

Sentencia Nº 211

Ministro Redactor

Doctor Ángel M. Cal Shabán

Montevideo, 31 de Julio de 2012.

VISTOS:

Para interlocutoria de segunda instancia estos autos caratulados: **“A. A., G. C. Coautor de un delito de Homicidio muy especialmente agravado. I.U.E.: 87-10103/2002”**, venidos a conocimiento del Tribunal, en mérito al recurso subsidiario de apelación interpuesto por el Sr. Defensor Privado, Dr. Pedro Montano, contra la providencia Nº 686 de fecha 24/3/11, dictada por el Sr. Juez Letrado de 1a. Instancia en lo Penal de 1º Turno, Dr. Juan Fernández, con intervención de la Sra. Fiscal Letrada Nacional en lo Penal de 13º Turno, Dra. Adriana Costa.

RESULTANDO:

1º) Por la impugnada se dispuso el procesamiento y prisión del Sr. A. *“...como coautor de un delito de homicidio muy especialmente agravado”*. En extensa y argumentada intervención, concluyó que A. ordenó al personal de la Sala 8 del Hospital Militar que no atendieran médicamente al Sr. Luís Luzardo, a quien habían herido gravemente al momento de su detención, para que muriera sufriendo (fs. 1093 a 1143).

2º) En el mismo acto, la Defensa recusó al “a quo” e interpuso los recursos de reposición, apelación y nulidad.

Denunció al juez por ser parcial en el control del expediente, en la conducción del proceso, en el trato a las partes y en la apreciación de la prueba.

Y expresó agravios con fundamentos bajo los siguientes títulos:

a) *“El tiempo. Prescripción y falta de ‘legitimación pasiva’: el Tte. Gral. A. estaba sujeto al mando”*.

b) *“La prueba incorporada”*. Señala los *“defectos muy graves”* de la prueba recabada, que impiden considerarla como suficiente a efectos del art. 125 del C.P.P.

c) *“Los militares no daban órdenes a los médicos”*.

d) *“Luzardo estaba muy grave y fue atendido”*.

e) *“En la sala 8 había atención médica y de enfermería”*.

f) *“La autoría”*. El imputado no tenía motivo para ensañarse con Luzardo; no tenía jurisdicción en el Hospital Militar y se *“mostró proclive”* a que llevaran al paciente al extranjero para asistirlo.

g) *“El trato que recibían los pacientes detenidos era el que correspondía a un hospital penitenciario”*.

h) *“La Nulidad”*. Concluye que lo actuado en primera instancia es nulo, porque el magistrado violó su deber de imparcialidad.

Pidió la nulidad y subsidiariamente la revocación del procesamiento dispuesto (fs. 1148 a 1159).

3º) El Ministerio Público se expidió respecto a la recusación promovida y desechó los agravios, abogando con expresión de fundamentos por la confirmación de la recurrida (fs. 1164 a 1181).

4º) La Sala rechazó la recusación devolviendo la causa para retomar el trámite en lo pendiente (fs. 1184 a 1212).

5º) El *“a quo”* mantuvo la recurrida con expresión de fundamentos; se expidió respecto a un recurso de aclaración y ampliación opuesto por la Defensa y franqueó la apelación (fs. 1213 a 1289 y 1297 a 1308 y 1309, respectivamente).

6º) En esta Sede, citadas las partes, pasaron los autos a estudio y se acordó sentencia en legal forma (fs. 1312 y ss., respectivamente).

CONSIDERANDO:

I) La Sala, con la voluntad unánime de sus miembros naturales, revocará la atacada por considerar que la misma no cumple con los requisitos legales para sustentarla.

Para el Tribunal la prueba relevada a la luz de las reglas de la sana crítica, no reúne los elementos de convicción suficientes que habiliten el procesamiento dispuesto, ni aún con el carácter provisorio inherente al mismo (art. 125, 132 y 174 del C.P.P.).

En razón de orden y método se tratará primero lo atinente a eventuales nulidades, luego la prescripción invocada y finalmente los argumentos de mérito que fundan la revocación.

II) Formalmente, sin perjuicio de algunas puntualizaciones, la decisión se tomó al cabo de una instrucción preliminar que otorgó garantías a las partes, en marco de debido proceso legal (art. 113 del C.P.P.).

III) **Nulidad**. No es de recibo la nulidad invocada por la Defensa por violación al deber de imparcialidad del Juez de primer grado ni por violación al art. 113 del C.P.P. (art. 261 del C.P.P.).

La Sala rechazó de plano la recusación del “a quo” por extemporánea (fs. 1207 a 1208 vta.). No obstante, revisando los motivos de la misma a efectos de la nulidad denunciada por indefensión, se concluye que el Juez no violó su deber de imparcialidad en caso en que el impugnante no coincide con la valoración de la prueba (art. 174 y 101 N° 3 y 4 del C.P.P., respectivamente).

Tampoco resulta que haya sido influenciado en su decisión por las partes, los denunciados o terceros (art. 94 de la Ley 15.294). Que no se coincida con su valoración -cuando la misma fue argumentada y sin que surjan elementos que indiquen que fue parcializada y por ende despreciable- o se imputen defecciones al magistrado en la valoración, no afecta

por si la imparcialidad del mismo ni coloca al indagado en indefensión (art. 97 y ss. C.P.P.).

