los actos precisados un orden normativo- formado por tales convenciones y por la práctica consuetudinaria internacional- que consideraba inadmisibile la comisión de delitos de lesa humanidad ejecutados por funcionarios del Estado y que tales hechos castigados por un sistema represivo que no necesariamente se adecuara a los principios tradicionales de los estados nacionales para evitar la reiteración de tales aberrantes crímenes".

Por su parte y en esta Causa, en el año 2009, la Suprema Corte de Justicia dicto la Sentencia N° 365 por la que declaró la Inconstitucionalidad de los arts. 1, 2 y 4 de la ley de Caducidad de la pretensión Punitiva del Estado (15.838) y plantea dos grandes temas: el primero es la aplicación directamente aplicable del Derecho Internacional en el ámbito interno no inferior al Constitucional. Y segundo la gran importancia que se da a consideraciones internacionales comprendiendo a la Comisión Interamericana de DDHH , la Corte Interamericana de DDHH y jurisprudencia y derecho extranjero.

Expresamente dice :

"CONSIDERANDO III.8) En relación con que las normas

impugnadas conculcan lo dispuesto en tratados internacionales, el agravio resulta de recibo.

La Corporación comparte la línea de pensamiento según la cual las convenciones internacionales de derechos humanos se integran a la Carta por la vía del art. 72, por tratarse de derechos inherentes a la dignidad humana que la comunidad internacional reconoce en tales pactos.

Se sostiene y con razón que por primera vez, nuestro máximo órgano del Poder Judicial ha reconocido expresamente la existencia de un bloque de constitucionalidad de derechos fundamentales y afirma que las convenciones internacionales de derechos humanos se integran a la Constitución de la República por la vía del artículo 72 por tratarse de derechos inherentes a la dignidad humana.

Queda consagrada, de esta forma, la dignidad humana como fundamento de los derechos fundamentales, constituyendo a su vez un límite a la soberanía del Estado.

La Sentencia agrega además que analizada la cuestión en su contexto,” se aprecia que no puede ahora invocarse la teoría clásica de la soberanía para defender la potestad estatal de limitar la protección jurídica de los derechos humanos. Los derechos humanos han desplazado el enfoque del tema y ya no se puede partir de una potestad soberana ilimitada para el Estado en su rol de constituyente. Por el contrario, la regulación actual de los derechos humanos no se basa en la posición soberana de los Estados, sino en la persona en tanto titular, por su condición de tal, de los derechos esenciales que no pueden ser desconocidos con base en el ejercicio del poder constituyente, ni originario ni derivado.”

El nacimiento de la doctrina del Bloque de

Constitucionalidad, se sitúa a mediados del siglo XX luego de culminada la segunda guerra mundial, con la aparición en Europa del concepto de neoconstitucionalismo , el cual se gesta como consecuencia de la insuficiencia del modelo jurídico basado en la ley, para tutelar adecuadamente los derechos humanos.

Se crea así un nuevo modelo de Estado de Derecho, como superación de las etapas anteriores, el Estado constitucional, y se produce lo que se llama la constitucionalización del ordenamiento jurídico, el que pasa, ubicando a la dignidad de la persona humana en el centro del ordenamiento jurídico.

En nuestro país este aseguramiento de derechos fundamentales está reconocido en el artículo 72 de la Constitución, así como por otros artículos que reconocen su aplicabilidad a través del artículo 332 de la Carta.

Es entonces que, a raíz de la importante evolución que han tenido los derechos fundamentales de la personalidad humana, y con la finalidad de consolidar los derechos que no están expresamente consagrados en la Constitución, surge la doctrina del “bloque de constitucionalidad”. De este modo, se viene a suplir o complementar la interpretación de la Constitución a favor de la defensa y garantía de estos derechos.

