

Montevideo, 21 de abril de 2010.-

SENTENCIA N° 4/2010.-

VISTOS:

Para sentencia definitiva estos autos “JUAN C. BLANCO, COAUTOR DE UN DELITO DE HOMICIDIO” ficha 17-414/2003, seguidos con la Dra. M. Guianze por el Ministerio Público y la Dra. Lucía Curbelo por la defensa.

RESULTANDO:

I) HECHOS QUE RECLAMA COMO PROBADOS LA FISCALÍA.

A fs. 1667 y sts el Ministerio Público sostiene que se encuentran probados los siguientes extremos.

Elena Quinteros era integrante del Partido por la Victoria del Pueblo, PVP. Se produjo un operativo entre la República Argentina y Uruguay a los efectos de desarticular al PVP. En ese marco, entre el 26 y 27 de junio de 1976 fue detenida en su casa de Ramón Massini 3044/103 Elena Quinteros. Se la condujo al “300 Carlos”, o “infierno grande” en el Servicio de Material y Armamento”, en el Batallón 13. Allí se torturaba a integrantes del Partido Comunista del Uruguay, PCU, y del PVP. Esto se prolongó hasta el 28 de junio de 1976. Hasta esa fecha Elena Quinteros estuvo detenida en las mismas condiciones que las otras privadas de libertad. El 28 de junio de 1976 se preparó una salida. Elena Quinteros simuló que se encontraría en Boulevard Artigas y Avda Rivera, cerca de donde estaba en aquellos momentos la embajada de Venezuela, con un compañero del movimiento.

En el “300 Carlos” operaba la “OCA”, Organización Coordinadora de Operaciones Antisubversivas”. El Capitán Jorge Silveira integraba la OCA. Este organismo organizó la salida. Elena Quinteros fue llevada en un automóvil VW verde, con personal de custodia. Se montó vigilancia donde Elena Quinteros se encontraría con su contacto.

Se le permitió bajar del automóvil. Quinteros se introdujo en el predio lindero a la embajada de Venezuela. Saltó un muro y se introdujo en la embajada. Gritó quién era, qué era y que quería asilo. Los custodias, al advertir la situación, la tomaron de los cabellos y la arrastraron hacia el exterior de la embajada. El Consejero de la Embajada, Frank Becerra, y el Secretario Carlos Olivares trataron de ayudar a la mujer. Se produjo un violento forcejeo entre los funcionarios diplomáticos y los custodias de Quinteros. Los custodias lograron finalmente introducir a Quinteros en el automóvil en el que se la había traído, que esperaba frente a la embajada. En el forcejeo mencionado resultó lesionado Frank Becerra. Resultaron identificados efectivos de la Dirección Nacional de Información e Inteligencia, DNII, y presumiblemente de las Fuerzas Armadas, FFAA. Ciudadanos uruguayos asilados en la embajada sintieron los gritos de Quinteros y en algún caso fue posible observar por una ventana del piso superior, el incidente.

El mismo 28 de junio de 1976, luego de los hechos referidos, el Embajador de Venezuela, Julio Ramos, se presentó ante el Ministerio de Relaciones Exteriores, MMRREE. El Subsecretario Guido Michelín Salomón recibió la protesta de que instantes antes cuatro personas de civil que perseguían a una mujer, habían detenido a ésta en el jardín situado en el frente de la embajada de su país. El 29 de junio el Embajador Ramos presentó nota al Ministro JC Blanco, elevando su protesta porque

acababa de ser violada la sede de su Misión, a la cual había penetrado gente de seguridad, vestida de civil, para, por la fuerza, atrapándola por los cabellos, sacar a la dama que venía a solicitar asilo diplomático. Reclamó la inmediata entrega de la señora.

El Ministro del Interior, Hugo Linares Brum, el día 30 de junio, informó que su secretaría reclamaba enérgicamente contra las ligeras manifestaciones de funcionarios de la embajada de Venezuela, que pretendían involucrar a funcionarios de esa secretaría de Estado en hechos en los cuales ningún integrante de ella había tenido participación.

El 1 de julio de 1976 el Canciller JC Blanco afirmó que las diligencias cumplidas hasta ese momento indicaban claramente que a ninguna dependencia oficial cabía responsabilidad en el incidente.

El 2 de julio de 1976 la embajada de Venezuela presentó nota al Dr. JC Blanco. Luce sello de entrada el 1 de julio de 1976 a pesar de estar fechada el 2 de julio de 1976. En ella se pidió que se identificara a la Sra. Elena Quinteros de Díaz, de 31 años, maestra, cuya familia reside en Calle Los Jockeys, urbanización "El hipódromo". Y que un señor apodado "Cacho" quien, según información del Sr. Comisario Jefe de la DNII, Pablo D. Fontana Zunino, es funcionario del Servicio de Información e Inteligencia, se presentara en aquella Misión para aclarar la identidad de la Sra y la de la persona que había cometido la tropelía.

Luego de este requerimiento, el Estado Mayor Conjunto, ESMACO, procuró el concurso de un escribano y el Mayor J.A Lezama se presentó en la casa de los suegros de Elena Quinteros, Félix Díaz y Sofía Berdayes. El propósito era interrogarlos y labrar un acta que se fechó 3 de julio. Este acta fue para la Cancillería donde se usó como instrumento en las relaciones con Venezuela.

El Embajador Julio Ramos se comunicó con el Canciller JC Blanco por nota del 5 de julio diciendo que hacía caudal de la normativa internacional sobre inviolabilidad de las representaciones diplomáticas y sobre el Asilo, que fueran violadas por funcionarios uruguayos. Anunció la suspensión de las relaciones diplomáticas entre ambos gobiernos, a partir de la fecha de la nota. Una copia de esa nota fue entregada al representante de Uruguay en Venezuela. En la misma fecha, 5 de julio, un memorandum de la Cancillería daba cuenta de una conversación que se anunciaba, con el Presidente de Venezuela, Carlos Andrés Pérez, en la cual se disponía a anunciarle el envío de un representante personal, el Ministro de Relaciones Internacionales, Dr. JC Blanco, para buscar una solución definitiva al incidente del 28 de junio pasado en la Embajada de Venezuela. El Dr. JC Blanco estaría a disposición del Presidente Carlos Andrés Pérez a partir de la hora 10.00 del día siguiente. Se reiteraba la buena disposición del Gobierno de Uruguay para encontrar una solución satisfactoria.

El 6 de julio de 1976 el MRREE emitió un comunicado de prensa desmintiendo las versiones según las que el gobierno de Venezuela había roto las relaciones diplomáticas con Uruguay en el día anterior. El mismo día se comunicó al Embajador Julio Ramos y al Consejero Frank Becerra que habían sido declarados personas no gratas, que se les daba 72 horas para abandonar el país. Porque ambos habían violado la soberanía nacional y lesionado la dignidad del pueblo y del gobierno de Uruguay.

Como respuesta a la nota del 2 de julio de 1976 del Embajador de Venezuela Don Julio Ramos la Secretaría del MRREE había redactado una nota, fechada el 6 de julio de 1976 en la que se expresaba el propósito de esclarecer los hechos del 28 de junio en la embajada de Venezuela, que se condenaban y repudiaban. A continuación dicha nota enumeraba los antecedentes policiales y judiciales de Elena Quinteros y se afirmaba que ésta había abandonado el país el 24 de enero de 1975 desde

Colonia hacia Buenos Aires, República Argentina. Y que desde entonces Quinteros no estuvo ni estaba detenida a disposición de alguna autoridad nacional de ningún tipo, ni registra entrada el territorio nacional. Se cuestionó la actitud de la Embajada de Venezuela de ubicar familiares de Elena Quinteros y esclarecer su identidad, tildándola de violatoria de la soberanía nacional. Se insinuó que el incidente podría ser uno enmarcado en la campaña de desprestigio a Uruguay y para que Uruguay se enemistara con Venezuela. Subrayó que el Estado uruguayo había respondido con todo lo que podía informar a Venezuela. Atribuyó la falta de entendimiento al Sr. Embajador Julio Ramos, a su subjetivismo no basado en pruebas.

JC Blanco convalidó la negativa del gobierno sobre la participación de efectivos policiales y o militares en el secuestro de Quinteros. Procuró descalificar la actuación de la Embajada de Venezuela sobre la identidad de la persona privada de libertad. Conocida la decisión de Venezuela de suspender relaciones diplomáticas se descargó las responsabilidades en los diplomáticos de Venezuela ante Uruguay. JC Blanco acudió al argumento de la campaña de desprestigio contra Uruguay. JC Blanco impartió instrucciones secretas, enviadas en forma cifrada, que prescribían los lineamientos de conducta de los funcionarios del Servicio Exterior de Uruguay. Aceptar la versión oficial, evitar la polémica, enfatizar en la personalidad del Embajador J. Ramos. Este protocolo fue cumplido por la diplomacia de Uruguay. Antes de la suspensión de relaciones JC Blanco dispuso la confección de un documento fechado el 2 de julio de 1976. En la redacción tomaron parte el Director de Política Exterior Dr. Álvaro Álvarez, Guido Michelín Salomón y Julio C Lupinacci. En el documento se plasmaron las ideas de JC Blanco. Las alternativas eran entregar a la mujer o no entregar a la mujer. "Conducta a seguir frente al caso Venezuela". Este memorandum era secreto. Salió a la luz en una investigación en el MRREE en democracia, en el marco de la ley 15848 ante una denuncia de Nelson Lorenzo Rovira, a la sazón legislador. La investigación de la Dra. María del Luján Flores de Sapriza dio con el memorandum que se está analizando. Estaba manuscrito por Álvaro Álvarez. La versión final era mecanografiada.

El 6 de junio de 1990 el semanario "Mate Amargo" publicó este documento obtenido, según se dijo, de fuente anónima, incompleto. El memorandum llegó al senado. JC Blanco solicitó una investigación parlamentaria, entonces. Los elementos que delimitaban el asunto tratado en ese memorandum estaban dados, por disposición de JC Blanco, por las notas de la Embajada de Venezuela de 29 de junio y 2 de julio, telegrama del Presidente de Uruguay, Dr Demicheli al Presidente de Venezuela Carlos Andrés Pérez. No se trata de una mera hipótesis de trabajo sino del manejo concreto de hechos y circunstancias, sopesando explícitamente las consecuencias del hecho ilícito en una u otra opción, alternativas de acción.

Se escribió en el memorandum que no podía persistirse en la posición de alegar que la acusación de Venezuela carece de elementos de juicio ante las determinaciones concretas de datos contenidas en la última nota de Venezuela. Se partía de la base de que lo que decía el Embajador de Venezuela era verdad, por su investidura.

La no entrega de la mujer significaba no entregar la prueba de un acto ilícito. Y que la mujer no declarará contra Uruguay. Pero determinará el rompimiento de las relaciones diplomáticas con Venezuela, deteriorará más la imagen del país, lesionada por la campaña internacional que es de conocimiento. Se presentaría a Uruguay como violador de Institutos internacionales sobre inmunidad e inviolabilidad de Misiones diplomáticas y Asilo. La posición internacional sería desventajosa. La entrega de la mujer evitaría el rompimiento de relaciones diplomáticas con Venezuela,

mostraría a Uruguay como cumplidor de los instrumentos internacionales, sería elemento positivo en lo internacional. Pero reconoceríamos la comisión de un ilícito y tendría que afirmarse la sanción de los responsables. La mujer podría hacer declaraciones en nuestra contra, esto podría explotarse en campaña contra nosotros. Estas desventajas se neutralizarían por acuerdo de entrega con Venezuela vía autoría del incidente por funcionarios de baja jerarquía.

