

Min. Red: Dr. Julio OLIVERA NEGRIN

SENTENCIA No. 22

Montevideo, 16 de febrero de 2012.

VISTOS, para sentencia definitiva de segunda instancia estos autos caratulado AA. Coautor de un delito de Homicidio muy especialmente agravado” (IUE 17 – 414 / 2003) venidos a conocimiento del Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 3er. Turno en virtud de los recursos de apelación y adhesión al mismo interpuestos por la Defensa y la Fiscalía, respectivamente, contra la sentencia No. 4 dictada el 21 de Abril de 2010 por el Señor Juez Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 1er. Turno Dr. Juan Carlos FERNANDEZ LECCHINI.- Intervinieron en el juicio en representación del Ministerio Público la Señora Fiscal Letrado Nacional en lo Penal de 2º. Turno Dra. Mirta GUIANZE RODRIGUEZ y los co Defensores Dra. Lucia CURBELO SOLARI y Miguel LANGON CUÑARRO.

RESULTANDO.-

1) Que se aceptan y dan por reproducidas la reseña de actos procesales y relación de hechos probados contenidas en la sentencia de primer grado, por ajustarse a las resultancias de autos.-

2) Que por el precitado fallo se condenó a AA como coautor de un delito de Homicidio muy especialmente agravado a la pena de veinte años de penitenciaría.

Se computaron como circunstancias alteratorias de la responsabilidad a la atenuante de la primariedad absoluta y a la agravante muy especial del numeral 5 del artículo 312 CP (fs. 2045 – 2119).

3) Que contra la mencionada Sentencia la Defensa interpuso recurso de apelación sosteniendo, en síntesis que, AA es absolutamente inocente del delito por el que se le condena por el mero hecho de haber ocupado el cargo de Canciller de la República en un claro caso de aplicación de derecho penal de autor y de un derecho penal de enemigos.

Entiende que en el caso de autos no está probada la muerte de BB, ni la forma en que la misma ocurrió (de haber fallecido) ni la participación que en ella se atribuye a AA, a pesar de lo cual se lo condena por un delito común al que se le da un tratamiento de crimen de **lesa humanidad** y respecto del cual no hay plenas pruebas de su ocurrencia. Sólo hay en autos relatos que articulan un universo posible pero no acreditado fehacientemente en el ámbito judicial sino resultante del Informe de la “Comisión para la Paz” lo que es verdaderamente inaceptable y flagrantemente violatorio de varios expresos principios constitucionales como ser que se está ante un juicio penal por comisión que ha empleado pesquisas de naturaleza secretas.

Todo ello lo lleva inexorablemente a concluir que la prueba proveniente de tal Comisión allegada al proceso, deviene ilícita y por ende no puede ser incorporada válidamente al mismo, ni puede tomarse como válido todo lo que de ella se desprenda o encuentre allí su fundamento.

Asimismo sostiene que AA, en su calidad de Canciller de la República en la época en que ocurren los hechos de autos, nunca supo que la mujer protagonista de los hechos ocurridos en la Embajada de Venezuela estuviera en poder de las autoridades uruguayas. En este sentido el encausado fue inducido en error por las autoridades competentes en quienes honestamente creyó, excluyéndose de plano todo accionar doloso,

Argumenta además que el memorándum del 2 de Julio, mera hipótesis de trabajo, de ninguna forma puede inscribirse en proceso causativo de un delito de Homicidio, es más, puede ser considerado como el único hecho con potencialidad salvadora hecha a favor de la mujer.

Como otro elemento coadyuvante para su posición la Defensa costosa destaca que AA nunca tuvo poder de mando ni dominio sobre los hechos, no estaba en sus manos impedir el resultado y justamente la presunta muerte de BB no fue consecuencia del accionar del enjuiciado.

También se agravia el Señor Defensor por el criterio que han seguido los Magistrados de primera instancia en cuanto a la “flexibilización” del concepto de prueba indiciaria lo que ha provocado darle a la misma un sentido extensivo e ilegal.

Pero inclusive, aunque el Tribunal entendiera que es procedente la imputación del delito de Homicidio en autos, el mismo a todas luces está prescripto, aún descontando el período dictatorial no encontrándose además fundamentos legales ni de hecho que avalen recurrir a la ampliación del plazo prevista por el artículo 123 CP.

Por último la Defensa apelante sostiene que no existe razón de texto legal alguna que excluya a los civiles de la caducidad de la acción punitiva del Estado prevista por la Ley 15.848 para delitos cometidos por funcionarios policiales o militares, por lo cual debe declararse a AA amparado por dicha Ley.

En mérito a todo lo expuesto el recurrente solicita que se revoque la sentencia de primera instancia, decretando en su lugar la absolución del enjuiciado “de culpa y cargo por el delito de homicidio imputado y de cualquier otro que se pretendiera imputarle” (fs. 2128 – 2164v.).

4) Que conferido traslado al Ministerio Público éste lo evacuó abogando fundadamente por la confirmación de la sentencia de primera instancia en cuanto atribuye responsabilidad a AA en los hechos que culminaron con la desaparición de la víctima, en calidad de coautor, pero aquella le causa agravios por dos cuestiones íntimamente vinculadas: la tipificación del delito atribuido en definitiva y la conclusión a que arriba sobre la recepción de la categoría de crimen de **lesahumanidad** para el caso con sus consecuencias inherentes, en particular sobre la prescripción, en función de lo cual se adhiere al recurso de apelación.

Sostiene la Fiscalía que mucho antes de la comisión de los hechos investigados en autos, las conductas imputadas eran consideradas crímenes contra la humanidad, lo que implica reconocer que esos hechos son lesivos de normas que protegen valores fundamentales que la humanidad ha reconocido en todo ser humano. Justamente la prohibición de esta categoría de crímenes es considerada parte del ius cogens, 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 sólo pueden ser modificadas por normas ulteriores de derecho internacional

general del mismo carácter. Y , como una de las consecuencias de ello, se encuentra la inaplicabilidad de las reglas de prescripción para este tipo de delitos.

O sea que la acusadora pública entiende que es posible señalar que existía, a la fecha de comisión de los actos perseguidos en autos, un orden normativo – formado por convenciones internacionales y por la práctica consuetudinaria internacional – que ya consideraba inadmisibles la comisión de delitos de **lesa humanidad** ejecutados por funcionarios del Estado, que tales hechos debían ser 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, inclusive cuando tales ilícitos no estuviesen tipificados al momento de su comisión por el derecho nacional, y que aquellos ilícitos eran imprescriptibles.

Por ello concluye que la aplicación de las disposiciones de la Ley 18026 en su artículo 21 al caso de autos es indiscutible, máxime cuando el delito de desaparición forzada – atribuible en la especie – prevé también una modalidad omisiva que es sin lugar a dudas de carácter permanente: “ el detenido desaparecido sigue desapareciendo todos los días”.

En mérito a lo expuesto, peticona la revocación parcial de la sentencia en el sentido por ella argumentado (fs. 2172 – 2245).

5) Que de los agravios del Ministerio Público se confirió traslado a su vez a la Defensa la que al evacuarlo nuevamente concluyó en que la única solución posible es la absolución de AA. No es posible, dice el Sr. Defensor, condenarlo por “homicidio, no solo por falta de pruebas, sino porque ni siquiera los hechos que fundan la sentencia recurrida están contenidos en la acusación fiscal y tampoco procede condenar por desaparición forzada de personas por inexistencia del tipo en el momento de la comisión así como por el hecho de que el enjuiciado no realizó las conductas omisivas que incluye esta tipificación (fs. 2248 – 2254v.).

6) Que se franquearon los recursos interpuestos elevándose los mismos para ante el Tribunal de alzada.

Una vez recibida la causa en ésta se pasó a estudio por su orden, se integró la Sala con el Señor Ministro Dr. William CORUJO GUARDIA ante la abstención de la Sra. Ministra Dra. Bernadette MINVIELLE y posteriormente con el Señor Ministro Dr. Daniel TAPIE SANTARELLI al no haberse logrado un acuerdo primario y convocadas las partes se acordó posteriormente sentencia en legal forma.

