

Ministro Redactor:

Dra. Graciela Gatti Santana.-

VISTOS

Para interlocutoria de segunda instancia en autos: “**R. F., L. H..**
HOMICIDIO ESPECIALMENTE AGRAVADO EN
CALIDAD DE COAUTOR” (88-209/2011); venidos del
Jdo. Ltdo. de Primera Instancia en lo Penal de 23º Turno,
en virtud del recurso interpuesto por las Defensas
privadas (Dras. Graciela Figueredo y Estela Arab) contra
la Res. N° 302 dictada el 26.03.2020, por la Dra. Isaura
Tórtora, con intervención del Sr. Fiscal Letrado Nacional
especializado en Crímenes de Lesa Humanidad, Dr.
Ricardo Perciballe.

RESULTANDO

I) Por la decisión referida (fs. 863/867) de conformidad con la
ratificación realizada por el M. Público, representado por el Dr.
Ricardo Perciballe de la solicitud de procesamiento realizada el
10 de febrero de 2017 por la anterior titular de la Fiscalía Penal
de 5º T., Dra. Ana Tellechea Reck (fs. 841/849), se procesó
con prisión a L. H. R. F. (oriental, casado, 68 años, retirado
militar, sin antecedentes) como presunto co-autor de un delito

de Homicidio muy especialmente agravado.

II) Se reputó provisionalmente probado, que:

I) Surge del expediente militar acordonado a infolios – pieza Ficha 968/86 (testimonio de expediente de AJPROJUMI) que en la tarde del día 21 de noviembre de 1974 falleció Iván Morales Generali, de 24 años de edad, en el Regimiento de Caballería N° 6. Pues bien, ese mismo día la víctima había ingresado detenido con un breve pasaje por dependencias del Departamento IV de la Dirección Nacional de Información e Inteligencia (DNII) antes de su traslado al Regimiento de Caballería N°6 y aproximadamente a las 20.30 horas informaron al Juez Militar de Instrucción de 4to turno su fallecimiento.

II) Ahora bien, surge de obrados que la víctima era militante de la Organización Popular Revolucionaria 33 (O.P.R 33) y estaba exiliado en Buenos Aires desde donde habría viajado el 20 de noviembre de 1974 a Montevideo para conocer a su hijo recién nacido pero no llegó a conocerlo. Su cuerpo con profusas lesiones fue entregado un día después a su familia por una empresa fúnebre en un féretro cerrado. El testimonio de su partida de defunción N° 3719 de fecha 22/11/74 agregada en obrados a fs. 36 expresa que falleció en el Hospital Militar y como causa de muerte: “intoxicado (probable)”.

III) A raíz de su fallecimiento, se dispuso por el Juzgado Militar de Instrucción de 1er. Turno la autopsia del cadáver, la identificación de la causa de muerte, intervención de Policía Técnica, la posterior entrega del cuerpo a sus familiares y elevación de antecedentes por parte del Juez Sumariante. Es así que se practicó un estudio de Anatomía Patológica a la víctima la cual fue firmada por el Jefe del Servicio de Anatomía Patológica Dr. J. M. que arrojó el siguiente resultado: al examen externo “erosiones y escoriaciones en mentón, tórax y pared anterior de abdomen, de mediana entidad; erosiones costrosas en fosa lumbar izquierda; erosión en muslo, parte posterior; erosiones lineales en ambas muñecas; resto de las superficies cutáneas sin particularidades, incluyendo genitales y orificios naturales. El examen interno cráneo encefálico, sin particularidad. En tórax, pulmones bien aireados, de coloración viscosa, con múltiples micro hemorragias sub serosas. Se retiran fragmentos para examen toxicológico. Corazón con dilatación de cavidades derechas, de tipo agónico...En el abdomen, las vísceras son de morfología y aspecto normal. Se le observa coloración violácea, en hígado, bazo y estómago. Se extrae contenido gástrico para examen toxicológico, el que es muco hemático. Se concluye como probable causa de muerte “un estado tóxico” y agrega que se complementará con un estudio histopatológico en hígado, pulmón, riñón, bazo, pared gástrica,

corazón, sistema nervioso, para complementar este protocolo (fs. 10 del expediente militar).

IV) Asimismo luce agregado en el expediente militar relacionado el estudio complementario de la necropsia realizada a Iván Morales que señala “examen toxicológico realizado a las vísceras extraídas del fallecido dio negativo. En tanto el estudio histopatológico practicado en el hígado, pulmón, riñón, corazón y sistema nervioso central. enseñó embolización grasosa, que atasca los finos capilares sanguíneos..” lo que luego asigna como responsable de la muerte brusca. La embolia grasosa difusa, pudo originarse en el hematoma de la grasa peri renal”

V) A su vez, el Fiscal en el expediente militar referido señaló “Del examen necrósico practicado no surgen claramente las causas del fallecimiento, habiéndosele practicado el examen toxicológico y un estudio histopatológico”. Sin embargo solicitó la clausura del expediente lo que se dispuso por el Juez de Instrucción el que fue archivado con N°968/86.