El memorandum se inclina por el género de alternativa basado en la entrega.

Ese memorandum fue llevado a una reunión con los Ministros de Defensa e Interior, Comandantes en Jefe de las Armas más JC Blanco, Álvaro Álvarez, Guido Michelín Salomón y JC Lupinacci. El memorandum no llegó a tratarse porque los comandantes negaron tener a la mujer en su poder.

El memorandum se refiere a la mujer, a pesar de que ya sabían su nombre. La nota del 2 de julio, de la Embajada de Venezuela, ya precisaba la identidad de la víctima y la ubicación de sus familiares, lo que fue corroborado por las fuerzas de seguridad.

No es cierto que el caso de Elena Quinteros durara 7 u 8 días. Duró mucho tiempo más luego de la privación de libertad desde la Embajada.

Luego de la privación de libertad en la Embajada, Quinteros fue conducida al “300 Carlos” nuevamente. A partir de ese momento el trato fue especialmente cruel. Fue sometida a torturas constantes.

En esa misma época fueron sometidos a detención en Uruguay y Argentina militantes del PVP. Se los llevó al “300 Carlos” Un grueso de prisioneros traídos de Buenos Aires el 24 de julio de 1976 fue ubicado en las fincas del Ministerio de Defensa Nacional, MDN. Se fraguó, se falseó, la entrada clandestina de un grupo subversivo al país. Se obligó a los prisioneros a firmar actas falsas. Se fingió la detención de ellos en un chalet de Shangrilá. Y se fingieron otras detenciones en hoteles céntricos.

El asunto fue tratado en el COSENA. El Presidente de Uruguay tenía comunicación por el caso Elena Quinteros con el Presidente de Venezuela. JC Blanco tuvo un papel protagónico en el caso por su manejo del cuerpo diplomático y asesoramiento en Seguridad Nacional por la posición institucional del Canciller y su ingerencia en las esferas del poder.

La información de la Comisión para la Paz sobre la detención y muerte de Quinteros no pudo ser confirmada. En parte fue desmentida. Surge plena prueba de la detención de Quinteros, de su tortura. Permaneció con vida por lo menos hasta el mes de octubre de 1976. Luego no se ha sabido de ella y la indefinición de su destino final sigue.

La prueba surge de los agregados P 219/85 y P 405/84, excavaciones, fs. 1689.

JC Blanco fue partícipe directo de las primeras conversaciones con los militares que culminaron en febrero de 1973 con el acuerdo de Boiso Lanza. Se acordó la reestructuración del Servicio Exterior, lo que pone de relieve su ingerencia en esa negociación. El MRREE integró el COSENA desde el Decreto 163/1973 de 23 de febrero de 1973. Y allí permaneció. Luego el COSENA se superpuso al Estado Mayor Conjunto, ESMACO. Se enlazaron el Servicio de Información e Inteligencia, SID, el Servicio de Inteligencia del Estado, SIDE, bajo dependencia del MRREE y la DNII. Luego se planteó la erradicación de la subversión en todas sus formas. La Junta de Comandantes en Jefe constituiría el órgano de conducción y ejecución de la política nacional de las FFAA, ya como integrante del COSENA, el “CES” o como supremo

organismo de conducción militar. El CID era el centro de información nacional en el que se hallaba articulado el MRREE, interior y exterior.

En 1976 se desarrollaba la campaña de Amnistía Internacional contra la tortura en Uruguay. En EUA se oyeron voces para no apoyar la violación de derechos humanos en Uruguay, fs. 1691,1692. Esto se concretó en limitar la ayuda económica y militar. En los trabajos legislativos norteamericanos se abordaba el tema de Elena Quinteros. El gobierno de Uruguay había prometido una completa investigación.

JC Blanco declaró ante la Asamblea General de la ONU el 1/10/1976 criticando al Congreso de los EUA. En el Acto Institucional nº 5 se trató el tema de los derechos humanos e intervención extranjera, 20 de octubre de 1976. Se limitó la admisibilidad de intervención extranjera en estos temas.

JC Blanco trató de vincular lo menos posible la violación de los derechos humanos, DDHH, a su gestión. Dijo a fs. 444 que tenía la impresión de que el problema de DDHH se fue acentuando en los años posteriores a su presencia en la Cancillería. Entendía que había información sobre personas sospechadas de actividades subversivas. Dijo que no supo si se denunciaron muertes.

El desconocimiento de JC Blanco de violaciones de DDHH no es sostenible. A nivel internacional era visualizado como uno de los más radicales impulsores de la lucha antsubversiva que caracterizaron el Plan Cóndor al punto de sostener que libraban una tercera guerra y que eran el último bastión de la civilización cristiana. Los documentos obtenidos del MRREE refuerzan esta hipótesis.

No existen pruebas plenas de que hubiera existido la “operación zanahoria”.

El Estado no ha dado información precisa e indudable sobre los desaparecidos. Sólo consta que están desaparecidos. Y que antes fueron privados de libertad ilegítimamente. Que determinados funcionarios y sus mandos tuvieron responsabilidad en la desaparición. Los autores han querido ocultar o destruir las pruebas sobre la desaparición para mantener el crimen en la impunidad. Han asumido el pacto del silencio. Han construido pistas falsas. Se indicaron sitios falsos de enterramientos. La operación zanahoria fue una operación de contrainteligencia.

La Comisión para la Paz, COMIPAZ, recopiló información bajo reserva, información que sólo en parte resultó cierta. Significó un avance en el reconocimiento de centros clandestinos, detenidos desaparecidos, coordinación represiva en el Conosur, enterramientos clandestinos. No pudo saberse quiénes eran los informantes, no se pudo ahondar judicialmente sobre los puntos importantes, el paradero de los posibles restos no tuvo respuesta válida. Los datos de las FFAA no eran ciertos.

El Estado ha contribuido con el “Libro blanco” que tiene documentación importante pero fragmentaria. Es una investigación histórica utilizable por la justicia, material de fuente oficial.

El aparato militar del PVP era formado por Elena Quinteros, A. Mechoso, A. Soba, W Queiro, M. Julián y otros que están hoy desaparecidos.

El Estado no ha podido informar a la justicia sobre todo lo sucedido.

El Estado ha destruido información sobre el Plan Cóndor.

El Estado fue mendaz en informar sobre los desaparecidos. Obstruyó la prueba de los delitos al no llevar y conservar los registros y documentos. La “operación zanahoria” es un método de mentira institucional. Se habla de restos cremados y cenizas esparcidas para no dejar rastro. Ha existido falta de información en el caso uruguayo. Hay silencio y desaparición. Está probada la desaparición de Elena Quinteros quien fue privada de libertad por un grupo de las fuerzas conjuntas, FFCC.

Está probado su “secuestro” luego de intentar asilarse en la Embajada de Venezuela. Están probadas las torturas sistemáticas y el confinamiento. Está probado que no se ha vuelto a saber de ella. Existió una política estatal de desapariciones. Se ha destruido la prueba para mantener la impunidad. Se puede inferir la desaparición concreta vinculada con esa práctica. La Corte Interamericana de DDHH, CIDDHH, ha dicho que los indicios y presunciones pueden usarse si de ellos se puede inferir conclusiones consistentes sobre los hechos.

Aparece acreditado que si un detenido fallecía en un centro de detención no debía esto trascender, los restos debían ser eliminados y ocultos, se debía urdir una explicación falsa sobre el destino de la víctima (informe del Comando General del Ejército al Presidente de la República el 8/8/2005). No se daba intervención a la justicia. Se argüía una fuga o se solicitaba su requisitoria. Uruguay era acusado por esto a nivel internacional. En la ONU se replanteaba el caso de Quinteros a los representantes uruguayos.

La prueba de testigos es fundamental, ha dicho la CIDDHH, caso Suárez Rosero. Se debe prestar atención a las investigaciones históricas, novelas, libros, publicaciones oficiales, nacionales y extranjeras, informes de familiares y madres, libros de corte periodístico. Se debe prestar valor probatorio a los documentos y elaboraciones de la prensa.

II) HECHOS QUE LA DEFENSA ALEGA QUE DEBEN SER DADOS POR PROBADOS.

La defensa, básicamente, sostiene que Elena Quinteros ha fallecido, que JC Blanco no ha tenido participación alguna en la privación de libertad de ella y que no tenía poder de decisión sobre la suerte de Quinteros una vez en cautiverio. Que las decisiones eran tomadas por las instancias militares. Que el memorandum confeccionado a instancias del entonces Canciller JC Blanco era una mera hipótesis de trabajo para el caso de que la mujer estuviera efectivamente cautiva por fuerzas estatales. Y que en dicho memorandum se expresaba que se inclinaba por el género de posibilidades referidas a la entrega de la mujer.

III) LOS HECHOS PROBADOS.

El despacho considera que existe prueba plena de la ocurrencia de los siguientes hechos históricos, art. 245 numeral 2° del CPP.

Elena Quinteros pertenecía a la Federación Anarquista del Uruguay e integraba el “MLN Tupamaros”. En 1967 fue detenida en averiguaciones por su vinculación con el MLN-T. En 1969 fue detenida nuevamente por personal policial por su supuesta asumida tarea de aprender a confeccionar artefactos explosivos, siempre en el marco de su pertenencia al MLN-T. Fue procesada por el delito de asistencia a la organización MLN-T. Al año siguiente fue liberada. En 1972 fue detenida por averiguaciones en la seccional 12ª de policía, Anexo C, fs 148. En 1975 por resolución del Consejo Nacional de Educación fue destituida, era maestra, “Anexo C” fs. 148.

El 24 de junio de 1976 Elena Quintero fue privada de libertad por personal de la DNII Dpto 5, Agregado P 311/88 fs. 1. Fue llevada al “300 Carlos” o “Infierno Grande”, dependencia del SMA en el Batallón 13, lugar donde se mantenía en cautiverio a opositores políticos y se los sometía a torturas. Quinteros era tratada como el resto de las personas cautivas. El 28 de junio de 1976 Quintero fue sacada de ese sitio y llevada a las inmediaciones de la Embajada de Venezuela en Uruguay (fs. 7,7v,8,8v primera pieza, fs. 626,627, 628,628v,629,629v, segunda pieza, P 219 1985 agregado fs. 76,77,78,79,80,119,119v), en Avda Rivera y Boulevard Artigas. Había convencido a los funcionarios que la tenían en cautiverio de que en ese sitio ese día, se encontraría con un compañero de la organización PVP, fs. 71 y sts agregado P 219/1985, fs. 1840 y 1841

sexta pieza. De ese modo, la expectativa de los funcionarios encargados de la represión de la subversión y coordinados por la OCOA, era poder arrestar a otro miembro de esa subversión. Dejaron que Quinteros caminar por la zona en espera de su contacto. Entonces Quinteros se introdujo en la casa contigua a la Embajada de Venezuela. Saltó el muro que separaba ambas fincas y cayó en los jardines de la Embajada de Venezuela. A gritos comunicó quién era y que quería Asilo. Entonces los funcionarios que la vigilaban fuera entraron a los jardines de la Embajada de Venezuela. Esto no fue obstaculizado por la guardia policial que en aquel momento estaba en la Embajada. Los funcionarios tomaron a Quinteros y le arrastraron hacia las afueras de la Embajada. Entonces Quinteros gritó para que desde la Embajada se impidiera su retiro violento. El Secretario Frank Becerra fue uno de los funcionarios de la Embajada que salieron a prestar ayuda a la mujer que pedía Asilo. Becerra forcejeó para que Quinteros no fuera retirada del jardín de la Embajada pero fue rechazado violentamente por los funcionarios que en definitiva lograron retirar a Quinteros del sitio, subiéndola al automóvil VW verde en que había sido traída. El automóvil se retiró raudo del sitio y en sentido contrario al permitido de circulación, fs. 71 v agregado P 219/1985.