Las particularidades de la instrucción judicial del caso, en la que participaron activamente los denunciadores que -además- se reputaron correctamente como “testigos necesarios”, no enerva la conclusión al punto de la nulidad. Es así, por más que sea evidente que los profesionales de los denunciadores asumieron un rol protagónico en la instrucción judicial preliminar que el Sr. Juez no limitó conforme a sus facultades en régimen vigente del art. 113 del C.P.P., en el cual el juez es director con facultades inquisitivas (art. 113, 114, 115 y 133 del C.P.P.). Nótese que toda la prueba ofrecida por los denunciadores fue admitida y su diligenciamiento controlado por los mismos (tanto que se reiteraron interrogatorios a testigos, para que pudieran participar los profesionales de los denunciadores que no fueron autorizados a tal extremo por el juez subrogante; fs. 459 y ss.). En consecuencia, si bien la actividad de la víctima y del denunciador no está excluida en el régimen actual, tratándose de doctrina más recibida al estar prevista en el art. 74 de la Ley 16.893 cuya aplicación está suspendida legalmente, el juez instructor no está exonerado ni eximido de sus facultades inquisitivas ni de director del proceso penal a cargo de la instrucción preliminar en el régimen vigente, aún en causas como la presente. Por otro lado, la Ley 18.026 publicada el 4/10/06, que prevé la participación de las víctimas en los procesos por crímenes de guerra o de lesa humanidad, no estaba vigente al tiempo de la instrucción de los hechos que se examinan, por lo que mal podía ser fundamento para aplicarla antes de su existencia, como propone el “a quo”.

Pero aún con dichas observaciones, no puede concluirse que el Juez violó el art. 113 del C.P.P., en caso en que la Defensa tuvo todas las oportunidades procesales para controlar el trámite, proponer prueba -

como efectivamente hizo- y asistir a las diferentes diligencias probatorias en ejercicio del derecho de defensa técnica y material del imputado. Al respecto no se advierte diferencia de tratamiento procesal en la que se pueda fundar nulidad por indefensión u otra causa legal (art. 260, 97 y ss. del C.P.P.).

Finalmente, la Defensa invoca como indefensión la imposibilidad de acceder al Magistrado luego de la ratificatoria y que el imputado no haya firmado dicha acta, lo que no se hizo constar como correspondía. Ello es también observable por lo que viene de decirse, pero no constituye causa de nulidad de una audiencia en la que el imputado y defensa participaron activamente (fs. 1092; art. 97, 101 y 104 del C.P.P.)

IV) Prescripción. No es de recibo la excepción, porque si bien el caso no está comprendido en los supuestos de la Ley N° 18.831, la prescripción fue interrumpida útilmente.

En efecto; el hecho aparentemente ilícito atribuido al apelante se consumó el 12/6/73 con la muerte del Sr. Luzardo; esto es, hace más de 30 años, antes del quiebre institucional. Estaban vigentes las garantías ordinarias y extraordinarias que el sistema se había dado antes del golpe de Estado del 27/6/73. En este aspecto el Tribunal coincide con todos los sujetos del proceso, fue con tal fundamento que se excluyó el caso judicialmente sin oposición de partes, de los comprendidos en Ley N° 15.848; fs. 34 a 37.

Sin embargo, el término de la prescripción se suspendió durante la dictadura "cívico-militar", por la imposibilidad notoria de víctimas o damnificados de denunciar delitos al ser avasallados todos los derechos y garantías institucionales en el País (art. 87 del C.P.P. y 98 del C.G.P.).

Luego, el cómputo de la prescripción fue interrumpido útilmente el 26/6/2002, cuando la Sra. Ana M^a Blanco, viuda de Luzardo, presentó

denuncia en autos antes de transcurrido los 20 años previstos para la prescripción de los delitos con pena máxima mayor a 20 años de penitenciaría (fs. 7 a 11; art. 117 literal a del C.P.). En su mérito, por el juego legal y armónico de los art. 117, 119 y 121 del C.P. en esta etapa, no operó la prescripción. Obviamente, que más allá de que se coincida o no en que la conducta imputada inicialmente como un delito de homicidio muy especialmente agravado por las graves sevicias, el hecho que se denunció, se investigó y se imputó, se calificó como tal. Ello permite en estudio inicial a efectos del cómputo (sin perjuicio de cambio ulterior de la calificación), descartar el término del art. 117 literal "a" a efectos de relevar la prescripción deducida por la Defensa. Con tal fundamento se comparte la conclusión a la que arriba el Juez subrogante que retomó el trámite presumarial; no así el dictamen de la entonces representante del Ministerio Público que en noviembre de 2003, evaluando otra situación en otras circunstancias, concluyó que habría operado la prescripción de los delitos denunciados (fs. 34 a 37 y vista extraviada y agregada a fs. 1182, respectivamente).

V) Prenotando: Es ineludible referir a las garantías del debido proceso legal en un Estado de Derecho como el actual, aunque sea principio y presupuesto ineludible de aplicación en todos los casos. Tales garantías corresponden a todas las personas sometidas al proceso penal, siendo los Jueces custodios y responsables de las mismas en cada caso concreto (art. 7, 8, 10, 12,13, 15 a 23, 332 de la Constitución).

Por lo tanto, no es el juicio de la historia ni los precedentes de distintos Tribunales Judiciales -que con todas las garantías legales tan adversos como categóricos han sido respecto a G.A.A. como dictador-, los que conforman el principio rector para la aplicación de las reglas de la sana crítica a efectos de arribar a conclusiones tan latas como la de respon-

sabilizarlo de todo lo que pasó en el período inmediato anterior al golpe de Estado del 27/6/73, como sostiene la recurrida (fs. 1135).