VI) Posteriormente, la Magistrada actuante designó una junta médica a los efectos de realizarle a la víctima un “análisis técnico sobre lo informado por los estudios necrósicos realizados al causante”, en lo macro y microscópico, relacionados con los estudios toxicológicos e histopatológicos utilizando la metodología conocida como autopsia histórica a fin de informar la verdadera causa de muerte de Iván Morales

Generalli.

VII) Luego de este largo periplo a los efectos de determinar la causa de muerte de Iván Morales Generalli a fs. 369 de obrados surge que la Sede judicial actuante dispuso que la Cátedra de Medicina Legal de la Udelar practicara un estudio necrósico a la víctima a fin de establecer la verdadera causa de muerte designando a sus efectos al Dr. H. R. quien a su vez nombró a una Junta Médica integrada por los Dres. Prof Agdo. Dr. D. M y la Prof. Adj. Dra. F. L..

VIII) Conforme luce de fs. 373 a 380 de obrados la Junta Médica así conformada determinó que: “1° La muerte se produjo en prisión dentro de las instalaciones del Regimiento de Caballería N° 6. 2°.- Ocurrió en la tarde del 21/11/1974 durante el interrogatorio o en el lapso entre dos sesiones de interrogatorios (entre 18:15 hs: finalizando una primera sesión y una segunda sesión a las 19 hr. en que iba a empezar la misma). Del análisis de la información agregada “se advierte una contradicción en la documentación examinada...” a) En la versión del Juez Militar se señala “que según le fue comunicado telefónicamente por el Comando de la División Ejército I, el Jefe del Regimiento de Caballería N° 6, Tte. Cnel. G., había dado cuenta que “el sedicioso detenido Iván Morales mientras era interrogado en dicha unidad había fallecido....”b) Según la versión del indagado el Capitán L. R. de fs. 17 a 18 de la pieza acordonada expresa: “aproximadamente a la hora

19:00 los Sres. Oficiales interrogadores Mayor M. C. y Cptan. G. A. T., pertenecientes al Órgano Coordinador de Operaciones Anti-Subversivas (OCHOA) proceden a reiniciar el interrogatorio, constatando que el sedicioso de referencia se encontraba sin conocimiento y aparentemente muerto”.

IX) Asimismo, el informe de la Junta Médica señala “Del informe de la autopsia practicada en el H. Militar surgen los siguientes hallazgos (fs. 376): Examen externo: erosiones y escoriaciones en el rostro (mentón) tórax, pared interior de abdomen y cara posterior de muslo, así como erosiones costrosas en región lumbar izquierda. También se describen “erosiones lineales en ambas muñecas” (fs. 25)”. Agrega “la única foto disponible, previa a la autopsia, permite ver una marcada erosión en la región mentoniana” Del examen interno: se destacan pulmones “con múltiples micro-hemorragias sub-serosas” Del corazón se describe la dilatación de las cavidades derechas. Se menciona un contenido gástrico “muco-hemático”. Se destaca en el informe la coloración violácea de los pulmones, hígado, bazo y estómago (fs. 25).

X) Continúa la Cátedra de Medicina Legal expresando que “V DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES 1. El contexto de la muerte. Toda la información disponible coincide en que la muerte de Iván Morales Generalli ocurrió en prisión y en el contexto de los interrogatorios llevados adelante por los oficiales del OCHOA en las instalaciones el Regimiento de Caballería N° 6....En suma:

en el caso en estudio, existe coincidencia absoluta entre los hallazgos externos, internos e histopatológicos, que demuestran que se trató de una muerte violenta y heteroinferida, cuya causa final fue la embolia grasa pulmonar pero la causa básica fueron los traumatismos múltiples padecidos por Iván Morales Generalli en el contexto del interrogatorio a que fue sometido en una unidad militar el 21 de noviembre de 1974.” Dichos extremos fueron confirmados por las declaraciones de los galenos actuantes conforme surge de fs. 716 a 723 de obrados.

XI) Ahora bien, del expediente militar en estudio acordonado a los presentes obrados “Ficha 968/86 (testimonio de expediente de AJPROJUMI)” surge que el Juez Sumariante el 21 de noviembre de 1974 fue el indagado L. R. F.. En esa calidad redactó el memorando en el que manifiesta que los oficiales que realizaron el interrogatorio fueron el Capitán G. T. (hoy fallecido) y el Mayor M. J. C. (privado de libertad ambulatoria en Argentina por violación a los derechos humanos). En efecto, a fs. 37 del expediente militar relacionado surge que el indagado R. manifiesta que Iván Morales “estuvo en un calabozo adjunto al S-2, con un custodia en el lado exterior del calabozo el día 21 de noviembre en el lapso comprendido entre las horas 1845 y las 1900, del año 1974”.