El mismo día de la sustracción de Quinteros de la Embajada de Venezuela, el Embajador venezolano, Julio Ramos, se presentó en el MRREE de Uruguay para hablar con el Canciller. Como éste no se encontraba entabló contacto con Guido Michelín Salomón, Sub Secretario del MRREE. Ramos le dijo a Salomón lo que había ocurrido en la Embajada, dejando sentada la denuncia. Guido Michelín Salomón llamó por teléfono a la Presidencia de la República y al Ministerio del Interior para comunicar lo denunciado. Se le hizo saber al Ministro del Interior, Hugo Linares Brum, la necesidad de dar urgente respuesta al planteo venezolano. Al rato, ya se había retirado el Embajador Ramos, el Ministro del Interior le comunicó a Michelín Salomón que el episodio no estaba registrado, que no le podía brindar ninguna información sobre la denuncia del Embajador Ramos.

En tanto en Venezuela, pocas horas después, el Canciller venezolano convocaba al Embajador uruguayo en Venezuela, Julio César Lucinacci. El Canciller protestó enérgicamente por la violación de la sede diplomática, fs. 4 y sts de la primera pieza de este expediente. Pocas horas después las autoridades uruguayas enviaban jerarcas a la Embajada para ofrecer la realización de un identikit y para asegurar que el incidente se investigaría. En Venezuela Lupinacci intentó comunicación telefónica con Uruguay para interiorizarse del tema.

El día 29 de junio de 1976 personal jerárquico de la Jefatura de Policía de Montevideo, Pablo D. Fontana Zunino Comisario Jefe, concurrió a la Embajada de Venezuela “a fin de recabar datos sobre la presunta violación al derecho de Asilo político ofreciendo a su vez los servicios técnicos y de nuestra policía” fs. 5 “Anexo 1 libro 1” agregado. Se ofrecieron los servicios de identikit los que no fueron aceptados por no haber elementos suficientes para ello.

El 30 de junio el Ministerio del Interior, MMII, envió un informe al MRREE reclamando enérgicamente ante las ligeras manifestaciones de funcionarios de la Embajada de Venezuela “que pretende involucrar a funcionarios de esta Secretaría de Estado en hechos en los cuales ningún integrante de la misma ha tenido participación, habiéndose sancionado y tramitándose el sumario correspondiente al Agente de policía que se encontraba de servicio en la Embajada...” (este supuesto sumario nunca fue aportado y no se supo el nombre del funcionario). Informaba también sobre la propagación de comunicados de prensa oral, escrita y televisiva solicitando la captura del vehículo y personas que lo ocupaban, así como cualquier otro dato que pudiera

llevar a la localización de las personas intervinientes en el hecho, fs. 7 “Anexo 1 libro 1” agregado.

El 30 de julio de 1976 el Contraalmirante D. F. Sangurgo, Jefe del Estado Mayor Conjunto se presentó en la Embajada de Venezuela a los efectos de ratificar en nombre de las FFAA el interés y mejor disposición en el rápido esclarecimiento de los hechos denunciados, fs. 14 “Anexo 1 libro 1” agregado.

El 1 de julio de 1976 la Cancillería uruguaya envió un documento al Embajador de Venezuela señalando que el suceso había tenido lugar en el jardín de la Embajada y no dentro de ella, que el gobierno de Uruguay había dispuesto la iniciación de investigaciones para aclarar los sucesos y los intervinientes en ellos y que de las diligencias cumplidas hasta entonces surgía que no le cabía responsabilidad a ninguna dependencia oficial, que el agente que cuidaba la Embajada había sido sometido a sumario, que se había propagado en la prensa un comunicado solicitando datos que se conocieran sobre los autores del incidente, fs. 8 y 9 “Anexo 1 libro 1” agregado.

El 1 de julio el Presidente uruguayo enviaba al Presidente de Venezuela un telex donde el Gobierno uruguayo manifestaba su pesar por el lamentable incidente en la Embajada y asegurar que agotaría las investigaciones para aclararlo, fs. 11 del agregado “Anexo 1 libro 1”.

En nota fechada el 2 de julio de 1976 pero con fecha de entrada 1 de julio, la Embajada de Venezuela se dirigía al Ministro JC Blanco para solicitarle que gestionara la identificación de la Sra. Elena Quinteros de Díaz, de 31 años de edad, de profesión maestra de escuela y de la cual, según información obtenida, su familia reside en la calle “Los Yockys”, urbanización El Hipódromo, y para que dispusiera lo necesario para que un señor apodado “Cacho” quien según confirmación del Sr Comisario Jefe de la DNII, Pablo D. Fontana Zunino, es funcionario del citado servicio de información e inteligencia, se presentara en la Embajada a fin de aclarar la identidad de la Sra. sacada de la Misión y la identidad de la persona que cometió tal tropelía, fs. 17 “Anexo 1 libro 1” agregado.

Lupinacci decidió viajar a Uruguay, luego de comunicarse con el Canciller uruguayo, JC Blanco y transmitirle la gravedad de la situación creada ante el gobierno venezolano, con graves repercusiones en la prensa, círculos políticos, Parlamento y opinión pública. El propósito era afrontar in situ el problema entre los dos países. Lupinacci vino el 30 de junio de 1976 de regreso a nuestro país, fs. 210 del agregado “Anexo 1 libro 2”

El gobierno de Venezuela exigió la entrega de la mujer como manera de solucionar el diferendo, fs. 217,240,314 del agregado “Anexo 1 libro 2”.

El 2 de julio de 1976 el Dr. JC Blanco, Guido Michelín Salomón, JC Lupinacci y Álvaro Álvarez estudiaron un documento titulado conducta a seguir frente al caso Venezuela desde el punto de vista de las relaciones internacionales. El documento fue elaborado por Álvaro Álvarez a solicitud de JC Blanco y bajo la dirección de éste. En él se estudian dos alternativas a seguir frente al caso Venezuela: a) No entregar a la mujer y b) Entregar a la mujer. Llega a la conclusión de que la mujer debe ser entregada a Venezuela como única forma de zanjar el asunto y evitar la ruptura de relaciones diplomáticas.

Ese mismo día había llegado a la Cancillería, y aparece citada en el mencionado memorando, una nota de la Embajada de Venezuela señalando que la persona secuestrada se llama Elena Quinteros y que entre los secuestradores figuraría un policía apodado “Cacho”.

El memorando fue manuscrito por Álvaro Álvarez, con la participación intelectual determinante de JC Blanco, y con el concurso además de Guido

Michélin Salomón y Julio César Lupinacci, fs. 81 y sts del agregado "Anexo 1 libro 1". El texto del memorando reza así, en definitiva, fs 88 y sts del "Anexo 1 libro 1" agregado:

ASUNTO: Conducta a seguir frente al "caso Venezuela" desde el punto de vista de las relaciones internacionales.

1.- Elementos que delimitan el asunto.

1. Nota 129 IV/1976 de la Embajada de Venezuela.
2. Nota Asuntos Diplomáticos A 381/976 del Ministerio de Relaciones del Uruguay de fecha 1º de julio de 1976, respuesta a la anterior.
3. Telegrama del Sr. Presidente de la República Oriental del Uruguay Doctor Alberto Demicheli al Sr. Presidente de la República de Venezuela Carlos Andrés Pérez de fecha 1º de julio de 1976.
4. Nota No 132/IV/976 de fecha 2 de julio de 1976 de la Embajada de Venezuela.

2.- Alternativas de acción.

Frente al "caso Venezuela" delimitado por los instrumentos mencionados en el párrafo 1 se presentan dos alternativas básicas:

- a) no entregar a la mujer.
- b) entregar a la mujer.

3.- Análisis de los géneros de alternativas.

a) No entregar a la mujer.

No puede persistirse en la posición de alegar que la acusación venezolana carece de elementos de juicio ante las determinaciones concretas de datos contenidos en la última nota de Venezuela. Este género de alternativa si bien tiene la ventaja de no entregar la prueba de un acto ilícito y de evitar cualquier tipo de declaración de la misma en nuestra contra, tiene las siguientes desventajas:

1) determinaría seguramente el rompimiento de relaciones diplomáticas con Venezuela, a estar a las declaraciones públicas del Presidente Carlos Andrés Pérez con las consecuencias diplomáticas, políticas y económicas consiguientes previsibles e imprevisibles, a corto, mediano y largo plazo.

2) deterioraría aún más la imagen del país lesionada por la campaña internacional que es de conocimiento determinado pronunciada mengua de nuestra "credibilidad" como país serio.

3) se nos presentaría como violadores de instrumentos internacionales vigentes, sobre todo en institutos tan universalmente sensibles como la inmunidad e inviolabilidad de las Misiones Diplomáticas y tan caros a América como el asilo.

4) determinaría la apertura de una brecha en nuestra posición internacional frente a los esfuerzos para el aislamiento de nuestro país con seguras consecuencias en el campo político y económico.

5) traería de parte de otros países una actitud cuando no hostil, reticente con consecuencias imprevisibles en los diferentes campos de las relaciones internacionales, con especial incidencia en los países occidentales.

6) daría políticamente razón a la campaña internacional que soportamos.

7) todo lo antedicho repercutiría necesariamente en los Organismos Internacionales de que somos parte predisponiéndolos para la acción concreta en contra nuestra.

b) Entregar a la mujer.

Tendría las siguientes ventajas:

1) evitar el rompimiento de relaciones diplomáticas con Venezuela y todas las consecuencias y problemas conexos.

2) ratificaría nuestra posición de cumplidores fieles de nuestros compromisos internacionales, y sería una consecuencia natural de lo expresado en nuestra nota.

3) constituiría una posición explotable internacionalmente a nuestro favor.

Desventajas.

1) apareceríamos haciendo entrega bajo presión de Venezuela.

2) reconoceríamos la comisión de un acto ilícito y tendría que afirmarse la sanción de los responsables.

3) la mujer podría hacer declaraciones en nuestra contra.

4) los elementos anteriores podrían ser explotados contra nosotros.

Precisiones:

A) las señaladas desventajas serán relativas ya que sus efectos podrían ser neutralizados en gran parte mediante un acuerdo con Venezuela sobre la base de la entrega de la mujer, especialmente enfatizando el hecho de que el acto ilícito fue cometido por funcionarios de jerarquía menor.

B) el acto de la entrega de por sí en la explotación de imágenes constituye en todos los campos un elemento altamente positivo.

CONCLUSIÓN:

En base a lo expuesto, nos inclinamos por el género de alternativa basado en la entrega.

Montevideo, 2 de julio de 1976.