La muerte de Luzardo ocurrió en etapa democrática en dura crisis -pero democrática-, lo que constituye un dato de la realidad que no debe soslayarse en la valoración de la prueba en régimen de sana crítica. En dicho período funcionaba un Poder Judicial independiente y existían todas las posibilidades para recurrir al mismo; como también funcionaba el Parlamento y había Parlamentarios legítimamente investidos que -como también lo destaca mercedamente la historia- estaban totalmente comprometidos con el sistema republicano hasta la vida, la cárcel o el exilio. En dicho período que fue en el que el Sr. Luzardo fue detenido y estuvo internado hasta su muerte, no surge que la familia u otras personas hayan puesto de manifiesto las sevicias padecidas por el mismo durante su internación, como ahora se concluye. Es evidente que frente a la constatación en aquel momento de una omisión de asistencia tan palmaria como la que se atribuye en primera instancia al imputado, por parte de médicos, enfermeros y jefes del Hospital Militar en cumplimiento de una orden arbitraria, había forma y medios para ponerla de manifiesto, más allá de los esfuerzos que consta en autos hizo la familia de Luzardo con militares de la época (entre ellos el propio imputado). En el mismo orden, tampoco se explica que la denuncia, que según se determinó en autos no estaba en las comprendidas por la ley de "Caducidad", se haya formalizado en 2002, 17 años después de restablecido el Estado de Derecho.

La sana crítica, es el sistema de valoración por el que el juez *"...no puede apreciar la prueba en forma caprichosa, en forma arbitraria, sino que debe hacerlo mediante un razonamiento lógico y en aplicación de los datos que le suministra la experiencia"* (Bermúdez, V. H., "Los medios de

prueba”, “Curso sobre el C.P.P.”, p. 321). A la luz de este sistema que recoge el art. 174 del C.P.P., es que debe valorarse individual y conjuntamente la prueba colectada. Seguro que no basta con invocar el principio, hay que aplicarlo en la solución de cada caso concreto, atendiendo a que *“...la ley no hace más que reglamentar las pruebas, el método las dirige y permite a los jueces extraer conclusiones racionales. Sí a menudo sólo les procura una certeza relativa, por lo menos los mantiene en lo posible en el camino que conduce a la verdad, lo que es esencial para la obra de la justicia”* (Gorphe, F., “La apreciación judicial de la prueba”, p. 495).

En tan acotado marco legal y de principios, la personalidad o aberración de los actos que puedan vincular a una persona con determinada causa, no habilitan al Juez en Estado de Derecho a apartarse del principio rector.

En el caso, más allá de la arbitrariedad o aberración con que haya actuado el imputado en su vida personal o pública, el tribunal competente no queda eximido por ese fundamento, de prescindir de las garantías del debido proceso legal en toda su extensión, en particular en la valoración de la prueba. Las garantías constitucionales y legales que fueron conculcadas a todas las personas por el régimen que el imputado integró no exoneran a ningún Tribunal Judicial en Estado de Derecho a omitirlas en su juzgamiento.

Con dicho mandato constitucional y legal es con el que el Tribunal ingresará, como en todos los casos, al debate jurídico.

VI) Los Hechos objeto de evaluación en el grado, resultan de la prueba relacionada en la apelada (fs. 1093 a 1143).

De allí surge probado que Luis Roberto Luzardo Caseneuve, Henry Engler y José Piedracasa, pese a resistirse violentamente, fueron detenidos el día 17/8/72 en un bar de la Unión por personal de las “fuerzas con-

juntas”. Luzardo fue herido de gravedad, por lo que intervenido quirúrgicamente en el Hospital Militar quedó internado en estado parapléjico, hasta que falleció el 12/6/73 (fs. 648 a 649; expediente acordonado Fa.: 42/1985 y no fue controvertido).

Luzardo murió, según consta en la partida de defunción y ratificó la médica que extendió el certificado de defunción, Dra. Brazeiro, “...a consecuencia de caquexia” (fs. 6 y 399 y ss. y 50 Exp. 42/85 acordonado, respectivamente).

La “sala 8” del Hospital Militar, era el lugar donde alojaban y asistían a heridos y enfermos detenidos por quienes al momento de estos hechos estaban legalmente encargados de reprimir a los que atentaban contra la Constitución (Ley 14.068; no se trataba de presos comunes en régimen ordinario del C.P.).

Dicho recinto alojaba a hombres y mujeres y funcionaba con las limitaciones propias de un centro hospitalario para personas presas, con visitas bajo control. En dicho régimen estaba Luzardo que recibía visitas y se escribía con familiares y fue visto y asistido por otras personas presas (declaraciones y cartas agregadas).

Surge también que la detención, asistencia y fallecimiento de Luzardo (según se dijo) ocurrió en etapa democrática previa al golpe de Estado de militares y civiles del 27/6/73 (detenido el 17/8/72 falleció el 12/6/73).

Resulta también que el imputado A. al tiempo de los hechos, revestía con el grado de general como jefe del Estado Mayor Conjunto (Esmaco), organismo que dependía de la Junta de Comandantes en Jefe y como tal tenía formalmente funciones de asesoramiento. Sin perjuicio de ello, no puede ignorarse ingenuamente porque era notorio en aquellos días y así lo recoge la historia, que el imputado era un hombre influyente

en la vida nacional con poder real creciente en las decisiones políticas del País, lo que más tarde lo llevó a la presidencia de facto.

De ello se desprende, a pesar de su reticencia al respecto, que por razón del cargo el imputado estaba en conocimiento de la detención e internación de Luzardo en la sala 8 del Hospital Militar, extremo que se corrobora con nota de fs. 42 y su declaración de fs. 1089.

Dicha nota ratifica también la versión de los familiares de Luzardo, en cuanto a que hicieron gestiones frente al imputado para obtener una consulta con especialistas médicos para un mejor tratamiento del paciente, a lo que el Esmaco accedió a través de su jefe luego de recabar la opinión de Sanidad Militar que la consideraba innecesaria (fs. 42). La declaración de la Sra. María Luzardo (hermana del fallecido), permite concluir que dicha consulta se habría concretado con la visita de los Dres. Panizza y Gomensoro, médicos de confianza de la familia (fs. 182).