El “bloque de constitucionalidad” es el grupo normativo que engloba determinados principios y disposiciones materialmente constitucionales, pero que no se encuentran expresamente incluidos dentro del texto de la Constitución documental, es una unidad jurídica tanto de disposiciones normativas, como de principios que las rigen.

Al decir de NOGUEIRA, este bloque de derechos

fundamentales se entiende como el conjunto de derechos de la persona (atributos y garantías) ya sea que hayan sido asegurados por fuente constitucional, o por fuente del Derecho internacional de los derechos humanos (tanto el Derecho convencional como el Derecho consuetudinario y los principios de jus cogens), sin perjuicio de los derechos implícitos.

Es un bloque de la más alta jerarquía y fuerza normativa, tanto en el ordenamiento interno, como en el internacional.

En virtud de lo anterior, podemos concluir que cuando hablamos de disposiciones que integran un todo con la Constitución o un “bloque de constitucionalidad”, se trata de normas que, si bien no están expresamente contenidas en la Carta, son consideradas con rango constitucional y por lo tanto gozan de tal supremacía jerárquica, a los efectos del parámetro del control de constitucionalidad y aplicabilidad de las leyes.

Por su parte, como lo ha señalado BARBAGELATA, dicho bloque “se configura no solo con las disposiciones sobre derechos humanos que constan explícitamente en la Constitución política de cada Estado, sino también con los principios, es decir enunciados extraídos del sistema constitucional por la jurisprudencia, así como por las normas y principios internacionales sobre la misma materia y por las doctrinas generalmente admitidas, como dice el art. 332 de nuestra Constitución”.

Es decir que tal bloque de constitucionalidad, en definitiva, estaría integrado por:

a) los derechos reconocidos a texto expreso en la Constitución;

b) los derechos originados en normas internacionales que son reconocidos como fundamentales por la comunidad jurídica universal; y

c) los derechos que, por ser inherentes a la persona humana o a la forma republicana de gobierno, están implícitamente reconocidos, aunque no estén incluidos expresamente en la Constitución.

Se abre el camino hacia el reconocimiento de un Derecho de los derechos humanos, que es supralegal y supraconstitucional, y no ya meramente Derecho interno o internacional, sino universal.

La regulación actual de los derechos humanos no se basa en la posición soberana de los Estados, sino en la persona en tanto titular, por su condición de tal pues los beneficiarios y verdaderos interesados en el cumplimiento de las obligaciones consagradas en los diversos instrumentos internacionales no son los Estados, sino los particulares y de nada servirían esas convenciones si no estuvieran dirigidas a producir efectos en el derecho interno o si no se crearan medios para que los particulares pudieran exigir su cumplimiento.

Tal como lo recoge la sentencia de referencia, “las Convenciones Internacionales de derechos humanos se integran a la Carta por la vía del art. 72, por tratarse de derechos inherentes a la dignidad humana que la comunidad internacional reconoce en tales pactos”. Por lo tanto, el fundamento esencial de dicha integración no obedece a su inclusión expresa en los mismos sino que, por el contrario, obedece a su propia calidad de inherente a la dignidad humana.

Como consecuencia de lo anterior la no ratificación de un instrumento internacional y siempre que el derecho que en él se reconozca posea la calidad de derecho inherente a la personalidad humana será integrado a la Constitución a través del art. 72.

La Sentencia mencionada tiene como efecto jurídico más relevante el reconocimiento de la aplicabilidad directa de los instrumentos internacionales y principios generales que consagran derechos inherentes a la personalidad humana; y ello por mandato del art. 72.

Sin embargo, reiteramos que ni la Carta de Naciones Unidas, ni el Estatuto de Nuremberg, ni el de Roma, incluyen ese tipo penal autónomo. Se habla de los motivos (políticos, religiosos, étnicos, etc) de los delitos: asesinatos, persecución, desaparición forzada etc., y corroborados las consecuencias son las establecidas por los mismos.