Y bien, este memorando fue preparado a solicitud de JC Blanco para ser llevado a una reunión con los Comandantes en Jefe de las armas y con los Ministros del Interior y de Defensa. En la reunión mencionada JC Blanco esperaba hablar o discutir este tema, argumentar que no se podía ya desconocer los argumentos de la Embajada de Venezuela. El Canciller sabía que la mujer había sido detenida por fuerzas de seguridad de Uruguay. Pero los Comandantes en Jefe no dieron lugar a ninguna discusión del asunto, sosteniendo que la persona no estaba detenida por ninguna autoridad o funcionario uruguayo. Quedó claro que no se iba a entregar a la mujer. Es decir que de antemano la Junta de Comandantes había ya optado por el género de alternativa de la no entrega.

Las autoridades de la Embajada de Venezuela habían encontrado a los suegros de Elena Quinteros en el domicilio de ellos y habían averiguado detalles personales sobre Elena Quinteros, invitando a los suegros de Elena a concurrir a la Embajada para hablar con el Embajador Ramos, invitación que los suegros de Quinteros aceptaron. Al mismo tiempo, la nota venezolana conminaba a las autoridades uruguayas a devolver a la citada persona a la Embajada de donde había sido retirada a la fuerza. Ante esto el Canciller Blanco, conocedor de que la mujer era un nombre más en la política de lucha contra el terrorismo, mandó confeccionar el memorando antes detallado para plantear el tema, descarnadamente, a los mandos militares. Pero, por otra

parte, las FFCC desarrollaban su estrategia en vistas a no entregar a Quinteros, es por eso que el gobierno uruguayo decidió mandar el 3 de julio de 1976 al domicilio de los suegros de Quinteros un Capitán del Ejército con un Escribano para dejar sentada la ocurrencia de esa gestión indagatoria que habían hecho las autoridades diplomáticas venezolanas, fs. 19 del agregado "Anexo 1 Libro1". De lo cual quedó labrada acta que llegó al MRREE.

El cuerpo diplomático fincado en Uruguay, por estas horas, manifestaba su repudio por los hechos ocurridos en la Embajada de Venezuela y su inquietud por la falta de seguridad que había en el país en relación a la protección de las Misiones Diplomáticas, fs. 234,238,249,310 del agregado "Anexo 1 libro 2".

El 5 de julio el gobierno uruguayo anunciaba que enviaría a un representante del más alto nivel, precisamente el Canciller Juan Carlos Blanco, a Venezuela, para buscar la solución definitiva del incidente ocurrido en la Embajada de Venezuela el 28 de junio pasado. Y que el Dr. JC Blanco estaría a disposición del Sr. Presidente Carlos Andrés Pérez a partir de la hora 10 del día siguiente. Este ofrecimiento fue rechazado por el gobierno de Venezuela.

El 5 de julio de 1976 el embajador de Venezuela comunicó al gobierno uruguayo, por nota a la Cancillería, luego de relatar y calificar los hechos que dieron lugar al incidente diplomático, la decisión del gobierno de Venezuela de suspender las relaciones diplomáticas entre ambos gobiernos. Al día siguiente en extenso comunicado el gobierno uruguayo, por intermedio del MRREE negó la veracidad de los hechos denunciados por el Embajador de Venezuela y dirigió duras calificaciones a la actitud del Embajador Julio Ramos a quien responsabilizó de la crisis diplomática al hacerse eco de rumores sin fundamento y no creer en las actividades del gobierno uruguayo para aclarar los detalles del incidente. En este documento declararon personas no gratas al Embajador Ramos y al Consejero Frank Becerra y les dieron 72 horas para abandonar el país, fs. 4 de la primera pieza de este expediente.

Luego se dio una nota de respuesta uruguayo, de fecha 5 de julio de 1976. En esta nota, que consta a fs. 36 del agregado "Anexo 1 libro1", se aporta a la Misión venezolana los antecedentes y datos personales de Elena Quinteros. Agrega esta nota que no existe el tal "Cacho" en la DNII. Pero a continuación en la nota se expresa que la responsabilidad del problema diplomático entre Uruguay y Venezuela es del Embajador de éste, Julio Ramos, por haber otorgado credibilidad a versiones sin prueba y por los especiales sentimientos del Embajador Ramos para con el gobierno uruguayo. La nota sostiene también que la indagatoria que realizó personal de la Embajada de Venezuela con los suegros de Elena Quinteros constituye una intromisión en los asuntos de Uruguay y una afrenta al pueblo y gobierno uruguayos por lo que se declaró personas no gratas al Embajador Ramos y al Secretario Becerra dándoles 72 horas para abandonar el país.

El 6 de julio de 1976 el MRREE de Uruguay envía una nota al Embajador Ramos comunicándole que ha sido declarado persona no grata, junto con F. Becerra y dándoles 72 horas para el retiro, fs. 35 agregado "Anexo 1 libro 1"

El mismo 6 de julio el MRREE emitió un comunicado de prensa atribuyéndole la responsabilidad del incidente diplomático al Embajador Ramos, sosteniendo que Elena Quinteros había abandonado el territorio nacional en 1975 y que desde entonces no había estado ni estaba detenida a disposición de ninguna autoridad uruguayo, que el Embajador Ramos había realizado indagatorias en territorio nacional violando el Derecho Internacional y la soberanía nacional, fs. 59 del agregado "Anexo 1 libro 1".

El 7 de julio ya las relaciones estaban suspendidas. El Embajador JC Lupinacci era notificado en Venezuela de la suspensión del relacionamiento, lo que ponía en conocimiento del gobierno uruguayo, agregado “Anexo 1 libro 1” fs. 68.

Poco después de esta suspensión de las relaciones diplomáticas entre Venezuela y Uruguay, el 15 de julio de 1976, JC Blanco como Canciller uruguayo enviaba a todas las misiones uruguayas en el extranjero un mensaje cifrado en el que se daban instrucciones a los representantes uruguayos en el exterior para afrontar el caso Venezuela: se indicaba en este mensaje cifrado que la responsabilidad de la ruptura de relaciones era del entonces Embajador de Venezuela en Uruguay Julio Ramos. “La difusión pública e indiscriminada de su versión, carente por completo de fundamento, creó un estado de opinión en Venezuela que en definitiva el gobierno de dicho país no pudo superar ni moderar a sus debidas proporciones. La actual suspensión de relaciones entre ambos países no reviste, por tanto, el carácter de una situación irreversible. Su duración dependerá de las circunstancias. En consecuencia, los Señores Jefes de Misión se servirán guiarse en su conducta por tales conceptos e instruirán a los funcionarios de su dependencia en análogo sentido. En particular en las relaciones con diplomáticos venezolanos se tendrá en cuenta: 1. Ajustarse en cuanto a los hechos al punto de vista del gobierno uruguayo expuesto en el comunicado de la Cancillería. Se evitará en lo posible polemizar respecto de ello con diplomáticos venezolanos, pero sin dejar lugar a dudas de cuál es el criterio de Uruguay y sin omitir la más firme defensa de nuestro país toda vez que fuera necesario. 2. Se enfatizará la responsabilidad del ex Embajador de Venezuela Sr. Julio Ramos. Es evidente que sin su desacertada conducción del punto en estudio se hubiera canalizado de otra manera”. 3. Consecuente con lo anterior, se minimizará la actual situación de relaciones suspendidas. Por lo tanto se observarán relaciones normales con los diplomáticos venezolanos, procediendo sobre la base de la reciprocidad en cuanto a su alcance. 4. En la medida que ello sea oportuno –y sin el mínimo desmedro de la dignidad nacional- se dejará traslucir en el trato con los diplomáticos venezolanos, nuestro sincero deseo de superar la situación actual y de encontrar cuanto antes las circunstancias propicias para el restablecimiento de las relaciones, inspirados en los sentimientos fraternos que vinculan a los pueblos de ambos países y en el principio irrenunciable y prioritario de la solidaridad latinoamericana. 5. Asimismo se tendrá presente el importante papel que la República del Ecuador ha aceptado desempeñar en la actual situación de relaciones con la República de Venezuela, y en el trato con diplomáticos venezolanos en forma discreta pero explícita –cuando ello resulte oportuno se destacará tal hecho agradeciendo la comprensión y cooperación de Ecuador para superar tan delicada situación, fs. 76,77 y 78 agregado “Anexo 1 libro 1”.

En los días subsiguientes los Altos Funcionarios Diplomáticos uruguayos por todo el mundo ponían al tanto al Canciller Juan Carlos Blanco de las repercusiones de la suspensión de relaciones entre Venezuela y Uruguay, enviando en su caso documentación respaldatoria y aclaratoria, agregado “Anexo 1 libro 2” fs. 205,256 y sts, 330 y sts; “Anexo 2”, “Anexo 3”.

El 8 de julio de 1976 se aclaraba que en Argentina, a nivel oficial, se interpretaban los sucesos como enmarcados en la lucha contra el terrorismo y se compartía la posición del gobierno uruguayo, fs. 231 del agregado “Anexo 1 libro 2” JC Blanco precisamente, como hombre de su tiempo, comprometido en la causa de la lucha contra la violencia del terrorismo de izquierda, profundamente informado desde sus altas posiciones de gobierno en las cuales participaba de las decisiones importantes, de las que estaba el tanto, también sabía que la detención de Quinteros estaba enmarcada en la lucha contra el terrorismo de izquierda. Es decir que todo lo que sucedió antes de

la detención de Quinteros el 24 de junio de 1976 y luego de la segunda aprehensión el 28 de junio, era conocido por el acusado.

Recapturada Elena Quinteros fue llevada nuevamente al “300 Carlos” y sometida a torturas nuevamente pero en este lapso en forma mucho más violenta y falta de piedad. Fue privada de su vida en el mes de noviembre de 1976, entre los días 2 y 3 (en esto el despacho coincide con la afirmación provisional de alzada a fs. 743, tercera pieza) y enterrada en el Batallón 13. Luego sus restos fueron trasladados al Batallón 14 de Toledo, fs. 631 segunda pieza, fs. 744 tercera pieza. Probablemente sus restos fueron incinerados hacia 1984 y luego esparcidos en el Río de la Plata, fs. 745 tercera pieza, conclusiones provisorias de la alzada que el despacho sigue compartiendo a esta altura del proceso.

IV) MAS SOBRE LOS HECHOS PROBADOS.

JC Blanco estaba comprometido con la causa de la lucha contra el terrorismo de izquierda y sus actos violentos y propósitos violentos. JC Blanco estaba comprometido en esta lucha desde mucho antes del 28 de junio de 1976. Ocupaba relevantes cargos en las estructuras públicas desde las que se planteaba la lucha contra la subversión. Su pensamiento y su doctrina estaban reflejados en documentos y en decisiones tomadas. Sabía y comprendía o compartía tal vez los métodos ilícitos de lucha contra la subversión. Desde los altos puestos, cercanos a la cúpula militar, antes del 28 de junio de 1976 y después de esa fecha, Juan Carlos Blanco aseguró a los mandos medios y a los oficiales, una apoyatura, una cobertura, una autorización y una gestión de aprobación en los métodos ilícitos de la lucha contra el terrorismo y la violencia de izquierda. En las líneas que siguen se desarrollarán estas afirmaciones, se las respaldará con las emergencias de autos y se las valorará jurídicamente.

V) CONSIDERACIONES SOBRE LA PRUEBA QUE SUSTENTA LOS HECHOS ACREDITADOS EN AUTOS.

Concurren malas justificaciones del acusado, como indicio de cargo:

Malas justificaciones.