CONSIDERANDO.-

I) Que el Tribunal deja expresa constancia desde un inicio, que los primarios pareceres diversos que sobre algunos puntuales aspectos de ésta causa existían en su seno, y que motivaron la convocatoria del cuarto integrante, fueron ampliamente superados en la instancia deliberativa del posterior Acuerdo – momento cumbre de la tarea de un Colegiado -, habiéndose arribado a la presente decisión coincidente de todos los firmantes.

II) Que se constata que en el aspecto formal se ha cumplido con todas las etapas del juicio observándose las reglas del debido proceso.-

III) Que en lo sustancial, la Sala habrá de confirmar la sentencia de primera instancia por entender que no son de recibo los argumentos desplegados por los distinguidos representantes del Ministerio Público y la Defensa para atacarla.

IV) Que respecto a la cuestionada prueba de la muerte de BB caben hacerse varios enfoques del tema porque el mismo presenta diferentes aristas y cuestiones que lo tornan muy interesante.

En primer término aparece muy acertado traer a colación nociones referidas al “ cuerpo del delito” con la finalidad de intentar echar luz sobre ésta debatida cuestión, tal como se expondrá más adelante.

Ya la Sala Penal de Primer Turno en Sentencia de 29 de Julio de 1950, publicada en La Justicia Uruguaya como el caso No. 3248, señalaba que en la búsqueda de la auténtica noción del cuerpo del delito las opiniones emitidas al respecto “pueden clasificarse en dos grupos: los que siguen un criterio objetivo, material o realista y entienden por cuerpo del delito la cosa en que o con que se ha cometido o realizado el delito, o en el cual existen las señales de él, como el cadáver, el arma con que se hirió, la llave falsa, etc., y quienes postulan un criterio ideológico y racionalista concibiéndole como aspecto abstracto del delito ya que no significa otra cosa que su ejecución, su existencia, la realidad del delito mismo por lo que en puridad no es más que el hecho punible. Los primeros incurrir en el error señalado de confundir el cuerpo del delito con su prueba pues para tener por cierta la existencia de un hecho punible no es imprescindible la presencia del objeto en que recayó la acción, así como la del objeto con que pudo haberse ejecutado.”.

Y allí se concluía que “ el cuerpo del delito no es otra cosa que el delito mismo y constatar el cuerpo del delito no significa más que verificar, en el proceso, su existencia o sea que efectivamente ha sucedido, que se ha dado en la realidad de la vida, la hipótesis típicamente prevista en la Ley penal”.

Así pues, éste Tribunal considera que – más allá de la no aparición hasta el presente del cadáver de la víctima – está plenamente probado que a BB se le dio muerte los primeros días del mes de Noviembre de 1976 en dependencias del Servicio de Material y Armamento por parte de personal militar.

Tal conclusión deriva del análisis del abundante material probatorio a la luz de las “ reglas de la sana crítica” tal como lo preceptúa el artículo 174 CPP.

Enseña COUTURE en sus “ Fundamentos del Derecho procesal Civil”, Tercera edición, 1990, págs. 270 y ss que “ las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del Juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el Magistrado pueda analizar la prueba (ya sea de testigos, de peritos, de inspección judicial, de confesión en los casos en que no es lisa y llana) con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas”.

Concluye el Maestro: “ la sana crítica es la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento”.

Y ese análisis valorativo de la prueba no puede perder de vista el contexto histórico en que se producen los hechos porque éste va a permitir entender muchas peculiaridades de los medios recabados y ponderarlos en su justa y legal medida sin caer en ninguna indebida “flexibilización”.

No es posible ignorar pues la realidad de que aquellos hechos se dieron en un contexto muy especial de un gobierno de facto donde ciertamente las garantías personales se encontraban gravemente conculcadas y donde las fuerzas de seguridad oficiales se manejaban con total impunidad en el tipo de situaciones como la de autos, dado que únicamente la Justicia Militar era la competente para conocer eventualmente en ellas.

Así es que con todo ese “telón de fondo” se destaca que, ya al establecer oportunamente el Poder Ejecutivo que a los hechos relacionados con la ilegal detención de BB en la Embajada de Venezuela que eran investigados en el Juzgado de Primera Instancia en lo Penal de Primer Turno – Fa. 219 / 85 -, los consideraban comprendidos en el artículo 1º de la Ley 15.848 (fs. 206 de aquellas actuaciones agregadas), está reconociendo la existencia histórica de los mismos y asumiendo la responsabilidad en ellos de “funcionarios militares y policiales, equiparados y asimilados”.

Igualmente importantes son las resultancias de las actuaciones llevadas a cabo por la Comisión Investigadora creada en la Cámara de Senadores a instancias del por aquella época Senador Juan Carlos AA por su actuación en el Ministerio de Relaciones Exteriores en el caso de autos (fs. 153 – 349).

También testigos hacen aportes trascendentes. En tal sentido CC, quien estuvo detenida ilegalmente en el Batallón No. 13 a principios del mes de Julio de 1976 afirma que también estaba allí BB la que era objeto de sesiones de tortura y estaba separada del grupo: “a los tres días de estar detenida, reconocí la voz de BB a la cual yo conocía personalmente cuando ella pidió para ir al baño. Pidió varias veces y no la llevaban; después más fielmente comprobé que era ella cuando la estaban torturando”. Señala ésta testigo asimismo que hasta que ella fue liberada el 10 de Agosto de 1976 BB permaneció recluída en dicho lugar (fs. 94 – 94v. de la Fa. 219 / 85).

DD por su parte, quien fuera policía militar por aquella época, relata con referencia al “seguimiento de BB ... que iba a hacer un contacto” del cual aquella no participó, que al regresar del mismo otra soldado “haciendo gestos nerviosos decía que la detenida había corrido hacia la Embajada y que ella la había agarrado y en eso llegó un Oficial de los que iban y entre los dos la sacaron para afuera a la mujer. La subieron en un auto, pienso por lo oído que pudiera ser un Volkswagen, donde la sacan de allí, la trasladan y a la altura de 8 de Octubre la trasladan a una camioneta militar. Ella seguía resistiéndose y uno de los Oficiales le pegó una trompada. Tiempo después, no puedo precisar cuantos días los soldados que habían estado de noche de guardia en el Batallón 13, llegaron asombrados y nos dijeron que a la detenida de la Embajada como le decíamos, unos soldados la habían sacado de arrastro junto con unas palas para afuera del Cuartel y un tiempo después que no saben precisar, vuelven sin la detenida, tiran las palas y ella no apareció más” (fs. 100 – 100v. de la causa Ficha 219 / 85).

En el mismo sentido que viene de exponerse en los párrafos anteriores se inserta el informe final de la Comisión para la Paz que, en lo que respecta a la situación de BB confirmó la detención ilegal de la misma, el episodio de la

Embajada de Venezuela, su reintegro a la sede de la OCOA ubicado en el Servicio de Material y Armamentos a los fondos del predio del Batallón No. 13 de Infantería. “ Allí fue intensamente torturada por espacio de varios meses y fue ejecutada, finalmente, en los primeros días del mes de Noviembre de 1976” (fs. 626 – 627).

Forma de actuación de la Comisión que fue explicitada ampliamente por uno de sus connotados integrantes como lo es el Dr. RAMELA en sede judicial, en presencia de la Fiscalía y la Defensa (fs. 628 – 634), lo que llevara incluso al anterior Señor Defensor de particular confianza a calificar tales declaraciones de minuciosas y claras y resultan inequívocamente categóricas en la afirmación ahora indubitable del fallecimiento de la Sra. BB” (fs. 633v.).

Como ya dijo esta Sala, éstas últimas declaraciones no resultan ser las de un testigo “de oídas” ordinario, sino las de quien recolectó, sistematizó y confrontó información sobre el extremo que nos ocupa y, que si bien no puede revelar las “fuentes” de su información no por ello carecen de particular eficacia convictiva en el particular casus objeto de examen. No existiendo ninguna regla que prohíba por principio estos testimonios – al igual que lo fueron en definitiva todos aquellos, con el deponente integraron la Comisión para la Paz-, de lo que se trata es de analizar detenidamente qué valor probatorio cabe atribuirle en el caso concreto.