Según informa el Ministerio de Defensa, no aparecieron en dependencias militares registros médicos ni la historia clínica de Luzardo (fs. 1020 y 39). No obstante se probó que el mismo fue atendido y visitado por médicos generales y especialistas que revistaban en el Hospital Militar entre los que se cuentan los Dres. Rodríguez Juanotena, Sazbon; Defémunis, Brazeiro, Marabotto y Traibel (fs. 284, 383; 275; 240; 408 y 323, respectivamente).

También resulta, al contrario de lo que manifiestan algunos testigos, que durante su internación Luzardo fue interrogado formalmente por funcionarios, con relación a sus actividades como Tupamaro (acordonado Fa.: 42/85, fs. 23, 24, 25 y 27 a 29).

En el expediente Fa.: 42/85, Luzardo fue procesado con prisión por *“...los delitos de Atentado a la Constitución en grado de Conspiración seguida de actos preparatorios..., Atentado y Asociación Subversiva...”*.

También fueron procesados los Señores Engler y Marenales, sin que resulte de las declaraciones de los tres imputados ni del propio acto, que a Luzardo se lo haya vinculado con algún homicidio; mientras que los otros dos fueron vinculados al proceso por su participación, entre otros, en delitos de tal naturaleza (fs. 30 a 37 y 38 vta. a 40 vta., acordonado 42/85).

Tratándose de un dato de la realidad manejado por las partes en sus intervenciones como prueba de cargo y descargo, respectivamente, debe consignarse que el día 25/7/72 -antes de la detención de Luzardo- integrantes del MLN mataron a varias personas, entre ellos al hermano del imputado, Cnel. A. A. (La Sra. Fiscal consigna los hechos del 14/4/72, que determinaron el pedido por el Poder Ejecutivo a la Asamblea General de la suspensión de las garantías individuales; los del 18/5/72 y el referido del 25/7/72).

VII) Estas circunstancias generales son las que deben valorarse para determinar sí el apelante puede ser vinculado constitucional y legalmente con el hecho ilícito en base a la prueba recogida (art. 125 literales "A" y "B" del C.P.P.).

En dicho marco concluye la Sala que los elementos no tienen convicción suficiente para mantener el procesamiento de A., en régimen en que los defectos de la instrucción no pueden valorarse en perjuicio del indagado ni admite hipótesis, inferencias o conjeturas que excedan el marco legal (art. 216 y 174 del C.P.P.).

VIII) El auto de procesamiento. En tal sentido la apelada soslaya que la detención y muerte de Luzardo, se produjo cuando todavía estaban vigentes las garantías democráticas, por lo que resulta incompatible la inacción de los denunciantes en aquel momento ante la Justicia Ordinaria -al tiempo que hacían gestiones con mandos militares de la época (entre ellos el imputado)- con la grave situación que ahora determinan. No

se averiguó al respecto, por lo que no se sabe por qué actuaron de tal forma o si denunciaron el hecho, por qué no fue instruido por los jueces de entonces. Tal proceder no se explica con la mera invocación de la notoriedad de la crisis institucional reinante o atribuyendo genéricamente carencias, debilidades o perversidades a los soportes de las -todavía- legítimas instituciones de la época.

La conducta de los denunciantes en aquel momento, se compadece con la denuncia original de autos, en la que dicen que el Sr. Luzardo fue: “...atendido según las órdenes de los Comandantes de la Sanidad Militar responsables de la situación de los detenidos...”, sin hacer referencia al encausado en el extenso período transcurrido desde la detención hasta su muerte (fs. 32). Avanzado el presumario es que los denunciantes comienzan a mencionar e individualizar al imputado como presunto responsable, lo que sin atribuir intenciones ni descalificar la denuncia, no encuentra explicación razonable (fs. 249 y ss.).

El Sr. Juez atribuye la muerte del Sr. Luzardo “...a la desatención de que fue objeto en el Hospital Militar...” (fs. 1093), señalando que el encausado recibió una denuncia de mala praxis, estimando que el mismo: “...debió darse cuenta de que era menester proveer a una atención específica... aquí no juega el principio de confianza a favor de Gregorio Álvarez...”, agregando que la Sala 8 del Hospital Militar “...Era una cárcel de presos políticos” (fs. 1099).

En su argumentación el “a quo” vuelve a desconocer que todo el desgraciado periplo del Sr. Luzardo, ocurrió en régimen democrático, por lo que la atribución de responsabilidad a Álvarez no puede tener dicho fundamento ya que no tiene en cuenta que por más poder que éste ya pudiera tener, existía Presidente de la República elegido constitucionalmente y Ministro de Defensa designado legalmente, que eran superiores

al imputado con facultades para ocuparse de la situación y procurar sanciones administrativas o penales en la vía correspondiente para los omisos; ello sin contar la Justicia Ordinaria, Parlamento y Parlamentarios de fuste, independientes y libertarios, como ya se dijo.

Pero lo que es más relevante en el caso, es que no surge que en 1972 el imputado haya recibido como jefe del Esmaco o personalmente, una denuncia de mala praxis contra las autoridades del Hospital Militar o de omisión de asistencia. Ello no surge de las declaraciones de autos ni del documento de fs. 42.

Con la lógica de la apelada, no existe explicación para exonerar de responsabilidad a los jefes del Hospital Militar, los médicos tratantes que declararon, personal de enfermería (a pesar de que de este escalafón no se citó a ninguna persona) e incluso jerarquías institucionales mencionadas en párrafo anterior.

IX) Muerte de Luzardo. Los denunciantes calificaron la muerte de Luzardo con antelación al auto de procesamiento como homicidio muy especialmente agravado por las graves sevicias (fs. 576). La apelada, coincidiendo con ellos y con el Ministerio Público, calificó a Álvarez como coautor del mismo.