Explicaciones inventadas, meros efugios, son de cargo, pp.175. Erich Döring, “La investigación del Estado de los hechos en el proceso. La prueba. Su práctica y apreciación. EJEA, Buenos Aires 1972.

Malas justificaciones. Justificaciones falsas, son elemento de cargo, pp. 320, CJA Mittermaier, “Tratado de la prueba en materia criminal” Madrid 1929.

Modus operandi. En todos los casos había sustraído sólo parte del dinero. Se releva el indicio de igual modus operandi. Erich Döring, “La investigación del estado de los hechos en el proceso. La prueba. Su práctica y apreciación. EJEA, Buenos Aires, 1972, pp. 354.

En efecto, de fs. 13,14,47,58v,62 (primera pieza) y f. 2037 (sexta pieza) surgen elementos de disculpa no creíbles. No es creíble que el Canciller, comprometido con la lucha contra la subversión, creyera que Quinteros no estaba sometida al aparato represor y en este sentido el acusado entendió que no se podía seguir sosteniendo que las afirmaciones de la misión venezolana fueran infundadas. A fs. 2036 se expresa la defensa diciendo que JC Blanco se limitó a sostener la posición oficial del gobierno de facto y que le fuera informada sin que él pudiera influir en esa toma de decisión, que aconsejó la entrega de la mujer y fue desoído.

El acusado cae en inverosimilitudes a fs. 22,50,51v: la hipótesis de trabajo no es sostenible como elemento que indique falta de conciencia de antijuridicidad porque, como se destacó antes, el propio acusado sostuvo por escrito que las afirmaciones del Embajador de Venezuela ya no eran desoibles. Se sostiene a fs. 22

que es legítimo pensar que Blanco ignorara, antes del hecho, la detención que padecía la víctima, mas luego de efectivizada la recaptura en la Embajada tuvo necesariamente que contar con información directa y de primera mano, tanto la canalizada por la propia representación diplomática como la que presumiblemente procurara de fuentes castrenses: ahora, cree el despacho que Blanco podía no tener ninguna información venida de fuente castrense pero igual había aportado causalidades que permitían el funcionamiento del aparato represor y por eso la necesidad de pena es la que se corresponde con el autor, habiendo merecimiento de pena por los procesos causales concientemente desatados por el acusado, lo que se desarrollará infra. Es inverosímil que el Canciller, comprometido en la “Tercera Guerra”, en la guerra contra la sedición, desconociera la realidad nacional y no se diera cuenta de que la negativa de las cúpulas castrenses era sólo parte del funcionamiento del aparato represor mentado para librar esa guerra. Como se verá, el hecho de que en la reunión con los Comandantes en Jefe Blanco no pudiera dominar el hecho, la decisión de no entregar a la mujer, no obsta para sostener que sea autor de su muerte.

Concurren indicios para sostener la plataforma de hechos que se dio por plenamente acreditada. Sobre la definición de los indicios:

Definición. La prueba crítica, el indicio y la contraseña, no tienen poder de representación o de evocación sino que simplemente permite al Juez mediante un proceso lógico o racional hacer la reconstrucción mental del hecho. Por eso se le denomina genéricamente prueba indiciaria, porque indica y no representa, 427 José A. Arlas, “Curso de derecho procesal penal” oficina de apuntes del Centro de Estudiantes de Derecho Montevideo 1956.

De fs.29,29v,30,50v,62v,63,67v,69,71v,141,534,535,536,537,539, 540 surgen elementos que hacen reflexionar. Los protagonistas de la confección del memorandum en un primer momento quisieron desligarse de éste, diciendo no recordarlo; es que ese elemento, descubierto en la investigación del MRREE es claramente de cargo. Surge claramente la participación de la Cancillería dando apoyo diplomático al funcionamiento del aparato represivo (sobre esto se ampliará infra). La hipótesis de trabajo no es seriamente alegable por lo que se viene diciendo y se dirá, y la actitud de cargar culpas sobre la misión venezolana es un indicador de que ya se estaba buscando las vías para disimular el hecho ilícito ocurrido en la Embajada de Venezuela.

Surgen indicios de actitudes posteriores al delito a fs. 67v y 190:

Actitudes posteriores al delito.

Clemente A. Díaz, “El cuerpo del delito en la legislación procesal argentina” Abeledo Perrot 1965, pp.103,104.

Gorphe, F. “Apreciación judicial de las pruebas”. Temis, Bogotá 1989 pp. 237 a 281.

Erich Döring, “La investigación del estado de los hechos en el proceso. La prueba. Su práctica y apreciación”. EJE, Buenos Aires, 1972 pp. 351.

CJA Mittermaier, “Tratado de la prueba en materia criminal” Madrid 1929 pp. 309.

Cafferata Nores, José, “La prueba en el proceso penal” Depalma 1988 pp. 206.

Clemente A. Díaz, “El cuerpo del delito en la legislación procesal argentina” Abeledo Perrot 1965, pp. 103,104.

Luego de la segunda privación de libertad a Quinteros la Cancillería se dedicó a desmentir los hechos y justificar la política del gobierno de facto, a sabiendas de que el aparato represor estaba funcionando, lógicamente. No es sostenible que Blanco creyera que a ninguna dependencia oficial pudiera imputarse los sucesos denunciados. Otro indicio de actitud posterior al delito fue la conducta renuente de los

que habían participado en la confección del memorandum, claramente Álvaro Álvarez, fs. 190.

Las actitudes anteriores al delito nos muestran también la causalidad que Blanco aportó al funcionamiento del aparato represor, causalidad moral y física. Porque participó en las instancias de discusión de planteo y organización de la lucha antsubversiva (sobre el Acuerdo de Boizo Lanza fs. 11 p.e.) y porque el aparato represivo sabía que podía contar con la cúpula para la negativa e impunidad de los crímenes que debieran cometer. Y Blanco integraba la cúpula. Sobre las actitudes anteriores al delito:

Actitudes anteriores al delito.

Gorphe, F. "Apreciación judicial de las pruebas". Temis, Bogotá 1989 pp.237 A 281.

Cafferata Nores, José, "La prueba en el proceso penal" Desalma 1988 pp. 206.

Erich Döring, "La investigación del estado de los hechos en el proceso. La prueba. Su práctica y apreciación". EJE, Buenos Aires, 1972 pp.370, 371, 372.

CJA Mittermaier, "Tratado de la prueba en materia criminal" Madrid 1929 pp.308,309.

Actitudes anteriores al delito. Amenazas. Hay que ver si la amenaza fue sincera o arrebatada, si fue próxima o lejana al hecho, CJA Mittermaier, "Tratado de la prueba en materia criminal" Madrid 1929 pp.309.

Existen actitudes de la Cancillería de Juan Carlos Blanco en el sentido de apoyar la lucha contra la violencia subversiva y contra las opiniones desfavorables al gobierno de facto: el caso de Z. Michelini y H. Gutiérrez Ruiz, acorralados en territorio hostil por falta de posibilidades jurídicas de marcharse en virtud de que la Cancillería uruguaya les negó los pasaportes. Las muertes de activistas subversivos o sospechosos de serlo venían dándose desde años atrás y Blanco no las ignoraba (fs. 444 p.e.) porque no es una persona ajena a su tiempo, muy por el contrario.

De la prueba testimonial de fs. 357,358,359,360,361,362,364,365, 367,368,369,370,377,381,401,402,403,418,444,445,446,2028v y 2029 surge la convicción de los hechos. Declaraciones de Álvaro Álvarez, Juan Carlos Blanco, Guido Michelín, Julio Lupinacci.

Del informe de la Comisión para la Paz surgen elementos de sustento para los hechos afirmados, también, fs. 574v, 576 y sts.

A fs. 685v y 706v se dice que el memorandum es una confesión de Blanco pero que esta confesión se ha dividido en su contra. Es que la confesión se puede dividir cuando existen elementos de convicción que así lo permitan:

CONFESIÓN.

Divisibilidad. Apartamiento fundado y legítimo del relato confesorio del reo, pp. 193 INUDEP 4.

Divisibilidad. Descarte de la confesión calificada si existe prueba suficiente, LJU 9128 pp. 368.

Divisibilidad. La confesión puede ser discutida y rechazada si no corresponde a lo probable y posible, si bien no puede dividirse en perjuicio del confesante, LJU 14003.

Divisibilidad. La confesión se puede dividir si existe prueba suficiente para ello. Revista de Derecho Penal 11 caso 930 TAP 1° S. 262/96 Guillot redactor, caso 975 TAP 2° S. 82/95, RDP 14 caso 183,184, RDP 15 caso 442. RDP 13 caso 230 TAP 3° S.12/00,231,232, LJU caso 14992.

Divisibilidad. Se puede dividir si se cuenta con prueba fundante para ello. INUDEP 4 pp. 193, LJU 9128, RDP 13 caso 230 TAP 3° S. 12/00 Dr Harriague redactor, RDP 13 caso 231 TAP 3° S. 13/00, RDP 13 caso 232 TAP 3° S. 16/00, RDP 11 casos 930 TAP 1° S. 262/96 Dr. Guillot redactor, RDP 11 caso 975 TAP 2° S. 82/95, RDP 14 caso 183 S. 162/01 Dra Núñez redactora, RDP 14 caso 184 TAP 1° S. 272/01 Dr Lombardi

redactor, LJU caso 14992 S. 209 de 29/5/2003 Dr Corujo redactor, RDP 15 caso 442 TAP 1° S. 135/2003, TAP 3° S. 125 de 24/5/2000.

VI) SOBRE EL FALLECIMIENTO DE ELENA QUINTEROS.

Está probado el fallecimiento de Elena Quinteros. Cree el despacho. Y está probado con medios plenos de convicción. Esta afirmación fáctica será basamental, cree el dicente. Porque sobre ella eventualmente se elaborarán las imputaciones jurídicas y en todo caso las conclusiones jurídicas.