Cabe reconocer que el Dr. Carlos RAMELA y sus colegas de la Comisión, estuvieron especialmente convocados y dedicados a la averiguación, entre otras, de la suerte de la desaparecida Sra. BB y, en tal empeño recibieron declaraciones de personas que habían estado con ella detenidas en el mismo lugar, y de funcionarios militares y policiales que participaron en los hechos objeto de la específica averiguación, pudiéndose entonces formarse en el cotejo y / o cruzamiento de la información recibida, una ponderada idea acerca sobre cuál pudo ser el grado de voluntad general de decir la verdad de esas personas y en que medida pudo esa voluntad haberse plasmado dadas las circunstancias especiales del caso, todo lo cual finalmente lo habilitó a expresar las conclusiones ya señaladas. Si ello todavía se potenció, en la medida que se sabe que fueron seis las personalidades que integraron la citada Comisión sin otro interés que el de cumplir leal, honesta e imparcialmente con el cometido asignado y, sus conclusiones fueron adoptadas por unanimidad bajo un sistema de libre convicción o convicción moral, es evidente que la credibilidad de su versión de los hechos se acrecienta notablemente “ (fs. 747 – 748).

Conclusiones de dicha Comisión, a su vez, que el Poder Ejecutivo aprobó en todos sus términos adoptando las mismas como la versión oficial sobre la situación de los desaparecidos durante el régimen de facto (Resolución No. 448 de 10 de Abril de 2003).

Ahora bien, éste informe final como uno más de los elementos probatorios del “cuerpo del delito”, mantiene su plena validez a pesar de los hechos de pública notoriedad de que cuerpos de personas “ desaparecidas”, respecto de los cuales se sostenía que habían sido cremados y arrojados al mar, aparecieron enterrados. Y persiste su valor en el conjunto del análisis probatorio llevado a cabo porque, más allá de esas situaciones específicas referidas a otros casos, dichas conclusiones permiten afirmar la existencia misma del reato que tuviera como víctima a BB.

Desde su aparición este informe final de la Comisión fue un insumo más que debía tomarse en consideración en el análisis global de la cuestión: antes “ per se” no podía considerarse judicialmente la “ verdad revelada” ni hoy puede denostársele transformándolo en un esfuerzo intelectual inservible.

Como se dijo, las resultancias del informe analizadas en el conjunto de las pruebas, acreditan plenamente la ocurrencia del delito de autos.

Otro fundamento más que avala lo afirmado al inicio del presente Considerando es una realidad que se impone al Juez a través de un razonamiento lógico y de experiencia.

En tal sentido es totalmente compartible lo fallado por el Homólogo de 2º. Turno en reiteradas oportunidades en cuanto a 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 inconstatable de que se los está 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" (entre otras, Sentencia No. 263 de 26 de Agosto de 2010).

Según el Dr. LANGON CUÑARRO en "Criminología y Derecho Penal", Ed. Del Foro, pág. 56, "Las personas" desaparecidas" no se encuentran privadas de la libertad, sino que en un período no muy lejano respecto a la fecha de su detención o fallecían en sesiones de tortura, o, excepcionalmente, eran muertas de propósito o, en otros casos, sus situaciones se " legalizaban" de distinta manera formándose a su respecto un juicio, de naturaleza militar, conforme a la legislación vigente (L. 14.068 / 72)". Y subraya el precitado Profesor y Defensor actual en ésta causa: "las personas secuestradas, aprehendidas, detenidas o arrestadas hace más de veinte años (en la realidad, como vimos en muchos casos más de treinta), no están privadas de libertad, sino que han muerto en fechas muy cercanas a las de sus detenciones efectivas, y por lo tanto es una insidia jurídica, una aberración lógica, sostener lo que no es conforme a la realidad de los hechos" (ob. Cit. Pág. 66).

Entonces, todos esos elementos considerados globalmente que vienen de exponerse "ut supra" son los que conducen a ésta Sala a concluir, tal como se adelantó, que está plenamente probado que a BB se le dio muerte los primeros días del mes de Noviembre de 1976 en dependencias del Servicio de Material y Armamento por parte de personal militar.

FRAMARINO DEI MALATESTA en su " Lógica de las pruebas en materia criminal", Vol. I, ed. 1973, pág. 61, sostiene que "si pretendiésemos que la certeza en materia criminal se estableciera siempre mediante la percepción inmediata y simple de la verdad, en una palabra, conforme a la unidad objetiva de su contenido, si quisiésemos que hubiera ausencia absoluta de razones negativas en la certeza que es necesario que posea el Juez como base de la condena, sería necesario entonces renunciar a la gran misión de la justicia punitiva, pues sería en extremo difícil hallar un caso que autorizara imponerle castigo al delincuente".

En crítica criminal no es a esa especie de certeza a la que debe referirse el convencimiento judicial, pues no se exige la ausencia absoluta de motivos divergentes.

Basta que haya motivos convergentes y motivos divergentes, esto es, que exista la objetividad de lo probable, con tal que ésta haya sido sellada mediante una especial determinación subjetiva, sin la cual no saldríamos de lo probable.

La determinación subjetiva que nos hace salir de la probabilidad y que nos abre el camino de la certeza, consiste en el rechazo racional de los motivos que nos separan de la credibilidad”.

V) Que íntimamente relacionado con lo expuesto en el Considerando anterior cabe analizar otro de los agravios del Sr. Defensor y es en cuanto a que, según sus afirmaciones, ni siquiera los hechos que fundan la sentencia recurrida están contenidos en la acusación fiscal.

A juicio del Colegiado la acusación fiscal de autos cumple con las exigencias del CPP, los hechos que dan mérito a la imputación de Homicidio están contenidos en ella y para nada se vieron comprometidas las garantías del encausado.

Es de suma importancia para dilucidar correctamente este tema tener presente por un lado cuales son los hechos que resultan probados (nal. 1º. Art. 239 CPP) y por otro cual es la valoración que de los mismos realiza la Fiscalía, sin que ambas cuestiones puedan confundirse.

La valoración que de la prueba colectada realiza el Ministerio Público en su demanda acusatoria no puede, en manera alguna, constreñir al órgano jurisdiccional respecto del cual prevalece el principio “ iura novit curia”.

En autos, la Sra. Fiscal Letrado Nacional actuante, al deducir la demanda acusatoria, solicitó la condena de AA “como autor de un delito de DESAPARICION FORZADA DE PERSONAS, a la pena de VEINTE (20) AÑOS DE PENITENCIARIA, con descuento del tiempo de preventiva sufrida y de su cargo las prestaciones legales que correspondieren” (fs. 1750),

A pesar de ello, a fs. 1744 sostiene que “ es claro que, a esta altura, no se piensa que los detenidos desaparecidos estén vivos”; a su vez a fs. 1747 de la acusación la Fiscalía señala que “ como extensamente viene de relacionarse la acusación se formulará en base al delito de desaparición forzada de personas.

Si esa tipificación no se considerara ajustada a los hechos descriptos, únicamente la figura del delito de homicidio muy especialmente agravado (art. 312 del Código Penal), podría comprender la inusual gravedad de los hechos descriptos”.

E incluso es importante destacar que, en el correr de su contestación de agravios y de adhesión al recurso de apelación, el Ministerio Público dice a fs. 2190 que “ ... aunque en el dictámen acusatorio reclamé – insistiré en esa postura – la aplicación de la figura de la desaparición forzada, también es innegable que la muerte de la detenida es la posibilidad cierta y que, de no admitirse la desaparición forzada, cabría solamente la de homicidio muy especialmente agravado”.

Y es más, al adherirse al recurso de apelación la Fiscalía no se agravió por los hechos dados por probados en la sentencia de primera instancia que, como ya se expuso, comprendía expresamente la muerte violenta de BB, sino que se limitó a discrepar con la calificación jurídico penal realizada.

O sea que lo que ha sucedido en autos es que la Sra. Fiscal Letrado se ha inclinado legítimamente por la calificación de los hechos como delito de Desaparición forzada, porque “ éste tiene sus características especiales” (fs. 1744) y las otras figuras penales – tradicionales por llamarlas de alguna forma – “ no son aptas para encuadrar el complejo fenómeno de la desaparición forzada” (fs. 1745), pero inmediatamente aclara que “ la del homicidio muy especialmente agravado es la única alternativa posible en caso de que no se acepte la que la Fiscalía reclama “ (fs. 1745 – 1746).

Por ello, se entiende que la imputación de Homicidio muy especialmente agravado estaba contenida en la demanda acusatoria y, si en el marco de la legal valoración de la prueba el Tribunal actuante la considera plenamente probada está legalmente habilitado para hacerlo sin contrariar para nada el principio de congruencia.