Para la Sala dicha atribución criminal no es de recibo, porque no valoró aspectos semiplenamente probados en contrario de igual o mayor peso que los que tuvo en cuenta.

En efecto; resulta que tanto el “a quo” como la Junta Médica del I.T.F. requerida para que “...informe sí el Sr. Luís Roberto Luzardo Cazenave pudo haber fallecido por causas ajenas a una omisión criminal en el tratamiento médico,...”, no valoraron en sus justos términos -por más que las refirieron-, a las declaraciones de los médicos que asistieron al Sr. Luzardo (fs. 843 y vta. y 848 y ss., respectivamente).

Ello se desprende evidentemente de dos extremos: Uno, que el cometimiento judicial fue defectuoso, por cuanto no pidió a los peritos que determinaran la causa de muerte de la víctima de autos en el estado y lugar que se encontraba en determinado momento conforme a la evolución médica correspondiente a la época del hecho. Al contrario, a partir de la convicción del “a quo” en determinado momento del proceso (3/3/09, fs. 843 vta.), pidió que se determinara si pudo morir por causa distinta a una “*omisión criminal*”.

Otro extremo, es que la Junta Médica concluyó que “...*la causa de muerte del Sr. Luzardo fue la caquexia debida al abandono que de todo punto de vista fue sometido el Sr. Luzardo, en dependencias del Hospital Militar*” (fs. 868), pero sin que resulte expresa o implícitamente que haya valorado las manifestaciones de los médicos que trataron a Luzardo durante su internación en todos sus términos. Dicha conclusión, según resulta de sus fundamentos, es en base a declaraciones de testigos no médicos, sin considerar pericialmente lo que, en sentido contrario, afirman los médicos que asistieron al Sr. Luzardo, lo que tampoco hace jurídicamente el Sr. Juez.

Las declaraciones de los Doctores León Sazbón (fs. 275 y ss.); J. Rodríguez Juanotena (fs. 282 y ss.) y Victoria Brazeiro (fs. 399 y ss.), médicos que asistieron al Sr. Luzardo, a la que debe sumarse la del Dr. Jorge Traibel (323 y ss.), médico militar en aquel momento que era amigo de Luzardo y su familia y lo visitó en la Sala 8, enervan totalmente la conclusión de la Junta Médica respecto a que el mismo fue “abandonado” médicamente en dicho nosocomio.

En su mérito el Tribunal, valorando individual y conjuntamente dichas declaraciones y todo el resto del cúmulo probatorio en régimen de

sana crítica, se apartará fundadamente de la conclusión pericial (art. 174 del C.P.P. y 184 del C.G.P.).

En primer lugar, según afirman los médicos tratantes sin que surja prueba en contrario, Luzardo recibió el tratamiento médico adecuado al momento de su internación (40 años atrás), época en la que según los médicos mencionados, era común que pacientes con las afecciones de Luzardo, murieran por infección generalizada. El Dr. Sazbon dice que: *“Para la época que no existía(n) los tratamientos intensivos de hoy, era común que las personas murieran con ese tipo de lesión cervical, mueran por problemas metabólicos como consecuencia de la inmovilidad”*; y agrega que era común que murieran por infección generalizada, *“...por las escaras o la sonda vesicales podrían entrar cuerpos extraños y producir las lesiones. Se le podía a la persona movilizar en la cama darle una cantidad de calorías y fisioterapia pero aún así podía morir de infección generalizada”*. Remató refiriendo a que el tratamiento médico dado a Luzardo en el Hospital Militar era el que se hacía en todo el mundo: *“...esto solo cambió cuando vinieron la revolución de los tratamientos intensivos. Puede que existiera una clínica en el mundo en Inglaterra, tal vez podía alargar la vida y mejorar la calidad de vida, pero tengo mis dudas que en aquel momento hiciera gran diferencia con respecto al resto del mundo”* (fs. 277 y 278, respectivamente).

Por su parte el Prof. Dr. Rodríguez Juanotena, que intervino quirúrgicamente al Sr. Luzardo y controló su evolución luego de la operación, coincidió en el riesgo de vida que corrían los pacientes parapléjicos hace 40 años. El calificado testigo reseñó su carrera como médico militar y dijo que al momento de los hechos era el jefe de neurocirugía del Hospital Militar; que en la Sala 8 del Hospital Militar había prisioneros y que antes era una sala destinada a *“oficiales de tropa”*; que la sala tenía un régimen de

seguridad severo que no permitía la presencia de familiares permanentemente, pero en el que los médicos tenían total autonomía técnica y a él *“nunca (lo) me molestaron”*; que la parte administrativa estaba a cargo de militares pero hasta que se fue *“...cuando comenzó la dictadura”* (fs. 284-285) a él y a los demás médicos los respetaron en su ejercicio médico. Dijo también que a Luzardo no lo recordaba mucho, *“...solo lo que me contó la hermana, que se murió de hambre y que se yo...”*; pero recuerda haberlo operado y que en las dos o tres semanas que como máximo pudo durar el postoperatorio *“...debo de haber ido una vez por día, no sé, no recuerdo”* (fs. 285). Preguntado respecto a las causas de la muerte dijo que: *“En esa época no había los recursos que hay ahora. Las escaras se producen por el apoyo permanente, el cuerpo no tiene sensibilidad y no se mueve, entonces la presión permanente hace que los tejidos se vayan necrosando y muriendo. Eso como se evita sin los medios mecánicos que hay actualmente. Son sistemas que se mueven en sectores, cada hora por ej. cambia de posición. Para hacer eso manualmente se necesita una cantidad de personal de enfermería que ni siquiera en el siglo 21 se pueden dar”* (fs. 284 a 289).