A fs. 19 surge el tratamiento cruel de Quinteros en el “300 Carlos”, luego del cual y en el marco de la resonancia diplomática del caso de Elena no es lógico pensar en que fuera dejada viva. Una vez que se decidió que no se la entregaría no podía quedar con vida. A fs. 19v. Luego del intento de Quinteros de asilarse burlando a los funcionarios, no puede dudarse de la ira de éstos y de que nada les costaría darle muerte como castigo. Como se dice a fs. 38v la desaparición casi siempre enmascara la muerte. A fs. 39 se dice que en la experiencia regional la desaparición significa el fallecimiento de la persona. El conciente colectivo latinoamericano sabe que esto es así. A fs. 61se habla del terrorismo de Estado, el que muchas veces acudió al homicidio. A fs. 68 se habla de la desaparición de Quinteros y del terrible enigma de su suerte. Cabe señalar que el enigma se limita a saber qué pasó con sus restos. La sana crítica lo dice. Quinteros no iba a esconderse por más de 30 años, de su madre, de sus amigos. Sabemos que ha fallecido. A fs. 73 se dice que todos presumimos que se privó de la vida a Quinteros de la misma manera que a los que desaparecieron en aquel trágico período del país. A fs. 76v se afirma que Quinteros ha fallecido, ya no está en este mundo, intervención del Senador Gonzalo Aguirre Ramírez. A fs. 87 se habla del secuestro, desaparición y eliminación física de Quinteros. A fs. 414 se hace caudal del informe de la COMIPAZ sobre el fallecimiento de Quinteros. A fs. 421 y 421,442,442v,454, la defensa de JC Blanco ha sostenido, cree el despacho que con criterio, el argumento óntico del fallecimiento de Quinteros. El propio juez Dr. Eduardo Cavalli a fs. 495,496,496v, dice que es inconsistente considerar que Quinteros viva hoy. Como se dijo la COMIPAZ a fs. 577v concluye sobre la desaparición, tortura y muerte de los desaparecidos entre los cuales Quinteros. La defensa de JC Blanco insiste en el argumento del fallecimiento a fs. 620,620v. Las declaraciones del integrante de la COMIPAZ Carlos Ramela, de fs. 633v son ilustrativas también del fallecimiento de Quinteros, fs. 640,641,642. El Juez de la causa en las etapas más cruciales de este proceso, el Dr. Eduardo Cavalli Asolé sostuvo a fs. 667 y sts, 669,669v, por auto 926 de 20 de junio de 2003 que existían elementos de convicción suficientes para sostener que Quinteros había sido muerta en dependencias militares, fs. 668,672v, 673 (fs. 677,724). En alzada se entendió probado con elementos suficientes el fallecimiento de Quinteros, fs. 743,749,751,770. De fs. 1010 y sts surgen elementos para acreditar el modus operandi de las fuerzas represoras de la época en el marco del cual fueron muertas tantas personas y sus restos desaparecidos o dispuestos de distintas formas incluida la hipótesis de la “operación zanahoria” que es ubicada aproximadamente en el año 1984: fs. 1011,1018,1019,1020,1025,1026,1027,1028,1029, 1030, 1031, 1032, 1033, 1034, 1035, 1036, 1037, 1038, 1039, 1040, 1041, 1042, 1043, 1044, 1046, 1047, 1048, 1049,1050. De los informes del Ejército uruguayo surge la desaparición y la muerte de los opositores políticos, fs. 1053 y sts, 1056, 1057,1058. Estos informes están respaldados por los hallazgos de dos de los desaparecidos, fs.1162, 1172, 1173, 1174, 1175, 1176, 1182, 1183, 1184, 1192, 1209, 1217, 1218, 1275, 1287, 1288, 1289,1310,1311,1346,1347,1425.

Sobre el indicio de modus operandi ha dicho la doctrina y la jurisprudencia:

Indicios. Modus operandi.

Modus operandi. Existencia. Es de cargo. TAP 2º S. 132 de 28/4/2004. Dr. Corujo red. LJU 15060.

Modus operandi. Inexistencia. A veces los delincuentes se amparan en la versatilidad, LJU 15060.

Modus operandi. Rapiña. Dos víctimas que hacen una descripción coincidente con el encausado. Luego reconocen indubitablemente. Casi inmediatez entre la comisión del delito y localización del culpable en la misma zona. Otra persona imputa al encausado de otro hecho. Los dos hechos ocurrieron con poca diferencia de horas, en la misma ciudad y con igual modus operandi. TAP 2º S.27 de 12/2/2004, DR GÓMEZ TEDESCHI redactor. LJU 15062.

La sana crítica dice que si los desaparecidos, ninguno de ellos, particularmente los más importantes hombres y mujeres en la acción directa del PVP y PCU no se han presentado entre nosotros es que todos han corrido la suerte del Escribano F. Miranda y de U. Chavez Sosa. Porque el modus operandi, nada autoriza a no sostenerlo, explica la suerte de los otros también:

Ejemplo de máximas de experiencia: las reglas matemáticas y físicas como el principio de gravedad, el principio de dilatabilidad de los cuerpos por efecto del calor, la tabla de Pitágoras, el principio de la ley de inercia. Ejemplo de hechos notorios, es decir de acontecimientos cuya notación está encomendada al recuerdo de los amplios estratos de la sociedad o a la tradición, o de situaciones de hecho conocidas de la generalidad: un terremoto, un alud, la fecha de una festividad o de una feria, los desórdenes ocurridos en una ciudad en un determinado momento, la imposibilidad en un determinado momento de servirse de los medios normales de transporte etc, 169. La Casación de 2 de junio de 1941 ha reconocido que el juez debe valerse de sus propios conocimientos, en el caso individualizando éstos en el conocimiento de las condiciones viales y de los autobuses públicos de Roma; es una excesiva ampliación del concepto de hecho notorio, al punto de confundirlo con la ciencia privada del juez, a la cual no está consentido recurrir; en 1960 la Casación, por sentencia de la cual sólo se tuvo noticia en la prensa, reconoció existente la circunstancia agravante de que se trata en el número 7 del art. 625 del CP, cosas expuestas a la necesidad o la costumbre a la fe pública, en la hipótesis de hurto de un auto dejado sin custodia en la vía pública. La Suprema Corte ha reconocido que tal comportamiento de los dueños de automóviles entra en la costumbre y que de la existencia de esta última el juez no tiene por qué preocuparse de indicar las fuentes de su convicción ya que la conocen todos, realizándose de ese modo un hecho notorio cuyo conocimiento entra entre las nociones de experiencia común, 170.

En el proceso penal el problema se simplifica con respecto al civil, porque de las máximas de experiencia, según se acepta unánimemente para el proceso civil, el juez puede y debe servirse de ellas; de los hechos notorios el juez penal puede servirse también –y aquí no surge el problema de la carga de la afirmación, que no existe en lo penal- sin violar el principio contradictorio, 170. Es necesario que la cosa notoria sea adquirida para el proceso como objeto de comunicación y de eventual contradictorio; su jactada notoriedad no suple la prueba, si no se la enuncia ni entra en la materia del debate, 170:

GIOVANNI LEONE, “TRATADO DE DERECHO PROCESAL PENAL” II EJE Buenos Aires 1963.

Sana crítica.

LJU casos 13682, 13756, 12277, 14161, RDP 15 casos 447, 445, 448, 468, 469, 471, 472; RDP 16 caso 435, por ejemplo. RDP 15 caso 449 TAP 2° S. 310/03 Dr. Gómez Tedeschi red. RUDP 3/85. RDP 11 caso 626. RDP 13 caso 250 TAP 1° S. 21/00. RDP 14 caso 201. RDP 12 caso 371. RDP 11 caso 969. Asociación de ciencias penales de Costa Rica. Jurisprudencia penal reciente. Revista 5. Sala constitucional de la Corte de Costa Rica. Resolución V-865-91 de 3/3/1991 punto 19. RDP 15 caso 447, 445, 448, 468, 469, 471, 472. LJU 15371. LJU 15252. LJU 15253. LJU 15201. LJU 15371. LJU 15758. RDP 16 caso 413.

Sana crítica. Lógica y experiencia personal del Juez es admisible. TAP 3° S. 62/96.

RDP 14 casos 201,203.

RDP 15 casos 468,469,471,472.

RDP 16 caso 435 TAP 2° Ministros Corujo, Gómez Tedeschi y Preza, S. 8/04.

RDP 17 caso 392 TAP 1° Lombardi, Nuñez, Ruibal S. 217/2005.

RDP 17 caso 394 TAP 3° Bonavota, E. Borges, Harriague, S.86/05.

RDP 17 caso 348. TAP 1° Lombardi, Nuñez, Ruibal S. 143/05.

RDP 17 caso 348,370,371,373,457.

RDP 18 casos 226,235,238,244,248,253.

El juez ha de valerse de las máximas de experiencia. En estos casos la lógica y las máximas de experiencia llevan a sostener el fallecimiento de los desaparecidos, como regla.

Existe un indicio de motivación para el dar muerte a Elena Quinteros:

Indicio de motivación para cometer el delito:

Motivación.

Indicio de motivación:

Indicio de motivación para cometer el delito: Clemente A. Díaz, “El cuerpo del delito en la legislación procesal argentina” Abeledo Perrot 1965, pp. 104.

Indicios. Motivos para delinquir.

Motivos para delinquir. Son admisibles como prueba. TAP 3° S. 40 de 31/3/95, J C Borges red. RCP 1-95 pp. 293. RDP 15 caso 445, TAP 1° S. 134/02 Lombardi red.

Jurisprudencia. Indicios. Motivos para delinquir. Se relevan. Aborto. LJU 15201.

Motivaciones.

RDP 16 caso 412.

Motivaciones para delinquir. Se releva motivación para eliminar a la dueña de casa.

RDP 15 caso 445. TAP 1° S. 134/02 Lombardi redactor.

Indicios. Ocupación de parte del botín en manos de los indagados. RUDP 2/89 caso 432,430. 1/96 caso 238. RDP 11 caso 944,945. Tenencia de la res furtiva, es prueba de cargo, TAP 3° S. 40 de 31/3/95, Dr. J.C. Borges red, RCP 1-95 pp. 302. Tenencia de la res furtiva es indicio de cargo, depende de la proximidad en el tiempo y espacio con el hecho delictivo, RDP 15 caso 448 TAP 1° S. 126/03, Dra. Nuñez red.

Es que las fuerzas de seguridad estaban muy motivadas, lógicamente para disponer de la vida de una persona indeclinablemente decidida a cambiar el statu quo: fs. 1786 y sts: Quinteros desde 1967 estaba identificada con una lucha que nunca abandonó, ni siquiera en la aciaga y última tarea se ser torturada. Al punto que estaban vigiladas ella y su madre, María del Carmen Lidia Almeida Buela de Quinteros, fs. 1786 a 1843. Elena Quinteros no era una persona cualquiera para la represión. Tampoco era un alto mando que conviniera mantener vivo y someterlo a juicio y condena como estrategia para sostener que en Uruguay se respetaban los derechos

humanos y el día de toda persona ante los tribunales, como pudo ser el caso de Líber Seregni (fs. 1879,1880,1915, “Informe del Comité de Derecho Humanos, Asamblea General ONU” fs. 127), Raúl Sendic y otros notabilísimos luchadores sociales de aquel contexto histórico. Entonces, todo esto sumado al irritante problema de la Embajada llevó a Quinteros a la muerte, cabe concluir. A fs. 1850 tenemos informaciones periodísticas que hablan de los asesinatos y las desapariciones. A fs. 1855 se habla de los desaparecidos, sustantivo que adquiere similitud con el de asesinados. A fs. 1860 se habla de víctimas mortales de la dictadura. A fs. 1862 se habla más sobre homicidios de la dictadura. A fs. 1863 se habla de los desaparecidos con la seriedad y la sobriedad de quien habla de personas que han perdido la vida. A fs. 1862 se habla de compañeros desaparecidos, asesinados o presos. A fs. 1868v se habla en términos parecidos de las desapariciones y muertes. A fs. 1869 se habla de la situación de los detenidos desaparecidos, que era tan precaria que, de los mismos términos usados, surge que era muy cercana a la muerte. A fs. 1870 se habla del secuestro de Oscar Tasino o Tassino, que podría haber muerto como consecuencia de las torturas. A fs. 1882 se habla de las feroces torturas a que era sometido un detenido, marco no propicio para conservar la vida. A fs. 1893 se habla de un número de personas que se estimaba habían perecido por obra de la tortura en Uruguay. A fs. 1896 publicaciones periodísticas hablan de feroces torturas. A fs. 1897 se habla de decenas de personas que murieron por la tortura. A fs. 1898 se habla de homicidios cometidos por la dictadura. A fs. 1905 se habla de la averiguación de la suerte de desaparecidos y de la sediciosa Elena Quinteros: habían motivos para tomar la vida de Quinteros, que daba trabajo desde 1967. A fs. 1906 se habla de una persona que salvó su vida cuando estuvo al borde de la muerte en prisión. A fs. 1930 se hace referencia a desaparecidos que nunca volvieron a ubicarse: Eduardo Bleier, Julio Castro, Elena Quintero, Fernando Miranda (de quien se rescató los restos en un predio militar). A fs. 1940 se hace una revista de los desaparecidos; el relacionamiento de esta lista con la muerte es palmaria. Del expediente agregado a estos autos P 219/1985 a fs. 3 surge el modus operandi de la tortura para los detenidos, la muerte, el asesinato, plan de exterminación al estilo nazi. A fs. 23 se hace referencia a unas declaraciones de una recluida que oyó torturas a Quinteros. Los detalles de la testigo relacionan claramente la situación de Quinteros con su muerte poco tiempo después. De fs. 54,67v, 64v,70 surgen otras referencias a testimonios que también muestran las condiciones de cautiverio de Quinteros y se puede razonar que, luego del suceso de la Embajada, no conservaría la vida. A fs. 83 existe un testimonio de oídas sobre las impiedades del régimen dictatorial. A fs. 94 un testimonio sobre las torturas del régimen de represión, torturas que en la mayor cantidad de los casos terminarían con la muerte de la víctima. De fs.100 surge un testimonio probable sobre la segunda detención de Elena Quinteros y sobre su fallecimiento en dependencias militares.