Tampoco en ésta hipótesis se está coartando la posibilidad de una efectiva controversia de parte de la Defensa así como de ofrecer la prueba que estimare del caso.

Como prueba de ello debe tenerse presente que en los hechos de autos la Defensa, al tanto de la totalidad de la demanda acusatoria – la que analizó como corresponde en su integralidad y no en forma segmentada -, impetró una solución absolutoria destacando su “rechazo con todo énfasis toda responsabilidad penal que pretenda atribuirse al Dr. AA ya sea por homicidio, privación de libertad o desaparición forzada de personas en cualquiera de sus hipótesis” (fs. 1763).

VI) Que, en lo que se refiere a otro de los agravios de la Defensa, en cuanto a la no intervención de AA en los hechos delictivos que se le imputan por el “a quo”, tampoco se entienden de recibo.

En oportunidad de pronunciarse sobre la apelación del auto de procesamiento éste Tribunal realizó un relato cronológico de cómo se fueron dando los sucesos relacionados con BB a nivel de las relaciones internacionales y dejando en evidencia la activa participación en la emergencia del Ministerio de Relaciones Exteriores – cuyo Ministro era el encausado AA -, que es sumamente ilustrativo.

Allí se dijo:

“ a) que el 28 de Junio de 1976, alrededor de las 10.30 horas de la mañana, ingresó en el jardín de la Embajada de la República de Venezuela una mujer gritando y solicitando asilo político. Al salir los diplomáticos vieron que detrás de la misma habían ingresado varias personas de las cuales uno de ellas en forma violenta sacó a la mujer hacia el exterior. En el forcejeo incluso resultó lesionado el Consejero de la Embajada Sr. EE. La mujer, que en definitiva luego fue identificada como la maestra BB, fue introducida en un automóvil Volkswagen cuya matrícula terminaba en 714 y conducida a un lugar desconocido.

El Señor Embajador de Venezuela, Julio Ramos, de inmediato se comunicó, vía telefónica primero y luego personalmente en el Ministerio de Relaciones Exteriores, con el Señor Subsecretario Michelin Salomón planteándole su queja por la flagrante violación de la inviolabilidad de la sede diplomática de su país (Memorandum del Anexo I Libro 1 de documentos de la investigación realizada por la Dra. Flores en el Ministerio de RR EE fs. 5 y nota del Señor Embajador de Venezuela de fs.2 fechada el 29 / VI / 1976).-

En forma inmediata el Dr. Michelin Salomón, antes de que se retirara el Sr. Embajador, llamó por teléfono a la Presidencia de la República y al Ministro del Interior. Una vez que se había retirado el Embajador, el Ministro del Interior informó a Michelin Salomón que no podía brindar ninguna información sobre la denuncia del Embajador ya que a través de la Policía y de las otras reparticiones, no tenía registrado ese episodio (Declaraciones de Michelin Salomón fs. 376 y vta.).

b) El día 29 de julio el Sr. Subsecretario Dr. Guido Michelin Salomón y el Sr. Director para Asuntos de Política Exterior Embajador Alvaro Alvarez visitaron en su residencia al Sr. Embajador de Venezuela poniéndole en conocimiento del resultado de las diligencias practicadas por las autoridades competentes (Ministerio del Interior) lo que le fue reiterado al día siguiente por el Sr. Ministro de Relaciones Exteriores Dr. AA (véase en el Anexo mencionada en el lit. b fs. 14).

El mismo día 29 de junio el Embajador de Venezuela recibió la visita del Comisario de la Dirección Nacional de Información e Inteligencia Pablo Fontana Zunino, quien le manifestó al Embajador su desconocimiento de detención alguna de los jardines de la embajada o que las" Fuerzas Conjuntas" hubieran hecho operativo alguno de la especie (Anexo documental mencionada en b, fs. 5/6 informe de Fontana al Jefe de Policía sobre entrevista con el Embajador de Venezuela).-

Ese mismo día 29 de junio de 1976 la Embajada de Venezuela remite su primera nota al Ministerio de Relaciones Exteriores (fs. 2 Anexo mencionado) en la que reitera la denuncia efectuada el día anterior en cuanto a los hechos ocurridos en el jardín de su sede, protesta por la violación de su sede diplomática y exige como reparación la entrega de la señora sustraída. De esta nota el Ministerio de Relaciones Exteriores remitió copia al Ministerio del Interior. A dicho Ministerio el mismo día se le remite, por parte de Jefatura de Policía de Montevideo copia del informe del Comisario Fontana, quejándose, en el correspondiente oficio, de los cargos formulados por el Sr. Secretario de la Embajada Venezolana contra la Policía que consideran infundados (fs. 4 de la multimencionada Pieza) y luego por nota del Ministerio del Interior a Relaciones Exteriores se reclama enérgicamente por las manifestaciones de funcionarios de la Embajada y hace saber que se sancionó y se está tramitando sumario al funcionario policial de guardia; en la Embajada cuando los hechos.

c) El 1º de julio de 1976 la Cancillería contesta la nota de la Embajada de Venezuela (fs. 13/16 del Anexo mencionado) en la que hace saber que de las diligencias cumplidas surgía claramente que del incidente ocurrido no le cabía responsabilidad alguna a ninguna dependencia oficial.

Por su parte, el mismo día el Sr. Presidente de la Republica Dr. Alberto Demicheli envía a su par venezolano telegrama en que le hace saber el pesar y repudio del gobierno por el lamentable incidente y el propósito de agotar los esfuerzos para lograr que las investigaciones para individualizar y castigar a los culpables den resultado (fs.11 mencionada pieza de documentos).-

El mismo día llegó a Montevideo el Embajador uruguayo en Venezuela Julio César Lupinacci, quien se decidió a viajar por " el clima de tensión que se vivía en Caracas" que " era cada vez mayor, con grandes titulares en los

diarios, manifestaciones en el Parlamento de distintos grupos políticos... era un problema muy grave y que podría terminar mal “.-

El propio Presidente de la Republica Carlos Andres Perez expreso que si no devolvían a la señora, se rompería relación con Uruguay” (Declaración de Lapinacci fs. 400/401).-

d) El 2 de julio de 1976 el Embajador de Venezuela Julio Ramos remite una segunda nota al Ministerio de Relaciones Exteriores en la que ya debidamente instruido por su gobierno, en concreto solicita la identificación de la Sra. BB “... de 31 años de edad, de profesión maestra de escuela, cuya familia reside en la calle Los Jockeys urbanización El Hipódromo”, y también que se presente ante la misión diplomática el funcionario “Cacho” que según el Comisario Fontana es funcionario del Servicio de Información e Inteligencia, ello para aclarar cualquier duda acerca de la dama sacada del jardín como de la persona “que cometió tal tropelía” (fs. 17 mencionada Anexo de documentación).-

e) El 3 de julio de 1976 se constituye el Mayor del Ejercito Juan Alberto Lezama, con Escribano solicitado a la Asociación de Escribanos, en el domicilio de Los Jockeys urbanización El Hipódromo donde residen familiares de BB, labrándose un acta de la cual esencialmente surge que sus moradores habían sido visitados por funcionarios de la Embajada de Venezuela, conducidos a la sede de la misma donde les pidieron una foto de BB y que se la proporcionaron (Acta de fs. 19/23 de la mencionada pieza de documentos Anexo 1 libro 1).-

f) El mismo 2 de julio en que en el Ministerio de Relaciones Exteriores recibieron la segunda nota de la Embajada de Venezuela el Ministro AA ordena al Director de Política Exterior Embajador Alvaro Alvarez la confección de un Memorandum sobre “Conducta a seguir frente al caso Venezuela, desde el punto de vista de las relaciones internacionales”.

g) Es de interés destacar, cortando un poco el desarrollo de esta relación, que los hechos acaecidos en la Embajada de Venezuela en nuestro país el 28/6/1976 fueron puestos en conocimiento del Departamento de Asuntos Diplomáticos de Ministerio de RR. EE. de inmediato, mismo día de noche o a lo sumo a la noche siguiente.-