El Estatuto del Tribunal de Nûremberg, que formó parte del "Acuerdo de Londres" firmado el 8 de agosto de 1945 por Estados Unidos, Gran Bretaña, la Unión Soviética y el Gobierno Provisional de Francia tipifica tres categorías de crímenes: Crímenes contra la paz, Crímenes de guerra y Crímenes contra la Humanidad.-

En cuanto al concepto de estos últimos corresponde indicar que el artículo 6 literal c los define como: "El asesinato, la exterminación, la reducción a la esclavitud, la deportación y todo otro acto inhumano cometido contra cualquier población civil, antes o durante la guerra, o también las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, cuando estos actos o persecuciones, que hayan constituido o no una

violación del derecho del país en donde hayan sido cometidos, hayan sido cometidos a continuación de todo crimen que se encuentre bajo la jurisdicción del Tribunal, en relación con ese crimen". La evolución del concepto "crimen contra la humanidad" fue consolidándose en el ámbito internacional, y el Uruguay no quedó fuera, pues explícitamente fue aceptado.

El desarrollo de la noción "crimen contra la humanidad" consolidó principios jurídicos esenciales para su juzgamiento: los responsables no pueden estar amparados por el refugio, ni asilo; los delitos son imprescriptibles y se prohíbe que los Estados adopten medidas que impidan su juzgamiento, elementos que se incorporan al concepto de "crimen contra la humanidad " como notas caracterizantes del mismo. En el marco de dicha evolución, la práctica sistemática de torturas, desapariciones forzadas y homicidios, respaldada ideológicamente por la doctrina de la seguridad nacional, constituye un "crimen de lesa humanidad".

A un autor de un acto criminal, aun cuando ni al momento de cometerse ni posteriormente ese acto no era ni es delito según la legislación nacional, si ese acto al momento de su omisión ya era considerado delito por el Derecho internacional.-

La ausencia de tipos penales nacionales para reprimir un crimen bajo el Derecho internacional no se puede invocar por un Estado para no cumplir con su obligación de juzgar y castigar a los autores de este ilícito, si al tiempo de su comisión ya era delito bajo el Derecho Internacional o considerado delictivo según los principios generales del

Derecho reconocido por la comunidad internacional.-

Ahora bien, el tipo penal creado por la ley nacional posterior determinándose mínimo y máximo de pena, reiteramos no estaba regulado expresamente ni en el jus cogens ni en los Tratados, sí los delitos mencionados y motivados según lo arriba dicho. Por lo cual el tipo creado no deberá aplicarse retroactivamente, atento al principio de legalidad, sino que la conducta quedará atrapada en el art. 310 del CP, sin perjuicio de que sin dudas el delito de autos es de Lesa Humanidad o contra la condición humana , pues D. en el marco de las operaciones antisubversivas, participó en la coordinación de la detención de Sabalsagaray, la interrogó bajo apremios físicos, torturas y tratos degradantes, que atentan contra la dignidad humana, dándole muerte.

La privación de libertad no concurre sino que ingresa en la previsión del art. 312 num 4º.

Hay dolo Directo cuando el resultado se ajusta a la intención conforme con la previsión del art. 18 CP.

En tanto hay dolo eventual conforme el art. 18 CP inc. cuando el agente cuenta seriamente con la posibilidad de la realización del tipo pero a pesar de ello sigue actuando para alcanzar el fin perseguido y se resigna a la eventual realización de un delito, se conforma con ella, con la representación de resultado lesivo que no detiene su accionar (Roxin. DP Parte General, tomo I pags. 427).

Y en autos, el imputado, utilizó el procedimiento llamado “submarino seco” a la víctima, como medio de obtener información, es decir puso todas las condiciones necesarias para que el evento ocurra y ha podido prever sus consecuencias, en otras palabras el resultado ha podido

entrar en las previsiones del agente, por lo cual obrar previendo la posibilidad de las consecuencias, significa consentir la eventualidad de la producción de aquellas, vale decir, haberlas querido.