Del expediente agregado 405/1984 fs. 1 surge que en denuncia presentada por la madre de Elena Quinteros, María del Carmen Almeida de Quinteros, se sostiene que la detención y desaparición crea un grave peligro contra la integridad personal y la vida de la persona detenida. Estas afirmaciones son compartibles. A fs. 49 se habla de la suerte de un desaparecido, cuyo destino se ha podido aclarar. Es manifiesto que esa suerte de muchos desaparecidos está íntimamente ligada con la muerte. A fs. 70 se habla de los casos de personas muertas en las cárceles. A fs. 73 se habla de los funcionarios que han abusado de su autoridad contra encarcelados. A fs. 74 se dice en el informe en el ámbito de ONU que Uruguay no ha investigado seriamente las denuncias presentadas. Y estas denuncias hacían referencia a detenciones, desapariciones y muertes, fs. 83. La causa de la magra investigación de las denuncias se relaciona con la efectiva, histórica ocurrencia de opositores políticos muertos en

cautiverio en el marco de la lucha contra las personas que atentaban contra la seguridad, fs. 96. Entre ellos está Elena Quinteros, es arduo, contrario a la sana crítica, sostener lo opuesto.

Del agregado P 840/1990, documentación por cordón que existe una lista larga de desaparecidos de la cual muchos no tienen destino aclarado, fs. 3 y 3v. La explicación de la muerte es imprescindible. La explicación óptica u ontológica. Claro que desde el ángulo normativo, ideal, argumental, de ideología penal, se puede decir que si no tenemos restos identificados el delito a imputar no es homicidio sino privación de libertad. Pero debemos tener claro que transitando este camino lo que queremos es evitar la prescripción de los delitos por los que se acusa. Y nunca sostener que los desaparecidos están escondidos en algún sitio, vivos. En este mismo acordonado documental de los autos agregados P 840/1990 a fs. 42 a 44,46 a 51 surge la lista de los detenidos desaparecidos y el compartido modus operandi de Argentina y Uruguay (fs. 57v,58v,105, por ejemplo). A fs. 59,59v se reclama para los desaparecidos el derecho a morir y para los familiares el derecho a duelo. Es claro que los deudos tienen conciencia de que lo son. Sólo que se quieren sentir así también. A fs. 105 la Comisión que investigó las desapariciones en 1985 llegó a la conclusión del fallecimiento en muchos de los casos, fs. 106,106v,109 y sts, 129 y sts, 136 y sts, 144v y sts.

Del “Informe del Comité de Derecho Humanos, Asamblea General ONU” surge el modus operandi de la detención, malos tratos y muerte, fs. 36,61,62v,63v, 69v,70,70v,71,71v,72,94,95,95v,98v,101. Claro que estas condiciones de reclusión son propicias a la muerte.

En “Documentos correspondientes al IUE 17-414/2003 PENAL 1º FISCALÍA 2º” fs. 43,52,82,86,91, surge que Elena Quinteros concurría a la finca de unos amigos a tomar clases para preparar explosivos. De aquí surge el indicio de motivación, que se constituye con muchos otros elementos de igual signo, para que las fuerzas represivas la quisieran arrestar y luego le privaran de libertad y le dieran muerte. De fs. 94,95,97,98,131,140,150,151,161,163,165,186,189,190,191,200,210,211,213, 218, 222, 234, 238, 243, 258, 261, 324, 329, 346, 357, 358, 365, 366 y sts, 371, 372, 373, 415, 428,425,528,529,533, surge el modus operandi de la privación de libertad y las torturas y aun la muerte, incluido en esto el caso de Elena Quinteros y en especial referencia a miembros del PVP.

A fs. 446 del agregado “Anexo 3” expresa un reporte periodístico que el ex Embajador venezolano Julio Ramos hizo un llamado para salvar la vida de Elena Quinteros, sacada por la policía de la Embajada de Venezuela en Uruguay. Ramos dijo que era posible que Quinteros ya estuviera muerta, que en Montevideo todos temían por la vida de la Sra. Quinteros y se creía que había sido torturada en alguna cárcel de Uruguay. Expresiones lúcidas de Julio Ramos, por cierto. Y JC Blanco no era menos lúcido que Ramos, sólo que, como pieza de la cúpula de gobierno, decidió funcionar, como todo el sistema esperaba, en protección de los ejecutores ubicados en la base de la pirámide. Tema sobre el cual se abundará infra.

En “Carpeta I” de documentos, agregada, a fs.22,27,66,68,79,81,96, 99,103,104,105,106,111,113,117,118,120,121,123,124, surgen elementos documentales que ilustran el modus de privación de libertad, interrogatorio con tortura que tantas veces llevó a la muerte, incluso versiones sobre la forma de enterramiento de los cuerpos de las víctimas y la actitud de las autoridades del gobierno de negar la situación que se planteaba en Uruguay aunque sin duda que la conocían y sin duda JC Blanco la conocía. Con alusiones al régimen de cautiverio de Elena Quinteros. A fs. 125 concretamente, de la “Carpeta I” agregada, surge que el Comité de DDHH del Pacto de Derecho civiles y políticos de ONU concluyó que la responsabilidad de la desaparición

de Elena Quinteros incumbe a las autoridades de Uruguay y que por consiguiente el gobierno de Uruguay debe tomar las medidas inmediatas y eficaces para establecer la suerte que ha corrido Elena Quinteros desde el 28 de junio de 1976, asegurar su liberación, castigar a toda persona que resulte culpable de su desaparición y malos tratos, pagar una indemnización por los agravios sufridos y garantizar que no ocurran violaciones similares en el futuro. De estas líneas surgen que JC Blanco, como integrante, alto integrante del gobierno uruguayo, era responsable de la situación de Elena Quinteros. Por otra parte cuando el Comité dice que el gobierno debía implementar los mecanismos rápidos y eficaces para encontrar a Quinteros y asegurarle la vida nos pone de manifiesto la actitud contraria que desplegó JC Blanco, negando la privación de libertad, colaborando a encubrir la actitud del Ejecutivo militar totalmente contraria a investigar y asegurar la liberación de Quinteros. Cuando el Comité dice que el gobierno de Uruguay debe tomar los recaudos necesarios para impedir en el futuro estos hechos nos obliga a razonar en los siguientes términos. JC Blanco y sus compañeros de gobierno crearon el clima y los mecanismos necesarios para que los ejecutores de la base de la pirámide y los mandos medios, ubicados en el medio de la pirámide, supieran que podían y debían actuar la guerra “sucía” contra el terrorismo de izquierda y su violencia, respondiendo con violencia la violencia generada desde las tiendas contrarias. Los mandos medios y los oficiales ejecutores de la política de guerra “sucía” sabían que los actos que desarrollaran en ese marco iban a ser negados desde la cúpula (que JC Blanco integraba) que no iban a ser investigados y que no iban a ser castigados y que iban a recibir apoyo ideológico y logístico, moral y material para que el modus siguiera desarrollándose. Esto tiene que ver directamente con el título de la responsabilidad del acusado, pero en este tramo sólo puede llevar a la conclusión de que en las condiciones en que estaba Quinteros es lógico decir que no podía conservar la vida. Los hechos posteriores al 28 de junio de 1976 dieron la razón a estas elucubraciones, ya adelantadas por Julio Ramos, más de treinta años antes.

Del agregado ficha 17-12/2004 pieza primera surge a fs. 98,99,100, 173,174,175,176,182,184,186, 193, 193v, 203, 204, 205, 208, 222, 223, 225, 227, 229,230,231,232,236,243,245,249,249v,258v testimonios de oídas sobre el cautiverio de Quinteros y sobre el cautiverio de presos políticos y el trato duro dado a ellos, la tortura, incluida la solución del homicidio. Y sobre el fallecimiento y enterramiento de varios cautivos en dependencias militares. Todos estos elementos indiciarios hacen concluir que ópticamente hablando es imposible sostener que Quinteros esté viva. Y que la posición de sostener que su muerte no podía darse por acreditada era un posicionamiento normativo, valorativo, de política criminal, para evitar que se pudiera alegar la prescripción del delito.

Del agregado 17-12-2004 segunda pieza a fs. 313 surge que Margarita Michelini sostiene que en algún punto de lo que es el Estado uruguayo se tiene que saber dónde están los restos de Quinteros. De fs. 359,360,361,362,443 surgen testimonios sobre el cautiverio de Quinteros, sobre las torturas y las formas de cómo disponían de los cadáveres de las víctimas de la tortura. A fs. 443 dice el testigo que con el tiempo que pasaba se fue haciendo la idea del fallecimiento de Quinteros. Más allá de operaciones de contrainteligencia, no puede desconocerse que el razonamiento del testigo, en cuanto al fallecimiento de Quinteros, es el que se comparte por toda la sociedad uruguaya.

Del agregado “122/1/2002 carátula provisoria”, letra B a fs. 7,46,46v, 47,48,49,62, surgen elementos sobre las detenciones y homicidios, enterramientos, exhumaciones y traslados de cuerpos, incluidas referencias a la situación de Quinteros.

Del agregado en biblorato "Presidencia de la República Oriental del Uruguay Secretaría de seguimiento de la Comisión para la Paz, Respuesta al N° 135/1 en autos caratulados Blanco Juan Carlos/ CO AUTOR DE UN DELITO DE HOMICIDIO Ficha 17 414/2003..." surge a fs. 280, 281,282,284,286 el informe del Ejército Nacional sobre ciudadanos detenidos y denunciados como desaparecidos. Surge la prueba de la privación de libertad, torturas y fallecimientos en lugares de reclusión, las tácticas de ocultamiento de los homicidios referidos, disposición de los restos mortales, responsabilidad de los mandos por acción u omisión, análisis de casos particulares incluida Quinteros de quien se afirma su fallecimiento, fs. 286.

De todo lo que viene de señalarse cabe reiterar, existe plena prueba del fallecimiento de Elena Quinteros, a manos de grupos represores organizados, en el año 1976, en el mes de noviembre. Sobre esta base fáctica se realizará la valuación jurídica de esta causa.