Dice FF a fs. 463 de la Pieza V de la Investigación realizada por la Dra. Flores de Sapriza por orden del Ministerio de RR. EE “... Recuerdo que los hechos acaecidos en la Embajada de Venezuela en nuestro país fueron puestos en conocimiento verbal del Departamento de Asuntos Diplomáticos a poco de ocurridos – dentro del mismo día o al día siguiente, no recuerdo exactamente sé que era por la noche con el objetivo de recabar todos los antecedentes posibles y que se encontrasen en el Dpto. sobre trámites que se derivan de la ruptura de relaciones diplomáticas con un país, a saber comunicaciones de estilo, declaración de persona non grata, encargaduría a terceros países...”.-

h) En días posteriores, entre el 3 y 5 de julio, AA convocó a una reunión a los tres Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas, Jefe del Esmaco y Ministro del Interior y a dicha reunión además de los mencionados concurren Alvaro Alvarez, Michelin Salomón y Julio Cesar Lupinacci.-

A partir de dicha reunión se precipitan los acontecimientos: el 6 de julio el Ministerio de RR. EE. emite un comunicado de prensa que es proporcionado a los medios por Alvaro Alvarez (fs. 57/60 Anexo 1 Lo.1.).-

Dicho comunicado esencialmente expresa pesar y repudio por el incidente, acusa al Embajador de Venezuela de pretender atribuir responsabilidad a miembros de la policía vestidos de civil sin tener elementos de prueba que avalaran su versión, haciendo además declaraciones públicas para propalar su versión infundada.- El mismo día el Ministerio de RR. EE. le remite nota a la Embajada de Venezuela declarando al Embajador persona "non grata" adjuntando a dicha nota otra Nro. 64/76 donde se incluyen antecedentes de BB y se informa que salió del país el 24/1/1976 (fs.31/52 de Anexo 1 Lo. 1 y fs. 134/142 de la Pieza V de la Investigación de la Dra. Flores).-

i) El 5 de julio de 1976 Venezuela adoptó la decisión de suspender las relaciones diplomáticas con nuestro país, lo que fue notificado el 6/7/1976 (fs. 61/63 Anexo 1. Lo.1).-

j) El 15 de Julio de 1976, el Ministerio de RR. EE. por circular C T 12/3 P instruye a las sedes diplomáticas de nuestro país los lineamientos de la conducta que deben observar en referencia al episodio con Venezuela, debiendo ajustarse en cuanto a los hechos "...al punto de vista del gobierno uruguayo expuesto en el comunicado de la Cancillería ..." acentuándose que se enfatizará sobre la responsabilidad del Embajador de Venezuela Julio Ramos y minimizará la suspensión de relaciones" (fs. 76/78 Anexo 1 Lo. 1).-". (fs. 524 – 529).

Sostiene el Sr. Defensor, fundando su agravio en tal sentido que AA, en su calidad de Canciller de la República en la época en que ocurren los hechos de autos, nunca supo que la mujer protagonista de los hechos ocurridos en la Embajada de Venezuela estuviera en poder de las autoridades uruguayas. En este sentido el encausado fue inducido en error por las autoridades competentes en quienes honestamente creyó, excluyéndose de plano todo accionar doloso,

Argumenta además que el memorandum del 2 de Julio es una mera hipótesis de trabajo, de ninguna forma puede inscribirse en proceso causativo de un delito de Homicidio, es más, puede ser considerado como el único hecho con potencialidad salvadora hecha a favor de la mujer.

Luego del estudio del cúmulo probatorio allegado al proceso la Sala entiende que tales expresiones coliden frontalmente con aquél y en éste aspecto se mantienen incólumes los fundamentos de su rechazo ya dados por este Colegiado oportunamente.

Así pues:

a) El Dr. AA fue Ministro de Relaciones Exteriores de la República desde fecha anterior al gobierno "de facto" y era miembro nato del Consejo de Seguridad Nacional (COSENA)

b) De sus declaraciones en sede judicial surge que de los hechos acaecidos en la sede de la Embajada de Venezuela el 28/6/1976 tuvo conocimiento casi de inmediato e incluso el 30/6/76 recibió en el Ministerio al señor Embajador de Venezuela Don Julio Ramos, cumpliendo con las responsabilidades correspondientes a su cartera y de su calidad de miembro del CO.SE.NA.

En efecto, como se ha dicho recibe en su despacho al Sr. Embajador de Venezuela el 30/6/76 comunicándole que diligencias varias practicadas por las autoridades pertinentes (Ministerio del Interior) no dieron resultados para

dilucidar el asunto, pero que se encareció "... la pronta información al respecto para responder el planteo del Embajador de Venezuela..." (fs. 466) y luego el 1º de julio contestó la nota de la Embajada del 29/6/76 donde manifiesta que de acuerdo a las informaciones recabadas no le cabía responsabilidad a ninguna dependencia oficial, ello congruente con el telegrama enviado por el Presidente de la República Dr. Demichelli al par de Venezuela Andrés Pérez, aunque manifestaba el pesar por el hecho y el propósito de agotar esfuerzos para dilucidarlo.-

c) Al recibir la segunda nota de la Embajada de Venezuela, AA ordena el Director de Política Exterior Alvaro Alvarez confeccionar un Memorandum sobre "Conducta a seguir frente al caso Venezuela, desde el punto de vista de las relaciones internacionales". En la confección de dicho memorándum colaboraron Guido Michelin Salomón, Julio César Lupinacci y el propio AA.-

El Memorándum se ordenó y confeccionó luego de recibir las dos notas de la Embajada de Venezuela y la información, monolítica de los servicios de seguridad de que no tenían detenida a la persona sustraída del jardín de la Embajada de Venezuela, posición sustentada oficialmente por el Presidente de la República en su telegrama al Presidente de Venezuela (véase texto del mismo a fs. 11 del Anexo 2 Lo. 1 mencionado).-

Siendo la prueba de cargo fundamental, en lo referido al conocimiento que tenía AA de que la detención de la Maestra BB en la sede de la Embajada de Venezuela fue obra de funcionarios dependientes de los servicios de seguridad oficiales, dicho "memorándum", además de otros indicios que lo corroboran, corresponde analizar el mismo a la luz del camino recorrido hacia el pasado en los numerales 2 y 3 de estos considerandos a la luz del "trozo de historia", en el lenguaje de Carnelutti, que se relató en dichos numerales.-

Este memorándum vino a conocerse en el decurso de una investigación practicada en el Ministerio de RR. EE. en agosto de 1987 por la Doctora Luján Flores, ordenada por el Canciller Enrique Iglesias ante una denuncia formulada por el Señor Nelson Lorenzo Rovira.

El mismo es un documento manuscrito, cuya fotocopia (testimonio) entre las varias ocasiones que aparece puede verse en la Pieza 4 de la Investigación del Ministerio de RR. EE. efectuada por la Dra. Flores a fs. 385/389 y su transcripción mecanografiada a fs. 392/395, se confeccionó el 2/7/1976; fue reconocido como de su autoría por el Embajador Alvaro Alvarez y, además obra la pericia del calígrafo Pedro M. Achard que establece que es obra gráfica de Alvaro Alvarez.-

El "memorándum" a decir de Alvaro Alvarez le fue cometido por el Ministro (AA) con el encargo de que en él "...se recogiera o se determinara cual era la posición de la Cancillería sobre los hechos denunciados, que pasaron a constituir al caso Venezuela, desde el punto de vista estrictamente de las relaciones internacionales". Se intercambiaron ideas con AA, Michelin Salomón y Lupinacci "... y siguiendo las indicaciones del Sr. Ministro, preparó un borrador..." dice Alvaro Alvarez (fs. 357); luego "... fue considerado por el grupo... quienes formularon una serie de precisiones, aditivos y enmiendas que luego de ser aceptadas por todos, particularmente por el Sr. Ministro, fueron asentadas en el borrador..."-.

De la copia mecanografiada mencionada (fs. 392 y ss. de la Pieza IV, investigación de la Dra. Flores) se extrae sin dificultades la estructura de ese documento o "memorándum".

Veamos:

Título: “ Asunto: Conducta a seguir frente al caso Venezuela desde el punto de vista de las relaciones internacionales”.

“1) Elementos que delimitan el asunto”.

Aquí se cita la nota del 29/6/76 de la Embajada de Venezuela; respuesta del Ministerio de RR. EE. del 1/7/76 a la nota anterior; telegrama del Presidente de la Republica y nota de la Embajada de Venezuela del 2/7/76.-

“2) Alternativas de accion:...

a)entregar a la mujer

b)no entregar a la mujer”

“3) Analisis de los dos géneros de alternativas

a) No entregar a la mujer “ y luego de señalar la ventaja de no entregar la prueba del acto ilícito y evitar las declaraciones de la misma, se analizan las desventajas en 7 numerales.