La Dra. Brazeiro, ratifica que en el tiempo que trató al paciente los familiares no estaban presentes permanentemente, los cirujanos venían cuando eran requeridos y que *“...siempre me esmeré con todos mis pacientes e hice el máximo, en estos casos tenía más cuidado, porque sabía que podía tener problemas y trataba de hacer buena letra, los atendí como especialista también”*. Más adelante agrega: *“Yo lo atiendo como médico general, solicitaba que vinieran los cirujanos y lo dejaba con las mismas indicaciones y a mi criterio él recibía la atención adecuada porque evolucionó mal no lo se. No se si fue una herida de bala que se complicó por infección no se la causa. Cuando firmé el certificado no sabía bien y*

por eso puse herida de bala porque no lo sabía bien"; dicho certificado (no las conclusiones médicas del mismo) lo formuló por orden de las jerarquías militares administrativas (fs. 405).

Finalmente, el Dr. Jorge Traibel (fs. 323 y ss.), médico militar, amigo de la familia que visitó al Sr. Luzardo como tal durante su internación, señaló: *"Supongo que (Luzardo murió) a causa de su paraplejia, las escaras es la forma común de muerte de estos pacientes pero la razón por la que murió Roberto no la sé"*; y agrega que: *"...las escaras es la forma común de muerte de estos pacientes... Yo tengo cuarenta años de médico, he visto muchos pacientes con paraplejia, que por las complicaciones fallecen... las complicaciones que derivan luego son las escaras, infecciones urinarias..."* (fs. 325).

Por otra parte, los médicos que estuvieron en contacto con Luzardo no refieren ni recuerdan que se hubiera omitido la asistencia al Sr. Luzardo y ninguno de ellos menciona que hubiera existido una orden de algún mando militar de que no se prestara asistencia al paciente.

A efectos de la valoración de los testimonios de los médicos mencionados, resulta que los mismos no presentan motivos de sospechas que permita descalificarlos. El Dr. Rodríguez Juanotena, que participó de la operación del Sr. Luzardo y estuvo de acuerdo con los demás médicos en los riesgos de vida que corrían los pacientes parapléjicos hace 40 años, es intachable. Se trata de un médico sobre cuya idoneidad y honorabilidad profesional no caben dudas, al punto que actuó como Presidente del Consejo Arbitral del Sindicato Médico del Uruguay, que juzgó ética y profesionalmente a médicos denunciados o que se sometieron a dicho Tribunal, por su actuación en el período dictatorial (Pieza 5, Procesos de Ética Médica, fs. 155 a 156 y 157 a 158).

El Dr. Rodríguez se retiró de su cargo inmediatamente después del golpe de estado y por más que estuviera sometido a disciplina militar, no resulta que haya omitido prestar la asistencia debida a un preso o que haya recibido alguna orden de no prestarla a alguien o que de haber sabido de casos de malos tratos u omisiones mientras estuvo en el Hospital Militar en el período anterior al golpe de Estado, no las haya denunciado. La observación que refiere haber recibido en una oportunidad (de la que la apelada hace caudal), fue por haber dado un informe al familiar de un paciente que no era Luzardo, pero no fue por su proceder médico sino administrativo en régimen de personas presas y la dio para referir a la rigurosidad administrativa al tiempo que resaltaba la independencia técnica que siempre tuvo él y los demás médicos militares.

En el caso del Dr. Traibal, no puede decirse en modo alguno que pueda tener algún interés personal en la causa por temor a ser perjudicado o vinculado al caso, ya que no asistió médicamente a su amigo, el Sr. Luzardo, y ni siquiera fue mencionado.

Tampoco se relevan tachas de tal naturaleza u otras, en los otros dos testimonios médicos referidos, Dres. Sazbón y Brazeiro, que permitan descalificar sus versiones en el caso. No surgen objeciones respecto a ninguno y nadie siquiera las mencionó.

Por su parte la Junta de Peritos -como se dijo- no tuvo en cuenta dichos aspectos de las declaraciones médicas; no hizo referencia al estado de la ciencia médica hace 40 años ni manejó estadísticas respecto a la sobrevivencia de pacientes como Luzardo en la época del hecho.

En otro orden, la apelada da gran relevancia a la falta de la historia clínica de Luzardo en el Hospital Militar, ya que remitiendo a las fojas en que se expide la Junta Médica del I.T.F. (fs. 863, 865 y 866), entiende que es imprescindible estar a lo que relatan los compañeros de interna-

ción y familiares porque para la Junta: *“De hecho, de las declaraciones de los médicos de la Sala 8, no hay mención a la realización de medidas de rehabilitación, en este paciente”* (fs. 865). Con tal fundamento concluye el Sr. Juez que la falta de la historia clínica es un indicio de cargo ya se haya perdido, destruido u ocultado, aunque: *“El indicio es equívoco aún, a esta altura, pero puede acompañarse con la tesis de que a Luzardo dejaron de atenderlo hasta la muerte. A efectos de ocultar este hecho sería conveniente, en efecto, la desaparición de la historia clínica”*; y remata: *“Todos estos elementos se acompañan con la ausencia de la historia clínica en el caso de Luzardo y de otros internados. Si eran torturados en dependencias militares y luego atendidos o no en la sala 8 será de interés ocultar la historia clínica, porque de ella podrían surgir indicios de la tortura y de la atención deficiente, menos con criterio médico que con criterio de guerra”* (fs. 1117-1118). Más adelante abunda en el tema: *“...La inexistencia de historia clínica de los pacientes internados en la Sala 8 es un indicio de que la mencionada Sala estaba armada para funcionar como una instancia más de la lucha contra la subversión”* (fs. 1127).