Asimismo, a fs. 42 consta que el encargado de la custodia era S. H. M. y en la declaración del indagado manifiesta que los

interrogatorios los realizaba normalmente el S2 (fs. 394).

XII) Ahora bien, el indagado R. en el año 1971 fue designado Comandante del Escuadrón A Operaciones Antisubversivas constando en su legajo personal acordonado a los presentes obrados lo siguiente: “En la fecha se procede a la reorganización del Regimiento con el objeto de adaptarlo a la realidad de la lucha Antisubversiva. Como Cte. de Escuadrón demuestra, cual atraviesa el país, una concepción práctica de la mejor forma de instruir y accionar el Escuadrón en este tipo de Operaciones” Asimismo, a fs. 102 de su legajo personal surge “Realizó Operaciones Anti-Subversivas acorde Decreto de fecha 9 de setiembre de 1971 del Poder Ejecutivo.- A fs. 104 vto. “20 jul. 973 En la fecha en una Operación Anti-Subversiva el Capitán R. demuestra su elevado espíritu de trabajo y procedimientos en diferentes lugares.” “10 Set. 973 Como S3 de la Unidad, el Capitán R., además de cumplir a satisfacción las funciones de ayudante, presenta correctos y acertados planes en las operaciones antisubversivas y para la instrucción del personal. Se comprueba, sentimiento profundo del deber, inteligencia, iniciativa, sentido práctico y claro concepto en el desempeño de las obligaciones”, entre otras constancias. Asimismo, cumplió funciones de Juez Sumariante en el Regimiento de Caballería N° 6 en el momento en que acaeció el fallecimiento de Iván Morales.

XIII) De obrados surge que el imputado intervino en la muerte

de Iván Morales Generalli en su calidad de Juez sumariante. En efecto, el Juez sumariante es designado por el Jefe de la Unidad y cumple sus funciones en el establecimiento militar – adoptar todas las medidas tendientes al esclarecimiento del delito conforme lo edictado por los arts. 83 del Código de Organización de los Tribunales Militares, 256 del Código de Procedimiento Penal Militar y decreto de fecha 29 de julio de 1955 emanado del Poder Ejecutivo - por lo que es innegable su conocimiento respecto de lo que ocurría en la dependencia militar en que prestaba funciones en aquel entonces. Es dable resaltar al respecto las anotaciones que realizaron sus superiores en su legajo personal en cuanto a su participación en los procedimientos realizados ya detallados ut-supra”.

III) La Defensa del encausado interpuso recursos de reposición y apelación en subsidio (fs. 922/939 vto.). Expresó en síntesis:

- a) desconocimiento del marco histórico y legal de la época: se atribuye la muerte de Iván Morales Generalli a la coordinación represiva del “Plan Cóndor” por cuanto éste es posterior en el tiempo. La actuación de L. R. estaba amparada por la normativa de la época. El operativo respecto de Iván Morales puso no haber estado relacionado al “Plan Cóndor”, en tanto éste habría tenido origen en Noviembre del año 1975;
- b) improcedencia de asignar la calidad de Lesa Humanidad al delito de autos;
- c) falta de elementos probatorios sobre el

Homicidio y la participación de su defendido: se cuestiona que la causa de muerte de Morales sea homicidio, y que aún de haberlo sido surja debidamente acreditada la participación de L. R.; d) aplicación de “un derecho penal del enemigo”: se aplica un “derecho penal del enemigo” al invertirse al carga de la prueba. Existe un perjuicio inadmisibles bajo el cual es sometido a la justicia L. R., a quien se pretende aplicar el derecho de manera excepcional, imponiendo la más clara realización del derecho penal de autor o derecho penal de enemigo; e) desconocimiento de la actuación funcional del imputado: no se aquilató en debida forma cual era la función de L. R. al momento de los hechos, teniendo presente lo edictado por el art. 256 del Código Militar: “...el cargo ejercido implica precisamente la ajenidad a la situación sobre la que debe informar” (fs. 931 vto.); f) errónea adecuación típica: por el mero hecho de ser juez sumariante no puede endilgarse la muerte de Morales Generalli; g) inobservancia del principio in dubio pro reo; h) no aplicación de la causal extintiva de la prescripción; i) vulneración de los institutos de la cosa juzgada y del non bis in idem: el procesamiento que se impugna es el resultado de una errónea valoración de hechos, de elementos probatorios, de la aplicación inescrupulosa de un derecho de autor inadmisibles, vulnerando normas y principios elementales de derecho e ignorando institutos jurídicos como la prescripción.