“b) Entregar la mujer” y se analizan las ventajas en 3 numerales y las desventajas en 4 numerales, efectúa precisiones y concluye que “nos inclinamos por el género de alternativa basado en la entrega de la mujer”.-

El numeral primero del memorándum contradice la afirmación de AA a fs. 365, de que a dicho memorándum lo ordenó “... Basándose ese trabajo en las informaciones y comunicaciones recibidas por parte de la Embajada de Venezuela...” para luego agregar “... el punto de la Cancillería se amoldó al planteo que efectuara Venezuela y el documento de trabajo interno está basado justamente en esos presupuestos determinados por las comunicaciones de la Embajada de Venezuela...”.-

En efecto, en dicho numeral se es explicito que además de esas comunicaciones de la Embajada de Venezuela se tuvo en cuenta para delimitar los extremos del trabajo la propia nota del Ministerio de RR. EE. a la Embajada donde se negaba responsabilidades del gobierno uruguayo en el episodio y el telegrama del Presidente de la Republica que avalaba tal posición.-

En el numeral 2 del Memorándum se desmiente explícitamente la declaración de AA supra transcripto, desde que en dicho numeral se es terminante en señalar que las consideraciones del “caso Venezuela” esta “delimitado por los instrumentos mencionados en el párrafo 1 y luego indica las alternativas: entregar o no entregar a la mujer.-

La alternativa que plantea el numeral 2 del Memorándum, en el contexto de la propia documentación que el memorándum dice se tuvo en cuenta, y en el contexto histórico que se relacionó con cierta detención en el numeral 2 de estos considerandos, aparece como absurda, cuando menos. Si el Ministro AA conocía la monolítica negativa,

firme y terminante de los Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas, del Jefe del Estado Mayor Conjunto y del Ministro del Interior respecto a cualquier participación de sus fuerzas en el episodio acontecido en el jardín de la Embajada de Venezuela ¿Por qué eligió sólo esas dos alternativas de actuación para nuestro país? No corresponde olvidar que el memorándum era para llevar a la reunión que convocó como miembro del COSENA y en la que participarían los integrantes del mismo o sea los mencionados Jefes y Ministro del Interior que negaban tener a la mujer.-

Ello, obviamente, tiene una única explicación, AA previó esas únicas alternativas para llevar a la reunión porque tenía personalmente conocimiento que la persona sustraída violentamente del jardín de la Embajada estaba en poder de las fuerzas de seguridad.-

Ese conocimiento se ve indirectamente corroborado por la declaración de José Luis Remedi, quien declara a fs. 463 de la Pieza V de la Investigación de la Dra. Flores, del conocimiento que se puso del hecho al Dpto. de Asuntos Diplomáticos con el encargo de buscar antecedentes sobre trámites de ruptura de Relaciones Diplomáticas, declaraciones de persona "non grata", etc. (véase literal g del numeral 2 de estos Considerandos).-

Si no se sabía que fuerzas de organismos de seguridad oficiales habían sustraído a la mujer del jardín de la Embajada de Venezuela ¿por qué ya el 29 de junio a mas tardar, se disponía buscar antecedentes sobre ruptura de relaciones diplomáticas y declaración de persona "non grata"?.- Si se contemplaba la hipótesis de que la mujer había sido sustraída por delincuentes comunes o grupo subversivo ¿para que pensar en la posible ruptura de relaciones diplomáticas con un país tradicionalmente amigo?

Pero, el conocimiento de que habían sido funcionarios de organismos de seguridad oficiales quienes sustrajeron a la mujer, además se ve corroborado por el propio Memorándum cuando en el numeral 3º al contemplar la hipótesis de "no entregar a la mujer" comienza por anotarse "No puede persistirse en la posición de alegar que la acusación venezolana carece de elementos de juicio ante las determinaciones concretas contenidas en la última nota de Venezuela".-

AA alega que esta expresión era una hipótesis de trabajo para "... el caso que dentro del gobierno hubiera una discusión al respecto... se trataba de prever posibles elementos de discusión al respecto" (fs. 368).-

Esa justificación es absolutamente inaceptable. Los criterios de razonabilidad armonizados con el natural acontecer de las cosas (si se quiere, la sana crítica Art. 174 del C.P.P.) no permiten admitir tal explicación y convencen que AA convocó a los restantes gobernantes "de facto", con pleno conocimiento de que en manos de los servicios de seguridad oficiales estaba la mujer sustraída, y lo consignado en ese documento reflejaba su fiel conocimiento y convicción.-

En lo referido al tercer numeral del memorándum donde se analizan las dos alternativas planteadas, las ventajas y desventajas de una u otra, sólo cabe decir que el memorándum concluye con la recomendación de devolver a la Embajada de Venezuela a la mujer y que llevado el memorándum a la reunión convocada, reunión que se llevó a cabo en la sede del ESMACO y estuvieron presentes los tres Comandantes en Jefe de la FF. AA., el Ministro del Interior y AA, Julio Cesar Lupinacci, Guido Michelin Salomon y Alvaro Alvarez, se volvió a recibir la negativa por

parte de las fuerzas armadas y policiales de tener implicancia en el incidente de autos. Lupinacci dice que fueron precisos los mencionados jerarcas, en asegurar que ninguna dependencia oficial y ningún agente dependiente participó en los hechos denunciados por la Embajada de Venezuela por lo que no fue posible considerar el memorándum.

En otro aspecto, corroboran el conocimiento de AA sobre la certeza de los hechos denunciados por la Embajada de Venezuela, también las declaraciones de sus inmediatos colaboradores. Así Michelin Salomón a fs. 381 es claro: “... no dudábamos de lo que la Embajada venezolana nos transmitía, pero chocábamos contra una pared, una negativa total ...”.

Lupinacci, a su vez a fs. 403 dice “... existía una persona que había sido llevada por desconocidos y no se sabía nada más de ella. Todos reconocíamos los hechos pero no sabíamos quien era” y por su parte Alvaro Alvarez a fs. 362 dice en referencia a lo anotado en el numeral 3 de Memorándum de que no se podía negar la denuncia de Venezuela que “... todos los integrantes del grupo compartimos los términos. Nosotros partíamos de la base que lo que decía el Embajador de Venezuela era verdad, no podíamos pensar que lo que decía el Embajador extranjero no fuera cierto ...”.

En definitiva el ex Ministro de Relaciones Exteriores de la República, Dr. AA, en lo referido a este episodio de sustracción de una mujer, que resultó ser BB, de los jardines de la Embajada de Venezuela por personal de los servicios de seguridad oficial, tuvo pleno conocimiento. Ello se plasmó en el Memorándum, no obstante la negativa de los responsables.” (fs. 531 – 538).

Debe tenerse presente además que AA, en su calidad de Ministro de Relaciones Exteriores y “ miembro permanente “ del Consejo de Seguridad Nacional (art. 6 DL 14.157), estaba plenamente al tanto de las denuncias que por secuestros, detenciones ilegales y desapariciones de personas ocurrían en el Uruguay no solamente por “ comentarios extraoficiales” que circulaban a nivel de la Sociedad sino también por concretas denuncias realizadas en reconocidos ámbitos internacionales.

Tampoco puede admitirse que AA “ fue inducido en error “ por los militares, puesto que aquél – en su carácter de Canciller – debió informar en reiteradas oportunidades a organismos internacionales por denuncias concretas de desapariciones o muerte de detenidos por causas no explicadas, siendo el enjuiciado quien supervisaba o redactaba esas contestaciones, impartía las órdenes a todo el Servicio Exterior y representaba a nuestro país en eventos internacionales negando tales violaciones a los derechos humanos.

O sea que claramente mal puede considerarse una “ mera hipótesis de trabajo” al multicitado memorándum el que, analizado teniendo presente la preponderante posición institucional del encausado y su profundo conocimiento de la realidad uruguaya, se transforma en una de las piezas fundamentales de la responsabilidad atribuida.