CIRCUNSTANCIAS ALTERATORIAS:

ATENUANTES: La primariedad por analogía: art. 46 num. 13 del CP, (compartiendo la ratio del num. 7º del mismo artículo) acreditada por la planilla de antecedentes judiciales que informan la ausencia de procedimientos anteriores. Siendo unánime la Jurisprudencia que cuando no se acredita mediante los testigos los hábitos morales y laborales del agente, y sí surge la carencia de antecedentes penales, debe computarse la primariedad por analogía.

AGRAVANTES:

La prevista en el art. 312 num 1º: GRAVES SEVICIAS

Nuestro Código no ha definido la grave sevicia y se entiende por tal la crueldad excesiva. “Importa un maltratamiento de orden físico: uso de medios que aumenten o prolonguen el dolor, privación de sueño, ayuno, suciedad y otras torturas físicas cualesquiera”, requiriéndose una crueldad innecesaria.

En autos, la misma se configura claramente pues la víctima fue detenida en forma clandestina y sometida a distintas formas de degradación en su condición de persona humana, así como a diversas torturas.-

LA PREVISTA EN EL ART. 312 NUM 5: La agravante en estudio proviene de una conexión entre tipos penales, y se refiere a un homicidio cometido por, llamada conexión final. En el homicidio finalmente conexo se requiere, que el autor, en el momento de matar, tenga esa finalidad, rebajando el

supremo bien de la vida hasta el punto de servirse de ella para otra finalidad.

(Soler : Derecho Penal Argentino tomo III pág. 11 y ss).

El homicidio, como posterior a otro delito, es una consecuencia del mismo, y se comete: ora con los fines de asegurar el resultado, ocultar el delito, suprimir los indicios o la prueba, procurarse la impunidad o procurársela a alguno de los delincuentes; ora por la causa de no haber podido conseguir el fin propuesto (inc. 5°). El otro delito constituye la causa ocasional del homicidio. La conexión reviste los caracteres de consecuencia.

Es preciso que se haya cometido o intentado efectivamente otro delito y además del nexo psicológico, se requiere una relación cronológica, o sea que el homicidio se cometa "inmediatamente después", aunque por ello racionalmente debe entenderse: durante el ciclo de ejecución y agotamiento.

En autos, el autor, sin lugar a dudas como oficial S-2 de OCOA , y tal como surge acreditado en autos, participaba de los operativos, los que incluían las tareas de investigación , posteriores detenciones ilegales para interrogarlos y no solo obtener confesiones , sino más información y delaciones, privándoles ilegalmente de su libertad por tiempo prolongado sin registro alguno, al final de ello algunos quedaban en libertad otros pasaban al Juez Militar.

En aquel tiempo, estaban avocados a desarticular un posible ataque a una Unidad Militar, ya habían incautado armas de gran porte y continuaba la operación de la cual no es ajena la detención de Sabalsagaray.

No se determinó quien la detuvo, pero atento a la posición de D. en la OCOA, es lógico concluir que había participado en

la decisión y obviamente ese día esperaba la llegada de la detenida, debía interrogarla ella pertenecía al Sector Finanzas del UJC, y en el transcurso del interrogatorio bajo tortura para lograr la finalidad de la detención sobrevino la muerte.

BRUTAL FEROCIDAD

Descarto el agravante, pues si bien tal circunstancia ocasiona enorme alarma social y demuestra especial peligrosidad, no verifican los supuestos de la agravante en estudio en el caso concreto, aún cuando compartimos con el MP que el motivo de los hechos fue político.

Es el motivo político un motivo fútil o nimio ? podría llegar a serlo , no en este caso.

La muerte de la joven, en el marco histórico (investigando un supuesto ataque a una unidad militar , por el cual ya se había incautado un importante arsenal) no responde a los homicidios verificados por odio a la humanidad, lujuria de sangre, vanidad criminal, espíritu de prepotencia, o por motivos abyectos o fútiles.