El Tribunal no comparte tal conclusión. Sanidad Militar primero y el Ministerio de Defensa, después, informaron que la historia clínica de Luzardo (como muchas otras) no fue hallada, lo que no implica que no haya existido el documento ni que sea lo único que acredita la asistencia médica. Más allá que los médicos tratantes refieren al mismo, también lo hace la testigo Dra. Curbelo, que estuvo detenida junto con Luzardo, fue interrogada varias veces, dijo que vio todas las historias clínicas, pero no le preguntaron si recordaba algo respecto a la de Luzardo (fs. 722). No se justifica el extravío del documento a efectos de evitar o entorpecer la investigación del caso. No obstante, no debe olvidarse que el pedido de la historia se efectuó muchos años después del hecho y no surge prueba

alguna de que los familiares del mismo hubieran solicitado copia mientras estuvo internado o luego de su deceso y que dicha solicitud les hubiera sido denegada. Debe recordarse, finalmente, que la regulación de todo lo relativo a la historia clínica, se produjo recientemente con la sanción de la Ley 18.335 de 26/8/2008, por lo que tales exigencias no existían al tiempo de los hechos.

Entonces, inferir (a partir de que el indicio es “*equivoco*”) que no haber encontrado la historia clínica supone que existió una omisión deliberada en el tratamiento del paciente, es excesivo jurídicamente. La sana crítica en la valoración de tal prueba indica exactamente lo contrario; esto es, que los médicos tratantes y el personal de enfermería dejaban asentada las circunstancias de la asistencia médica que brindaban. Sería absurdo que deliberadamente los médicos tratantes de un paciente o el personal médico que lo atiende dejaran constancia de la asistencia que omitieron, prestaban mal o no prestaban, a efectos de deshacerse del paciente.

Sopesada la circunstancia de la inexistencia de historia clínica en términos de sana crítica, no tiene la relevancia que le otorga el “a quo” en sus conclusiones.

Lo que evidencian las circunstancias semiplenamente probadas, es que al Sr. Luzardo le salvaron la vida con la intervención quirúrgica que le practicaron en el Hospital Militar los médicos militares. (Sin que exista resquicio alguno que permita siquiera pensar -y nadie lo dice-, que éstos le salvaron la vida para conservar la fuente de información a efectos de que los personeros de la dictadura pudieran averiguar sí Luzardo había participado de la muerte del hermano del imputado).

Tanto es así, que Luzardo tuvo una recuperación de su paraplejía y llegó a escribir cartas a familiares (ver documentos acordonados). Su pos-

terior declive físico ingresa, para los médicos que lo trataron, en el resultado muerte común a dichos enfermos en la época; la Junta Médica del ITF no contradice dicha conclusión, la que, como se dijo, solo consideró testimonios de detenidos en Sala 8 y familiares del Sr. Luzardo.

Los testigos que estuvieron internados en la Sala 8, coinciden en que para todos los internados, no solo para Luzardo, los recursos asistenciales no eran suficientes, lo que configura otro aspecto importante para entender y considerar el caso. Y así como algunos testigos consideran que Luzardo no fue atendido, hay otros que también estuvieron detenidos que consideran que recibió atención médica y de enfermería como la que recibían todos.

Aquí corresponde retomar la consideración de las cartas, ya que al contrario de la conclusión de la Junta Médica, resulta que el 1º/6/73, la madre de Luzardo expresa: *“...Ahora hablaré de Perico que es lo que a ti te importa, está estacionaria la cosa, lo más feo que veo yo es ese estado delirante que tiene, ayer y hoy pasó muy nervioso, yo creo que la Sala en que está es muy bochinchera y eso no lo deja descansar de los demás lo veo recuperando la fuerza de los brazos y movimiento de la mano, lo hace bien”*.

En una carta del 14/2/73, se expresa refiriéndose al paciente, que *“...la salud no se ha atrasado, al contrario, continúa con gimnasia intensiva y los demás tratamientos, ayer desde tempranito estaba levantado...”*.

En las cartas del 11/4/73 y 24/2/73, también se refiere a la asistencia médica que se le brindaba.

Las cartas, al tiempo que indican que el Sr. Luzardo fue asistido, indican que en febrero de 1973 tenía un motivo de preocupación con relación al extravió de una causa suya y a que consideraba una injusticia que se lo involucrara en hechos en los que no había participado sin que

resulte a cual se refería. Es fácil inferir, aunque no conste en los interrogatorios que le hizo la Justicia Militar en el acordonado 42/85, que aún fuera de actas deben de haberle preguntado sobre su eventual participación en diversos hechos, sin que pueda descartarse que le preguntaran sobre el atentado al hermano del imputado. Pero no es menos evidente, que tal hecho no se lo imputaron y tampoco surge prueba que lo vincule con el mismo, lo que por lo demás es inconciliable con el razonamiento que sigue la apelada en cuanto a la arbitrariedad con la que actuaba el imputado.

Finalmente, para no soslayarlo, debe agregarse que el informe médico privado del Dr. Alberti del 27/7/08 (fs. 438), no cambia las conclusiones a las que arriba la Sala, ya que se trata de un informe que no refiere a la actualidad médica del hecho.

X) Imputación de la muerte de Luzardo a A.

Además de los aspectos médicos, debe considerarse la conducta del imputado valorando las pruebas bajo las mismas reglas de sana crítica que se están aplicando. Sobre el punto no surge prueba de una presunta orden por parte del imputado al personal médico o jerarquías del Hospital Militar, de que no asistieran a Luzardo.

En primer lugar nada indica que el encausado considerara al Sr. Luzardo como partícipe en el homicidio de su hermano; máxime cuando toda la información periodística incorporada así como la de la justicia militar prueba que con notoria antelación al fallecimiento de Luzardo ya habían sido detenidos casi todos los partícipes en el mismo y nadie vinculó a Luzardo con el hecho. Tampoco los imputados en el expediente de la Justicia Militar acordonado, Señores Engler y Marenales, lo vinculan con dicha muerte. De las declaraciones de éstos, resultaría que la muerte del Cnel. A. fue un hecho que se escapó de las manos de la dirección y

habría sido dispuesto por otros cuadros del movimiento, sin que se mencionara al Sr. Luzardo (fs. 34 vta. del acordonado Fa.: 42/85).