El enjuiciado, luego de la calificada reunión donde se tratara el memorándum presentado por él - en el que se exponían detalladamente analizadas todas las ventajas y desventajas de cada una de las dos opciones presentadas (incluso la de seguir cometiendo una conducta delictiva de, por lo menos, privación ilegítima de libertad) -, le imprime un giro abrupto a la posición por él allí sustentada sin que ningún hecho aparente lo justificara.

Así pasó, como viene de verse, de considerar positivamente la denuncia de la Embajada de Venezuela a declarar a dicho Embajador “ persona non grata” acusándolo conjuntamente con el Consejero de esa Misión Diplomática de haber “ violado flagrantemente la soberanía nacional y lesionado gravemente la dignidad del pueblo y Gobierno Uruguayo” y a instruir a todas las sedes diplomáticas uruguayas que respecto a éste “ incidente” se actuará ajustándose a lo expuesto en comunicado de la Cancillería enfatizando la responsabilidad del Embajador venezolano y minimizando la actual situación de relaciones suspendidas” (fs. 35, 76 – 78 del Anexo I, Libro I).

Por esa cooperación directa de AA en el período de la consumación del delito imputado, llevando a cabo acciones para distorsionar la realidad y no “ por el mero hecho de haber ocupado durante el período excepcional (alteración institucional o dictadura) el cargo de canciller de la República” (fs. 2128), es que se considera que aquél debe responder penalmente por el delito de Homicidio muy especialmente agravado en calidad de coautor (art. 61 nal.3 CP).

VII) Que también la Defensa se agravia porque considera que inclusive, aunque el Tribunal entendiera que es procedente la imputación del delito de Homicidio en autos, el mismo a todas luces está prescrito, aún descontando el período dictatorial no encontrándose además fundamentos legales ni de hecho que avalen recurrir a la ampliación del plazo prevista por el artículo 123 CP.

En este tema la Sala ya tiene posición, la que mantendrá en el caso de autos por entender que los argumentos desplegados no tienen la fuerza convictiva necesaria para su modificación.

Así ya ha sostenido en varios fallos que : “...Conocida es la corriente jurisprudencial mayoritaria en materia civil que en procesos de responsabilidad contra el Estado por hechos acaecidos durante el gobierno de facto y causados en el régimen entonces existente, no ha computado el período 27.6.973 a 1.3.985 a los efectos de la caducidad de la pretensión reparatoria ex art- 39 de la ley N° 11.925, con fundamento en el art. 321 del CPC y en el art. 98 del CGP, colocados ambos como principios pertenecientes a la órbita de la Teoría General del Derecho y como expresión de garantías de orden constitucional correspondientes a la personalidad humana (art. 72 y 332, Constitución) (Cf. TAC 2º T sent. 124/90; TAC 4º T, sent. 107/90; TAC 5º T, sent. 38/90; TAC 6º T sent. 165/90, entre otras muchas).

La cuestión medular se presenta al pretender extrapolar tal corriente jurisprudencial al ámbito del Derecho Penal, inclinándose la Sala, atendidas las particularidades del caso concreto, por la solución afirmativa...”

No puede perderse de vista que al propiciar esta solución el Tribunal se funda en que los hechos denunciados se realizaron desde el poder étático, con funcionarios pertenecientes a sus cuadros y apoyados logísticamente por el mismo, y que actuaban desde las penumbras del mismo en una ofensiva que fue marcando el camino para el golpe de Estado ulterior.

Como se sostuvo en sentencia interlocutoria N° 565/2007 de la Sala, “...la dictadura en nuestro país, más que una interrupción abrupta a la legalidad o asalto al poder, se trató de un proceso histórico gradual en el marco de una crisis del sistema político y de partidos, de la democracia y del Estado de Derecho, que se dio, principalmente, entre los años 1967 y 1973. Durante esa etapa, la represión y la violencia estatal fueron en aumento

progresivo hasta dar cima al golpe de Estado de 1973 (Cf. RICO, A. "15 días que estremecieron al Uruguay", Ed. Fin de Siglo, p. 16).

"Se trató de un golpe ejecutado por el propio Presidente constitucional de jure, que en dicho acto (autogolpe) deviene dictador de facto. No existió, pues, ni "usurpación" ni "vacío" sino "continuidad y "unidad del poder estatal, garantizadas por la permanencia de su titular y la continuidad de las funciones y decisiones concentradas en el Poder Ejecutivo, Estado (Fuerzas Armadas y Policiales) y la capacidad de gestión burocrático-administrativa ejercida en todo el territorio nacional a través de los poderes estatales locales (intendencias) y las regiones militares" (ob. loc. cit.).

Entonces, la "justicia" en este tipo de delitos no tenía interés en su funcionamiento efectivo durante el período referido: Los hechos denunciados, en definitiva, habían resultado funcionales a lo actuado posteriormente mediante decreto, y hasta su investigación constituía una contra propaganda al régimen instaurado y las acciones que se llevaban a cabo desde el mismo." (Sentencia No. 806 de 16 de Diciembre de 2010).

Y en cuanto a la elevación del término de prescripción en un tercio este Tribunal en Sentencia No. 565 de 10 de Setiembre de 2007, compartiendo lo sostenido por el Homólogo de 2º. Turno en Sentencia No. 70 / 2006, ha puesto de relieve que "...el art. 123 del CP para permitir la elevación de la prescripción en los delitos de homicidio, está resaltando el valor bien jurídico protegido (vida humana), colocándolo como baremo independiente.

El acento, de esta manera, no se pone en la persona del delincuente (reincidente; habitual), sino que se desplaza hacia elementos objetivos, cuales son la "gravedad del hecho en sí mismo y la naturaleza de los móviles..." (art. 123, citado).

Es de observar que Irureta Goyena en sus "Notas Explicativas" expresó que fue otra "...de las concesiones a los criminalistas del nuevo evangelio...", "...al sistema que aunque falto de lógica, es el único que permite defender a la sociedad..."

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

Y continúa la Sala de 2º Turno con cita de Florián "...el elemento físico del delito no tiene un significado por sí mismo, autónomo, sino que debe entenderse más modestamente como signo y manifestación de la personalidad y la peligrosidad del delincuente, en función de tal. El delito es un hecho que revela al hombre: dentro del hecho se encuentra el hombre. El hecho por tanto debe considerarse en relación al sujeto..."

El juicio de peligrosidad exigido al juez por el multicitado art. 123, entonces, necesariamente, "ha de diagnosticarse teniendo en cuenta el valor sintomático que representa la gravedad del hecho cometido", puesto que el hecho revela al sujeto, "...dentro del hecho cometido se encuentra el hombre..."

Por lógica consecuencia, la evaluación de la peligrosidad no habrá de atenderse a parámetros presentes, sino que debe estimarse las "...coordenadas de evaluación contemporáneas a la fecha de comisión del delito".

Debe significarse coadyuvantemente que "...el punto de partida del plazo prescripcional es a la fecha de comisión del delito, momento en el que queda fijado, cristalizado, adquiriendo –y de conformidad al art. 117 del CP- la calidad de inmutable.

Entonces, a contrario de lo que postula la Defensa, el plazo de prescripción no habrá de depender de los vaivenes de la vida del particular sujeto, sino que habrá de guardar relación con el delito y sus motivos, aquilatando al sujeto desde el punto de vista de sus hechos criminales.

De apoyarse la interpretación de la Defensa, quedaría carente de contenido la exigencia normativa en punto a la evaluación de la gravedad del hecho homicida –en sí mismo- y sus móviles, aspectos ambos que de regla deben ser observados al tiempo de su comisión...".

Y tales elementos resultan palmarios en infolios, toda vez que referimos a crímenes cometidos por una política de terrorismo de Estado que se dirigía a la persecución de personas poseedoras de una determinada ideología".

VIII) Que, por último la Defensa apelante aboga porque se declare a AA amparado por la Ley 15.848 lo que tampoco se entiende de recibo.

El artículo 1º de la Ley 15.848 establece que: " Reconócese que, como consecuencia de la lógica de los hechos originados por el acuerdo celebrado entre partidos políticos y las Fuerzas Armadas en agosto de 1984 y a efecto de concluir la transición hacia la plena vigencia del orden constitucional, ha caducado el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado respecto de los delitos cometidos hasta el 1º de marzo de 1985 por funcionarios militares y policiales, equiparados y asimilados por móviles políticos o en ocasión del cumplimiento de sus funciones y en ocasión de acciones ordenadas por los mandos que actuaron durante el período de facto".