Tal conclusión no implica más que ello, que el motivo de dar muerte no ingresa en los supuestos de la agravante.

III) INDIVIDUALIZACION DE LA PENA.

Para determinar la pena, deberá tenerse en cuenta cuáles son sus fines.

En el Derecho penal liberal se atribuyó a la pena una función de prevención de delitos y de retribución por el mal cometido. La fundamentación del Estado y del Derecho en el contrato social: pacto que los hombres suscriben por razones de utilidad, llevaba a asignarle a la pena la función de protección de la sociedad a través de la prevención de los

delitos entendidos estos como "daño social".

La concepción retributiva de la pena tuvo dos exponentes de la filosofía liberal: KANT y HEGEL, quienes defendieron una concepción absolutista de la pena como exigencia absoluta de la justicia ambos limitan la función de la pena a la pura realización de la justicia en base a su concepción liberal del mundo.

En tanto el Derecho penal de un Estado social y democrático debe asegurar la protección efectiva de todos los miembros de la sociedad, debe tender a la prevención de delitos: comportamientos dañosos para sus bienes jurídicos no en un sentido naturalista ni ético-individual, sino como posibilidades de participación en los sistemas sociales fundamentales, y en la medida en que los mismos ciudadanos consideren graves tales hechos.

El derecho penal debe orientar la función preventiva de la pena con arreglo a los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos, de proporcionalidad y de culpabilidad.

Un Derecho penal democrático ha de prevenir junto al aspecto de prevención intimidatoria (también llamada prevención general especial o negativa) la prevención general estabilizadora o integradora (también denominada prevención general positiva).

Debe desarrollarse con estricta sujeción a los límites propios del principio de legalidad.

No sólo debe servir a la mayoría, sino también respetar y atender a toda minoría en la medida en que ello sea compatible con la paz social. El Derecho penal no sólo debe defender de los delincuentes a la mayoría, sino que ha de respetar la dignidad del delincuente e intentar ofrecerle

alternativas a su comportamiento criminal, impidiendo la imposición de penas como torturas, muerte y ofrecer al condenado posibilidades para su resocialización y reinserción social.

Nuestro ordenamiento en el art. 86 del CP regula las pautas de individualización esto es: las características y circunstancias del delito, la personalidad del encausado y las alteratorias que concurren, la pena prevista en abstracto por la ley para cada delito mediante la fijación de un máximo y un mínimo, se regula por la propia norma, en función de variables.

Aplicados al caso concreto lo examinado y las pautas analizadas, en atención a la gravedad del hecho que por su sola ejecución y motivos queda demostrada, pues se segó la vida de una mujer joven con la finalidad de investigar y desarticular un ataque armado, en el marco histórico relevado y la envergadura de las agravantes relevadas, la suscrita entiende adecuada la pena pedida, pues respeta los principios de legalidad, lesividad, culpabilidad y proporcionalidad,

Atento a lo expuesto y a lo dispuesto en los arts. 15 de la Constitución; 1, 245, 246, 318, 320 y 321 del CPP; 1, 18, 46, 47, 50 a 53, 60, 86 del CP

FALLO:

Condenando a M. A. D. A. como autor penalmente responsable de UN DELITO DE HOMICIDIO MUY ESPECIALMENTE AGRAVADO, A LA PENA DE VEINTIOCHO AÑOS (28) DE PENITENCIARÍA, con descuento de la preventiva cumplida y de sus cargos las obligaciones que impone el artículo 105 literal e) del Código

Penal.-

Si no fuera recurrida en el plazo legal, elévese en apelación automática al Superior que por turno corresponda con las formalidades de estilo.-

Devuelto, cúmplase y comuníquese.

Oportunamente, archívese y consúltese si correspondiere.

DRA. DOLORES SANCHEZ DE LEON
JUEZ LETRADO PENAL DE 10° TURNO