IV) Al evacuar el traslado (fs. 944/967), el M. Público abogó por el mantenimiento de la recurrida. En lo medular contestó: a) una cosa es admitir que la Jurisdicción de los civiles estuviera a cargo de la “justicia militar”, y aún estuviesen suspendidas las garantías a los efectos de la persecución de los “subversivos”, y otra cosa muy distinta, que estuviera permitido la tortura y la muerte de los detenidos. Pues, L. R., en su calidad de Oficial el Ejército Nacional, debía ser consciente que la fecha que ocurrieron los hechos que nos convocan: 1) regían los tipos penales elencados en el Código Penal; 2) de igual forma, que se encontraban vigentes las Convenciones de Ginebra de Naciones Unidas sobre el trato a los prisioneros de guerra. Convenciones que fueron aprobadas el 12 de agosto de 1949 y ratificadas por Uruguay el día 17 de Septiembre de 1968 por ley 13.683. Las cuatro convenciones tienen un artículo en común, el art. 3º que en caso de conflicto, veda toda violación a los derechos humanos de los prisioneros. Entre ellas, el homicidio, los atentados contra la integridad física, las torturas, los tratos humillantes o degradantes, las ejecuciones y las condenas sin previo juicio. En dicha fecha, al igual que ahora, estaba prohibido torturar y/o dar muerte a los detenidos. Y precisamente ello es lo que se le imputa a R., ser partícipe en los malos tratos aplicados a Morales Generalli que en definitiva le produjeron su muerte; b) improcedencia de la calidad de

crímenes de Lesa Humanidad: resulta un hecho inconcuso en la doctrina y jurisprudencia internacional que los crímenes de Lesa Humanidad surgieron con el Estatuto del Tribunal Militar de Núremberg de 1945 art. 6. Si nos atenemos a la definición dada por el Estatuto y las generalizaciones desarrolladas por la normativa posterior, no cabe lugar a dudas que lo denunciado en autos reviste la calidad de crimen de Lesa Humanidad; c) falta de elementos probatorios sobre el homicidio y la participación del prevenido: no se puede hablar de suicidio, por cuanto no existe un solo elemento que permita inferir ello. Menos aún que se trata de una muerte natural ya que nos encontramos frente a un joven de 25 años del cual no existe ningún elemento para sostener que tuviera una patología previa que hiciera pensar en una muerte tan prematura. Lo que se encuentra acreditado que dicho joven se encontraba detenido en una unidad militar, que fue sometido a interrogatorios y que se le constataron diversas heridas. Se está ante un homicidio especialmente agravado habiendo sido la muerte de Morales Generalli como consecuencia de los apremios físicos a los que fue sometido. L. R. era un engranaje significativo dentro de dicho aparato represivo, habiendo cuenta que estaba asignado a tareas antisubversivas y a la vez fungía como juez sumariante de la unidad militar. El juez sumariante debe tomar todas las medidas necesarias y eficaces para el esclarecimiento de todo hecho con apariencia delictiva que se produzca dentro de la Unidad. Exigencias que

a todas luces incumplió L. R. y con ello ve comprometida su responsabilidad en la muerte de Morales Generali. El Juez sumariante es designado por el Jefe de la unidad, por lo que debe contar con la confianza de éste, y asimismo cumple sus funciones en el propio recinto militar. Por tanto, esta en pleno conocimiento de lo que sucede en el lugar; d) aplicación de “un derecho penal del enemigo”: el prevenido tuvo todas las instancias procesales para ejercer su defensa material y técnica; e) desconocimiento de la actuación funcional del imputado: resulta imposible sostener que el prevenido era ajeno a todo lo que pasaba en la unidad, por tanto, también de lo acontecido en el caso de Iván Morales. Antes de que se produjera la muerte de la víctima, se cometieron otros delitos en su perjuicio. En primer lugar, se detuvo ilegítimamente a Iván Morales, desde que no consta que éste haya participado en delito alguno. Ergo, no existía flagrancia y menos aún orden de Juez para su detención. Por tanto, en la medida que su detención no estuvo precedida de las exigencias constitucionales para ello, se conculcó la libertad ambulatoria de la víctima. Luego, el accionar de quienes procedieron a ello queda alcanzado por el tipo penal previsto en el art. 281 del C.P. En segundo lugar, en la unidad militar se le aplicaron diversos tormentos. Luego, como mínimo existió un claro abuso de autoridad contra los detenidos (art. 286 del C.P.). Ante estos hechos ilícitos, L. R., en su condición de juez sumariante, no realizó ninguna investigación. Como consecuencia de tales