La antes mencionada norma legal determina en forma taxativa temporalmente respecto aqué hechos delictivos y de qué funcionarios son los que el Estado renuncia a su pretensión punitiva.

El encausado no revestía en la especie la calidad de militar, policía, equiparado o asimilado ...", por lo que como " civil" mal puede pretender estar incluido en la misma. Y consecuentemente, al no reunir AA las condiciones del artículo 1º de la precitada Ley, no correspondía realizar consulta alguna previa al Poder Ejecutivo, tal como se resolvió ya por providencia No. 118 de 4 de Junio de 2002 (fs. 427 – 428), la que no fuera oportunamente impugnada.

IX)) Que la distinguida representante del Ministerio Público, por su parte, al adherirse al recurso de apelación centró su agravio en la calificación delictual imputada en la sentencia de primera instancia, abogando por la revocación de la misma en ese aspecto acogiendo en definitiva la imputación de Desaparición forzada.

El Tribunal, con la presente integración, no comparte la tipificación que de los hechos realiza la Sra. Fiscal Letrado e irá a confirmar la recurrida también en ésta cuestión.

En materia del análisis del ámbito temporal de validez de la ley penal, se pueden dar diversas hipótesis de sucesión de leyes que obligan a pronunciarse con qué norma legal debe juzgarse un hecho.

Como derivado del artículo 10 de la Constitución de la República surge el principio de legalidad, del cual se desprende la necesidad de que una ley escrita, estricta, previa y cierta establezca los delitos y su penalidad.

Evidentemente que la Ley 18.026 del año 2006 creó un nuevo tipo penal, que presenta diferencias sustanciales con los “ tradicionales” – por llamarlos de alguna forma - tanto, entre otros aspectos, en cuanto a los bienes jurídicos protegidos, la estructuración del mismo, los sujetos activos e incluso habilitando la imposición de penas más gravosas que las de las figuras anteriores así como la imprescriptibilidad de las novísimas figuras.

Por ende, se considera que esa ley contemporánea que contiene una nueva incriminación delictual más gravosa, no puede aplicarse a hechos delictivos anteriores a su vigencia, ya que el comienzo de ejecución – momento que debe tomarse en consideración - de los hechos que se tienen por debidamente probados en autos, es previo a la tipificación realizada por la multicitada Ley 18.026 en sus dos modalidades; con lo cual si se aplicara a aquellos la nueva normativa ello implicaría una vulneración del principio cardinal de reserva de la necesidad de una “ ley previa”: “ nullum crimen nulla poena sine praevia lege.

O sea que, evidentemente el Derecho seleccionado por el acusador público para calificar la conducta delictiva juzgada no vincula al Decisor – “ iura novit curia” - y aquél se descarta en la especie por razones de legalidad, la imposibilidad de imponer un ilícito más perjudicial para el justiciable en forma retroactiva, pero en especial por la muerte de Elena BB porque el presupuesto de permanencia del delito decae ante la certeza del fallecimiento el que, como ya se expuso, acaeció mucho antes de la vigencia de la nueva Ley.

Como sostiene LOPEZ DIAZ en “ Desaparición forzada de personas. Análisis comparado e internacional”. Coordinador AMBOS Kai. Bogotá 2009, págs. 89 y 98, citada por la Sala Penal de 2º. Turno en sentencia No. 263 de 26 de Agosto de 2010: “ si la víctima ya no está viva ya no puede decirse que el delito se siga consumando porque no hay sujeto pasivo de éste y porque el autor no tiene más dominio del hecho para mantener privado de la libertad a un ser humano que no existe”.

Así pues, hoy ya no hay incertidumbre sobre el destino o la “suerte” de Elena BB – más allá de que no se hayan encontrado sus restos -, el que no fue otro que la muerte, por lo que tampoco existe adecuación típica de la conducta imputada en la figura delictiva reclamada por la Fiscalía.

Asimismo la Suprema Corte de Justicia en Sentencia No. 1501 del 6 de Mayo de 2011 se pronunció en igual sentido.

Falló la Alta Corporación, por legal mayoría, que no es aplicable a casos como el de autos el ilícito de Desaparición Forzada en cuanto el mismo “ ... fue creado por el artículo 21 de la Ley No. 18.026, de fecha 25 de setiembre de 2006, es decir que al no existir la norma al momento de ejecutarse los hechos a juzgar, no corresponde su aplicación en forma retroactiva, pues ello resultaría en franca vulneración a lo dispuesto en el art. 15 inc. 1 del Código Penal y a los pilares básicos en que se fundan los principios que rigen el Derecho Penal.

En la medida que ello, constituye un requisito inherente a la prohibición penal derivada del artículo 15 inc. I. del C.P., que está especialmente consagrado por una norma de derecho internacional, como lo es el Pacto de San José de Costa Rica, que es Ley nacional (No. 15.737) y que literalmente expresa que: "Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la Ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello".

En doctrina se ha expresado que: "... la irretroactividad de la Ley penal es un principio liberal o garantía implícita en el art. 72 de la Constitución, que deriva, además, indirectamente, del principio de libertad, expresamente proclamado en el art. 10 inc. 2 de la Carta. Asimismo, está íntimamente vinculado a la seguridad, valor aludido en el art. 7 y también comprendido en el art. 72 de la Constitución... (Alberto Ramón REAL, "Los principios generales de derecho en la Constitución Uruguaya", Montevideo, 1965, pág. 53).

En igual sentido opinan JIMENEZ de ASUA y JESCHECK. Dice el primero que la no retroactividad de la Ley primitiva y la extra actividad de la Ley más favorable es máxima de Derecho Constitucional, que se deduce de la regla unánimemente reconocida de que los hombres deben ser juzgados y condenados por "Ley anterior a su perpetración" (Cf. "La Ley y el delito. Principios de Derecho Penal", Ed. Hermes, 1954, pág. 165).

Jescheck, por su parte, expresa que uno de los principios rectores del Estado de Derecho es el de que las normas que regulan un supuesto de hecho, no pueden luego modificarse en perjuicio de la situación jurídica del ciudadano pues, además, el delincuente, sólo puede motivarse por el mandato normativo cuando éste está configurado como Ley en el momento de la comisión del hecho. Por eso entiende que lo decisivo para la irretroactividad es la idea de la seguridad jurídica ("...Tratado de Derecho Penal. Parte General", Ed. BOSCH, Barcelona, vol. 1, pág. 184) (Sent. No. 70/97).

En las especiales circunstancias del caso, la Corte disiente con la posición de la Sra. Fiscal, que aduce que de acuerdo a lo previsto en el art. 28 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, no existía conflicto alguno para aplicar en obrados el delito continuado de Desaparición Forzada. Pues, en la medida que el art. 28 de la Convención de Viena establece que: "...Las disposiciones de un tratado no obligan a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte, ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo". Y, en ese sentido, no existe en nuestro derecho norma alguna que consagre esa intención diferente de aplicar retroactivamente las mismas a las desapariciones no resueltas, en tanto las Leyes Nos. 17.894 y 18.596 refieren, la primera, a la situación de las personas cuya Desaparición Forzada resultó confirmada por el anexo 3.1 del informe final de la Comisión para la Paz, a los sólo efectos de la apertura legal de la sucesión del ausente (art. 1.037 C. Civil) y la segunda a la Actuación Ilegítima del Estado entre el 13 de junio de 1968 y el 28 de febrero de 1985, a los sólo efectos reparatorios.

A su vez, tampoco se podría recurrir como también argumentó la representante del Ministerio Público a las normas del jus cogens, porque se coincide con el Fiscal de Corte que, es recién a partir de la ratificación de la Convención

Interamericana del año 1995, que se podía sostener su vigencia, siendo de aplicación para hechos acaecidos hacia el futuro (fs. 9.398).”.

X) Que en cuanto a las alteratorias convocadas en la primera instancia se entiende que son las que efectivamente correspondían.

XI) Que en lo que respecta a la pena, la misma contempla las pautas legales para la individualización de la misma establecidas en los arts. 50, 53, 80 y 86 del C. Penal, por lo que ninguna objeción merece a la Sala.-

Por los fundamentos expuestos, el Tribunal FALLA:

Confirmase la sentencia apelada .-

Y oportunamente devuélvase al Juzgado de origen.-