Pero tampoco surge prueba de que A. haya dado la orden de dejar morir a Luzardo ni que en conocimiento de que no se le brindaba asistencia hubiera omitido adoptar las medidas pertinentes (de haber sido esta la hipótesis debió responsabilizarse directamente a la dirección del Hospital Militar, médicos tratantes y personal de enfermería, respecto a los que no se adoptó decisión alguna en la imputación penal). Todo ello en vigencia de las instituciones democráticas.

Tampoco emerge con suficiente convicción que el imputado hubiera visitado al Sr. Luzardo en el Hospital a efectos de verlo agonizar. La única referencia al respecto la proporciona la hermana del paciente, Sra. Zulma Luzardo (fs. 264 y ss.), quien refirió que cinco militares “...se quedaron unos minutos mirando la agonía de su hermano y se fueron...”, agregando que el hermano “...me dijo que quien me había preguntado el parentesco era A. ...”. En esta versión, no resulta explicable como un enfermo que agoniza, sea capaz de reconocer a alguien entre cinco personas y hablar con tanta precisión. Sin embargo, se puede corroborar que el Sr. Luzardo fue visitado por militares de diferentes grados en varias oportunidades, lo que surge del expediente acordonado de la justicia militar que interrogó a Luzardo en el Hospital y de la propia versión del encausado que admitió haber ido en el período de internación al Hospital Militar por razones del cargo (fs. 1089), por lo que nada impide concluir que lo haya ido a ver (admitió haber ido a ver a otros dos presos presuntamente vinculados a la muerte de su hermano en otra dependencia militar, fs. 836 vta.). Pero de allí a concluir que la visita de A. se produjo como gesto de sevicia para verlo agonizar o corroborar que una orden de muerte, que no resulta que haya dado, se estaba cumpliendo, no existe fundamento. La

conclusión en el grado no desconoce que la hermana de Luzardo pudo ver militares con su hermano sin conocer a ninguno o que alguno de ellos pudo ser el imputado, pero ello no habilita la conclusión respecto a los motivos y menos a su vinculación con la muerte.

En fin; en los términos semiplenamente probados, teniendo en cuenta el momento histórico de los hechos, los fundamentos de la apelada no superan la mera conjetura, en la que no puede fundarse la responsabilidad exclusiva del encausado, excluyente de todo otro eventual partícipe.

La imputación cae por su base a partir de que considera inicialmente que la muerte del Sr. Luzardo fue un homicidio, para concluir que el encausado fue quien dio la orden de que lo mataran sufriendo, porque no surgen elementos de convicción suficientes al respecto.

En otro orden, una vez descartado que la muerte de Luzardo haya sido un homicidio ejecutado por el imputado; sin que tampoco exista semiplena prueba de que dicha muerte haya sido un homicidio, la agravante de las graves sevicias no puede ser considerada. De resultar prueba suficiente de la existencia del homicidio, podría relevarse para eventuales autores, pero no es el caso.

XI) Corolario: Por lo expuesto, cabe concluir que no surgen elementos de convicción suficiente que permitan atribuir a A. en grado o calidad alguno el homicidio de Luzardo (art. 125 del C.P.P.).

Ello en orden a dos fundamentos: Uno inicial y excluyente, ya que no resulta de lo actuado en autos, que la muerte del Sr. Luzardo haya sido provocada por la omisión de asistencia del personal médico o administrativo del Hospital Militar que lo puso en estado de abandono. Por otro lado, si no se compartiera la conclusión anterior, tampoco surge semiplena prueba a efectos del procesamiento, de que dicha muerte haya ocurri-

do por una presunta orden criminal dada por el imputado al personal médico o militar del Hospital Militar.

Corresponde entonces revocar el auto de procesamiento, porque no se relevan los elementos de convicción suficientes para vincular a Álvarez con el hecho ilícito que se le atribuyó (art. 125 del C.P.P.).

Como se dijo: la prueba colectada no habilita el procesamiento dispuesto. De la valoración individual y conjunta de los medios de prueba a la luz de las reglas de la sana crítica (art. 174 del C.P.P.), no resulta la participación del apelante en el eventual ilícito. Por lo demás, las carencias de la instrucción preliminar no pueden endilgarse al mismo y nada indica que en actividad judicial posterior pueda obtenerse prueba que otorgue la certeza legalmente requerida para condenarlo por el hecho de autos.

La reformabilidad, provisoriedad y revocabilidad del auto de procesamiento (art. 132 del C.P.P.) no habilitan por sí la confirmación del procesamiento. Dichas particularidades inherentes al mismo, no sustituyen las exigencias legales para disponerlo en régimen de garantías de debido proceso legal (art. 125 del C.P.P.).

Por los fundamentos expuestos, lo dispuesto en las normas citadas y en los artículos: 310 del C.P. y 255 del C.P.P., **EL TRIBUNAL,**

RESUELVE:

REVÓCASE LA APELADA CLAUSURANDO ESTAS ACTUACIONES RESPECTO AL ENCAUSADO DE AUTOS.

OPORTUNAMENTE, DEVUÉLVASE, COMETIENDOSE LAS COMUNICACIONES CORRESPONDIENTES.

Dr. Jorge Catenaccio Alonso

-Ministro-

Dr. Ángel M. Cal Shabán

-Ministro-

Dra. Myriam E. Méndez

-Ministro-

Esc. Fernando Durán Sánchez

-Secretario I-