delitos previos, se produjo la muerte de la víctima. El prevenido solo se limitó a realizar un memorándum. En tanto, allí nada consignó sobre los delitos perpetrados, y únicamente procedió a informar los motivos que existían para la detención de Iván Morales, el presunto delito en que participara, así como quienes fueron sus interrogadores. No procedió conforme su obligación, por cuanto éste formaba como parte del engranaje represivo orquestado para detener a aquellos que se oponían al régimen;

f) errónea adecuación típica: la conducta del L. R. queda alcanzado por el mecanismo amplificador del tipo previsto en el art. 61 Nral 2 del C.P. Los responsables del entuerto actuaron con absoluta libertad, a sabiendas que su accionar contra leggen no sería investigado ni reprimido. El principal responsable de tal investigación -amén de su prevención- era L. R., que nada hizo para que la muerte de Iván Morales se produjera, y menos aún para que se investigara en debida forma;

g) inobservancia del principio in dubio pro reo: dicho principio opera en el momento de la sentencia definitiva, es decir luego de transcurrido el derrotero procesal y cuando no existen más pruebas a diligenciar. En dicha instancia, al requerirse la plena prueba para la condena el Juez ante la duda debe absolver;

h) no aplicación de la causal extintiva de la prescripción: no se considera al existir cosa juzgada;

i) vulneración de los institutos de la cosa juzgada y del Non bis in idem: estamos ante una clara situación de cosa juzgada fraudulenta, donde lo instruido es para encubrir la

realidad y a la postre perpetrar la impunidad de los responsables. Lo descrito se adecua a lo que en doctrina y jurisprudencia internacional se conoce como cosa juzgada aparente o fraudulenta.

V) Por fundada Res. N° 309/2020 (fs. 974/976), la *A quo* mantuvo la recurrida y ordenó franquear la Alzada, donde se citó para sentencia, la que previo estudio por su orden, fue acordada.

CONSIDERANDO

I) La Sala por unanimidad, no hará lugar al recurso interpuesto por considerar que los agravios formulados no resultan atendibles.

II) En autos, luego de una dilatada instrucción, se dispuso el procesamiento y prisión del imputado, por un delito de homicidio muy especialmente agravado en calidad de coautor.

Por su parte, la defensa del imputado centró su argumentación en el desconocimiento del marco histórico y legal bajo el cual deben encuadrarse los hechos; la calificación del delito como de lesa humanidad; los hechos que se tuvieron por probados y la participación del imputado y por la desatención del principio

in dubio pro reo; por la aplicación de un “derecho penal del enemigo”; por el desconocimiento de la prescripción ocurrida y el desconocimiento de la cosa juzgada derivada de la actuación de la justicia de la época.

III) Por el contrario, a juicio de la Sala, los elementos allegados al proceso, sin perjuicio de la provisoriedad propia de este tipo de pronunciamientos, avalan el procesamiento dispuesto.

Debe recordarse que, conforme se señalara en Sentencia N° 100/2004, (RDP, N° 16, pág. 628, c. 80, Sent. 100/04) “... *para el progreso de una situación de enjuiciamiento, sólo es necesario que se constate la ocurrencia de un hecho con apariencia delictiva y que existan elementos de convicción suficientes para sustentar que el indagado fue el protagonista...*”.- También (sentencia 218/94) afirmó la Sala que “... *la decisión de procesamiento no es más ni menos que un juicio de probabilidad acerca de los extremos fácticos y jurídicos de la imputación que declara que hay elementos de convicción suficientes para juzgar, al momento de su dictado y provisionalmente, que se ha cometido un hecho delictuoso y que el imputado ha participado en el mismo...*”. Como se dijo en la sentencia 100, ya citada, “*El debate sobre la solvencia de la prueba, sobre el elemento subjetivo o las circunstancias modificativas, debe resignar hasta la etapa de conocimiento, el plenario del proceso*”. Ello determina que carezca de asidero el

agravio por supuesta violación del principio “in dubio pro reo”. Olvida la Defensa que en este caso se trata de la apelación de un auto de procesamiento y no de una sentencia definitiva, por lo que no se requiere la plena prueba del hecho, sino, al tenor del art. 125 del CPP (DL 15.032) que: “a) Conste la existencia de un hecho delictivo- b) Que haya elementos de convicción suficientes para juzgar que el imputado tuvo participación en el delito” .

IV) Pues bien, en el caso de autos, existen elementos de convicción suficientes que avalan el procesamiento dispuesto.

En efecto, resulta semiplenamente probado, y sin perjuicio de las resultancias definitivas del proceso, que, tal como se consignó en la recurrida, y tampoco es cuestionado por la Defensa, Iván Morales, militante de la Organización Popular Revolucionaria 33 (O.PR 33) fue detenido el 21 de noviembre de 1974 y trasladado a dependencias del Regimiento de Caballería N° 6, luego de un breve pasaje por El Departamento IV de la Dirección Nacional de Inteligencia. En el Regimiento de Caballería fue interrogado y allí falleció, durante el interrogatorio o entre dos instancias de interrogatorio.

La causa de la muerte resulta del informe pericial (“autopsia histórica”) realizado por los Dres. H. R., D. M y F. L. de fs. 373-380, los que se basaron en la información referida a fs. 374-

375, contenida en el expediente del Supremo Tribunal Militar causa N° 125/75, autos “ Ciud. Iván Morales Generali (fallecido). Clausura”, entre los que se encontraban la autopsia efectuada al cadáver de Iván Morales por el Dr. J. A. M., fotografía del cadáver, informe histopatológico de hígado, pulmón, riñón corazón y sistema nervioso central e informe toxicológico de hígado, bazo y contenido gástrico del cadáver de Iván Morales.

En base a tales informes y demás actuaciones mencionadas por los mismos Peritos, concluyeron que la muerte de Iván Morales fue violenta y heteroinferida, cuya causa final fue la embolia grasa pulmonar y la causa básica, los traumatismos múltiples padecidos por el fallecido, (fs. 380).

En definitiva, se dio muerte a Iván Morales en función de los golpes padecidos por éste, lo que ubica su fallecimiento en una hipótesis de homicidio.

Al prestar declaración, (716-723) los peritos precisaron que: *“A la embolia grasa se llega por haber recibido agresiones con objetos contundentes en el cuerpo, las formas características son las que se producen a partir de fracturas de huesos y las que se producen por contusión reiterada e intensa de partes blandas y de regiones ricas en tejido adiposo, en este caso, M. lo interpretó como secundaria al hematoma de la grasa perirrenal a partir de que ese hematoma evidenciaba que ahí había recibido agresión mecánica o sea contusiones, golpes. PREG.*

Vale decir entonces que esa embolia grasa se produjo por golpes en la espalda? CONT. Sí, en la región lumbar”.

En definitiva, con la provisoriedad propia de este tipo de pronunciamientos, cabe concluir que efectivamente Iván Morales murió a causa de las agresiones sufridas en ocasión de su interrogatorio en el Regimiento de Caballería Número 6, aún cuando a la fecha no pueda concluirse en quien o quienes específicamente fueron quienes lo golpearon en la medida en que falta recibir declaraciones a quienes se indica como eventuales autores de tales hechos, (fs. 387-390)

V) Por su parte, surge también acreditado y no ha sido controvertido, que a la fecha del homicidio (21 de noviembre de 1974), el imputado revestía como Juez Sumariante en la Unidad. Por consiguiente y en función de dicha calidad, habiendo acaecido una muerte violenta en el lugar donde éste cumplía funciones, no existen dudas que le correspondía reunir los datos esenciales del delito (art. 83 del Código de Organización de los Tribunales Militares) cumpliendo las más necesarias y urgentes diligencias para el esclarecimiento del delito cometido” (art. 256 Código de Procesamiento Penal Militar).

Es así que, más allá de la responsabilidad que también le hubiera podido corresponder al Juez Militar, el Juez

Sumariante, esto es, el imputado, ante la comisión de un delito, como lo es sin duda alguna el dar muerte a una persona por medio de golpes en ocasión de un interrogatorio, esto es, sujeta en definitiva a tortura, debía necesariamente adoptar las primeras y urgentes medidas para esclarecer tal delito. Sin embargo, nada de eso hizo el imputado, quien en definitiva se limitó a elevar al Juez militar el memorándum que consta a fs. 17-18) de expediente acordonado Ficha N° 968/1986.

Basta leer tal documento para advertir que el mismo sólo hace referencia de manera significativa a las actividades de la víctima, indicando un hecho que no se ajusta a la verdad por ser una verdad a medias, esto es, que Iván Morales murió en ocasión del interrogatorio, cuando iban a recomenzar el mismo, de acuerdo al memorándum, sin mencionar en absoluto los golpes recibidos por éste precisamente en su interrogatorio. Sin pretender soslayar que para el redactor del documento, ahora imputado, obviamente, la lucha contra la actividades y personas que se consideraban subversivas eran de importancia primordial y a eso estaba dirigido su accionar, no puede dejar de advertirse que bajo ninguna circunstancia, matar a una persona a golpes para extraerle información nunca, en ningún contexto, puede ser considerado una actividad lícita. No comunicar que ello ocurrió y no hacer nada para identificar a los autores y tomar las medidas del caso para que los mismos puedan ser responsabilizados supone

entonces el encubrimiento de éstos. Y más precisamente, en el caso del imputado que, justamente, era quien, sin perjuicio del Juez Militar, debía tomar las primeras medidas para esclarecer este delito.

Al no haberlo hecho, a los efectos del dictado de la presente y sin perjuicio del análisis definitivo que corresponda efectuar al momento de dictar sentencia, cabe concluir que su accionar se enmarcó en la previsión del art. 61 numeral 2 del C.P.

La Defensa se agravió del rol y participación asignada a R. y la adecuación típica efectuada en el anterior grado, sin embargo, a juicio de la Sala, no le asiste razón.

En efecto, el Tribunal comparte el criterio postulado por la recurrida y el Ministerio Público en cuanto a que en el caso, se verifica una hipótesis de coautoría por promesa de encubrimiento.

Como lo enseña Cairoli son coautores “ *quien concurren materialmente, aportando su cooperación en la fase de la consumación, o moralmente, generando el delito. También son coautores para el código patrio quienes interviniendo materialmente en la fase preparatoria o en la fase de tentativa, lo hacen con un acto que es imprescindible para cometer el delito. Además, también se estructura otro tipo de coautoría cuando se trata de funcionarios públicos que intervienen moralmente y deciden el delito porque prometen encubrirlo*”

(Curso de Derecho Penal Uruguayo, T. II, FCU, 1988, pág. 104), en definitiva, como señala el Sr. Fiscal en su cita a al mismo autor y obra, a fs. 960 la hipótesis del art. 61 N°2 refiere a *“ una promesa anticipada de silencio, lo que determina al otro a ejecutar la conducta típica. Se trata indudablemente de una cooperación de carácter moral generativa, pues su actitud decide al otro a realizarlo”*.

Y precisamente, esa promesa se verifica en el caso de autos, más allá de que no se haya verbalizado específicamente.

El homicidio se produjo en el marco de un interrogatorio sujeto a apremios físicos, a una persona detenida por actividades subversivas, en el año 1974, cuando el Estado de Derecho no regía en el país y donde la estructura y organización de la lucha antsubversiva estaba planificada de modo tal que tales actos, esto, es los apremios a detenidos, o tortura, que podían incluso terminar en muerte, como ocurrió con Iván Morales, no eran sancionados por quienes correspondía. En este caso, por tratarse de un homicidio en una unidad militar, donde el imputado revistaba como Juez sumariante, éste debió adoptar las primeras medidas para sancionar a los autores del homicidio. No lo hizo, pero además, era un hecho obviamente claro para los autores, que el Juez sumariante no los iba a investigar ni adoptar medida alguna en relación a los mismos. La forma en que se actuaba les aseguraba la impunidad y quien la aseguraba en el caso era precisamente el imputado,

entre otros, al no hacer nada frente a la ilegal detención y posterior abuso contra el detenido y finalmente homicidio del mismo. Más aún en el caso de R., quien de acuerdo a su legajo, ampliamente citado en la recurrida, demuestra que había tenido una relevante participación en la lucha antisubversiva y había sido distinguido por ello. Por ello, en este caso, es menester tener en cuenta que, conforme lo señalara la Sala en Sentencia 134/2015: *“Para delinear el concepto jurídico penal de coautoría, reviste mucha mayor importancia y significación la identidad del propósito, la coincidencia de voluntades o, en otros términos el concierto de participación, previo o concomitante, expreso o tácito, pero en todo caso inequívoco de la tarea que cada uno asume en la ejecución del plan” (de la Sala, S. 29/87 y 265/04, RDP 16, c. 92 y Sent. 196/00, RDP 13, c. 33; etc.)” (de la Sala, Sent. N° 202/2011)...*

Entonces, si es era la forma de actuar (detenciones ilegales sin orden de la autoridad competente, interrogatorios bajo apremios físicos, torturas) en la lucha antisubversiva, y R. había participado de la misma, es claro que no consideraría ilegítimo que otros actuaran de la misma forma, por lo que ello garantizaba la impunidad de quienes así procedieran, lo que conlleva a la aplicación del art. 61. N°2 del C.P. y excluye los agravios de la defensa dirigidos a la participación atribuida a R. y la calificación jurídica. Y esa impunidad resultaba

claramente imprescindible para actuar como se actuaba por parte de quienes ejecutaban los hechos concretos en la denominada “lucha antiterrorista”. Como lo señala Mir: *“La fenomenología de la codelinquencia muestra que en la realización colectiva de un hecho no siempre los actos literalmente ejecutivos constituyen la parte más difícil o insustituible y que en cambio, el éxito del plan depende de todos quienes asumen una función importante en el seno del mismo”* (Santiago Mir Puig, Derecho Penal. Parte General, 4º Edición, pág. 386).

Todo ello, obviamente, sin perjuicio del examen que corresponda hacer al momento de dictarse sentencia. *“Como ha dicho siempre la Sala, el tema de la calificación no es materia para dilucidar en esta etapa que sólo requiere la constatación de un hecho con apariencia delictiva, y que el o los sujetos indagados hayan tenido participación en el mismo...En realidad esta posición sólo puede resignar cuando resulta probado que el hecho no ha existido, o que el encausado no fue protagonista...”* (de la Sala, Sent. N° 102/2004, RDP N° 16, p. 628, c. 79).

Por otra parte, el hecho de que no estén identificados los autores no impide la atribución de responsabilidad a los coautores. Como lo señalara la Suprema Corte de Justicia: *“...la atribución de un delito en calidad de co-autor no requiere de regla que hayan sido sometidos a proceso o aun ubicados e*

identificados el o los autores materiales directos del delito de que se trate, bastando con la constatación de los supuestos fácticos configurativos del reato y de aquellos que permitan concluir positivamente sobre la participación del sujeto, en alguna de las modalidades previstas legalmente que encuadren en el concepto de co-participación, para que pueda cerrarse un juicio positivo de responsabilidad penal respecto de cada uno de los sujetos involucrados, que concurrieron al reato (art. 59 inciso 1º del Código Penal), individualmente considerados...” (SCJ, LJU SUMA 138031, Nº 79/07; Fecha: 18/VI/07).

VI) En relación a los restantes agravios formulados por la Defensa, tampoco resultan de recibo.

Claramente en este caso no puede hablarse de la aplicación de un “derecho penal del enemigo”. Como lo enseña Cervini, la teoría de Jakobs *“implica la definitiva renuncia al concepto de culpabilidad, que sustituye por una noción funcional, a la cual solo la idea de fin puede darle contenido, entendiéndola como prevención general cuya razón de ser es la “fidelidad al derecho”. Esta concepción – se objeta con razón- sacrifica la función limitadora de la punibilidad, propia del principio de la culpabilidad por la prevención general y sostiene que la represión penal del ciudadano no se rige ya por circunstancia personales, sin por criterio tan inasibles como la “fidelidad al derecho”...”* (Raúl Cervini, “El Derecho Penal del Enemigo y la

inexcusable vigencia del principio de dignidad de la persona humana”, Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay 05-2010. pág. 32)

Basta analizar las actuaciones cumplidas, donde se advierte el respeto de todas las garantías para concluir que de ninguna manera se limitó o violó derecho alguno del imputado ni se sustituyó el análisis de su responsabilidad *prima facie* por un criterio de prevención general.

VII) En cuanto a los agravios por haberse desatendido a la prescripción de los hechos, los mismos son de franco rechazo en tanto existe en autos sentencia firme por la que se rechazó la pretensión de la Defensa anteriormente formulada y dirigida en tal sentido (ver sentencia de la SCJ 1585, fs. 593-607).

Y carece de incidencia en la presente instancia establecer si el delito imputado debe ser caracterizado como delito de lesa humanidad, sin perjuicio de que al momento de dictarse sentencia pueda examinarse tales extremos si correspondiere. Máxime cuando ello no incide en orden a la prescripción de la acción que ya ha sido descartada por decisión firme anterior, como se indicara *ut supra*.

VIII) Todavía, debe señalarse que no resultan de recibo los agravios por violación a la cosa juzgada y principio *non bis in idem*.

En los autos acordonados Ficha 968/86 se dispuso simplemente el archivo sin más trámite, por decreto de 4 de febrero de 1987, al recibirse los autos desde la jurisdicción militar, sin ordenarse acto procesal alguno y sin que se atribuyera responsabilidad a persona alguna ni se absolviera al imputado.

Tampoco se realizó investigación ni pronunciamiento alguno en sede de Justicia Militar, en relación a R., ordenándose únicamente el archivo de las actuaciones y huelga decir que en ningún momento el imputado revistió siquiera la calidad de indagado, declarando únicamente en calidad de “testigo” tal como consta a fs. 21, por lo que de modo alguno puede entenderse violación a su derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho ni existe cosa juzgada alguna que deba prevalecer.

POR CUYOS FUNDAMENTOS, y lo previsto en arts. 125, 126, 252 y cc. CPP, **EL TRIBUNAL**

RESUELVE:

CONFÍRMASE LA RECURRIDA.

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE.

Dra. Graciela Gatti Santana

Ministra

Dr. Sergio Torres Collazo

Ministro

Dr. Alberto Reyes Oehninger

Ministro

Esc. María Laura Machín Montañéz

Secretaria