VII) SOBRE LA TEORÍA DE LAS NORMAS.

Causará sorpresa seguramente el título de este apartado, que adelanta su contenido. Pero como esta causa trata de la aplicación problemática de normas a casos problemáticos y de delicado tratamiento, con repercusión social de ese tratamiento, estando involucrada necesariamente la consideración de la tipicidad penal clásica, la tipicidad penal consuetudinaria, la irretroactividad de las normas penales, la prescripción, y otros temas de la dogmática penal muy delicados, se habrá de hacer un desarrollo teórico a esta altura de la decisión, para fundamentar las argumentaciones posteriores. Obviamente la exposición será limitada en virtud de los conocimientos que maneja este despacho y en virtud del objeto de este proceso. Pero tal exposición es ineludible desde que, incluso, se ha dicho que a este tipo de casos se ha aplicado una normativa distinta llamada derecho penal del enemigo, con garantías recortadas.

La preocupación por la teoría de las normas es remota en la historia del hombre. Ya rozaban la teoría de las normas los autores que creían que existía el derecho natural en tanto un derecho superior al humano, inmutable, válido para todo lugar y tiempo. Derecho ideal, por sobre el positivo. Para estos autores el concepto de lo justo y de lo injusto es anterior al Estado, el Estado debe respetar esos límites anteriores a él, el Estado debe reconocer y garantizar los derechos individuales preconstituidos por la naturaleza y demostrados por la razón. Más allá de históricas concepciones individualistas del derecho natural básicamente se entiende a éste como el derecho superior, inmutable, válido para todo lugar, que no puede ser desconocido por el hombre. Sócrates, los estoicos, los juristas romanos, la escolástica, F. Suárez, Grocio, Spinoza, JJ Rousseau, Kant, Fichte, la escuela del derecho natural (Zeiller, Martín, Fries, PJA Feuerbach, P. Balori, en los siglos XVIII y XIX): Giorgio Del Vecchio, "Filosofía del Derecho", Ed. Bosch 1980; los autores ubicados por páginas en el índice. Y estos autores ya adelantaban, al entender del despacho, la discusión de la teoría de las normas porque aceptar un derecho natural, no escrito pero superior al humano, significa abrir las puertas a la discusión del tipo penal no escrito. Porque si una conducta es tan aberrante que el derecho natural la incluye como delictiva, como insoportable, si el legislador humano no la tipifica o aun si la permite, podría entenderse que cabe la resistencia a esa actitud del Estado, para castigar tales insoportables acciones. Y aun podría sostenerse que tales conductas aberrantes son, en virtud de normas de derecho natural, imprescriptibles. Si a tales delitos aberrantes se los entiende incluidos en el derecho natural, va de suyo que no se aplica respecto de ellos el principio de irretroactividad de la norma que lo erige en delito. Porque siendo tal norma de derecho natural participa de las características de éste. Si el derecho natural existe desde siempre, la norma que tipifica este delito aberrante, que podríamos llamar también de

lesa humanidad, ha existido desde siempre y a su respecto no puede alegarse una sacrílega irretroactividad. La cercanía con el concepto de delito natural, de Garófalo, es notoria para este despacho.

El mismo planteo de la existencia o no del derecho de resistencia al tirano conlleva, en el fondo, el problema de la teoría de las normas. Porque el problema de la teoría de las normas tiene mucho en común con el tema de la justicia y legitimación del Derecho positivo. Porque no otra cosa es decir que la ley positiva del tirano no se obedecerá si va contra principios superiores a los cuales la ley positiva tiene que someterse. A favor del derecho de resistencia al tirano se han manifestado John Milton, John Locke, algunos de los gibelinos, Mably, Fichte, Francisco Suárez, Juan de Mariana. Han negado el derecho de rebelión Platón, Grocio, Hobbes, Bodin, el historicismo político (en: Giorgio del Vecchio, "Filosofía del Derecho" Ed. Bosch 1980; se ubican los autores por índice alfabético).

Francesco Carrara, hacia la segunda mitad del S. XIX dice que el derecho humano tiene una base natural de raigambre divina, un derecho natural, el derecho superior que es dictado por Dios a los hombres. Éstos deben oír esa voz racional superior para tejer su sistema positivo, "Programa de Derecho Criminal" Parte General. Tomo I. Temis Bogotá 1988 pp. 43 a 51.

Más acá, Karl Binding hizo la distinción entre la norma y la ley. Quien delinque cumple la ley penal y viola la norma. Ahora, estas normas no tienen en Binding una clara ubicación. Vagamente son ubicadas por Binding en el campo del derecho público o en la generalidad del ordenamiento jurídico. La norma precede conceptualmente y casi siempre a la ley, ha dicho Binding: Luis Jiménez de Asúa, "TRATADO DE DERECHO PENAL" tomo II Losada, Buenos Aires 1950 pp. 269 y sts. La norma crea lo antijurídico, la ley crea el delito, ob. cit. pp. 269. La norma valora, la ley describe. Dijo Binding que casi todas las normas pertenecen a otras ramas del derecho, con el rasgo común de ser públicas, pp. 270. Pero Binding no logró acreditar que todas las normas estuvieran expresamente formuladas en el derecho positivo, ob. cit. p. 270. Sí era concluyente Binding al decir que estas normas no estaban contenidas en el derecho penal, en el que sólo están implícitas. De esta forma, en Binding, las normas flotan en una imprecisa zona metalegal.

Franz Von Liszt propuso una explicación sobre las normas. Mantuvo más o menos latente la concepción de la norma, en efecto, al distinguir la antijuridicidad material de la formal, creyendo que aquella estaba constituida por lo contrario a la sociedad.

Max Mayer, hacia 1903, dio otra explicación acerca del origen de las normas. Entre la vaguedad de Binding y la excepcional latitud de Von Liszt, Mayer llegó a concretar la doctrina de las normas de cultura, 270. Cultura es el cultivo de un interés común, decía Mayer, y de la situación resultante, situación matizada con un acento de valor. La cultura es una realidad, transformada en realidad valiosa. Sólo la naturaleza es ciega para el valor. No puede identificarse civilización y cultura. Ésta es un poder crítico. Su forma más interesante para nosotros, agrega, es el momento en que el Estado, en sus leyes, adopta una determinada actitud ante la misma, reconociendo ciertas normas culturales y rechazando otras, con lo que separa la conducta jurídica de la que es contraria al orden jurídico. Pero el Estado es una sociedad que no crea cultura, por eso en la ley no se agota todo el derecho. Mayer llega a la conclusión de que el orden jurídico es un orden de cultura y como infracción de las normas de cultura concibe lo antijurídico. La sociedad es una comunidad de intereses que tutela el conjunto de ellos en el concepto unitario de cultura. Normas de cultura son órdenes y prohibiciones por las que una sociedad exige el comportamiento que corresponde a su

interés. Es antijurídica la conducta que contradice las normas de cultura reconocidas por el Estado. Para fundamentar el orden jurídico y no para suplantarle es preciso retrotraer la teoría hasta aquel complejo de normas prejurídicas de las que se obtiene el derecho. Para poder interpretar las líneas de la ley y prestar a las resoluciones de la práctica una medida objetiva fija, dice Mayer, se tiene que saber qué es una conducta antijurídica, 271.

Mayer en efecto sostuvo que las prohibiciones y mandatos dirigidos a los súbditos de la ley y que han sido desatendidos por el delincuente se encuentran en las normas de cultura reconocidas por el Estado, Max Ernst Mayer, "DERECHO PENAL PARTE GENERAL" B de F 2007, p. 47. La sociedad crea la cultura, p. 49. Una pluralidad de personas puede ser pensada como unidad. Muchas personas pueden ser concebidas como una unidad si tienen un fin común, p. 50. Una sociedad es una comunidad de intereses y existen tantas sociedades cuantos sean los intereses que se comparten. La cultura consiste en el cuidado de un interés común, p. 51. La sociedad crea cultura, p. 52. Muchas sociedades carecen de cultura, las que no se han organizado para cuidar sus intereses. Las culturas luchan entre sí en forma permanente y vemos, p.e., culturas que colonizan a otras, pp. 54,55. La cultura prohíbe o manda, al individuo, ciertos comportamientos. Todas las normas son producto de la cultura, dice Mayer. Las normas pueden ser morales, sociales, religiosas, de circulación, de derecho etc, p. 55. Hay que diferenciar normas de cultura de normas de Derecho, p. 55. La legislación escoge normas de cultura. La legislación escoge unas particulares normas de cultura, reconoce una comunidad de intereses entre las otras, p. 56. Surge entonces la cuestión de qué interés debe ser el protegido, p. 57. Así la legislación alemana ha oscilado entre la condena a la usura a permitir la usura, p. 58. Beling y Nagler sostienen que referir la norma jurídica a la norma de cultura significa abandonar la independencia del Derecho, p. 59. Pero esto no es cierto. La independencia del Derecho consiste en escoger unas normas de cultura para darles su coercitividad, dejando a las otras normas entregadas a su fuerza social o a su ausencia de fuerza. Beling y Nagler ven la fuerza del Derecho en que éste no se apoye, o se apoye lo menos posible, en un bien cultural. Esta visión no es la correcta. Las normas de cultura chocan permanentemente. P.e. la que defiende la existencia de los burdeles y la que los quiere eliminar. Lo que no puede hacer el derecho sin desmedro de su unidad y coherencia es apoyar a ambas normas de cultura contrapuestas, pp. 59,60.

La norma de cultura es el material con que el legislador confecciona la norma jurídica, p. 61. La norma jurídica debe estar en consonancia con la norma de cultura que quiere proteger, p. 61.

La interpretación y la aplicación de la norma jurídica deben ser conforme la norma de cultura que se quiere proteger, p. 62.

El derecho es la más potente fuente de cultura, por ser coercible. Por eso Jellinek dice que el Derecho es el mínimo ético y Schmoller dice lo mismo, basándose en su eficacia, p. 63.

La delimitación entre la conducta lícita y la ilícita se lleva a cabo en la legislación a través del reconocimiento de las normas de cultura, p. 63.

Los tipos legales muestran cuáles normas de cultura han sido reconocidas y en qué extensión, p. 64.

Los preceptos particulares que se oponen a la función indiciaria de los tipos penales no son normas penales sino que son normas de derecho público, o de derecho internacional, derecho procesal o derecho privado, p.65.

Las normas de cultura son aquellas que se han integrado estrechamente al pueblo, p. 69.

La antijuridicidad es la contradicción con las normas de cultura reconocidas por el Estado, p. 70.

Lo que es insatisfactorio en el Derecho vigente no se puede superar por la teoría sino sólo por el legislador, p. 70.

Delito es un acontecimiento imputable que corresponde a un tipo legal y que es contradictorio con una norma de cultura reconocida por el Estado, concluye Max Ernst Mayer, p. 71.

Kelsen critica a Binding porque dice que no se puede sostener que lo violado sea algo distinto de la ley penal, un principio distinto y autónomo, no legislado, que tendría la misma jerarquía que el que procede del legislador: Jiménez de Asúa, obra citada p. 271. Kelsen recuerda que el deber contenido en la ley penal es tan inviolable como el de la norma, p. 272. Lo que el acto injusto quebranta o destruye no es una norma ni una ley sino un estado real de paz, en el sentido de equilibrio y mantenimiento de los bienes que el derecho tutela. El hecho es contrario a la norma cuando contraría lo que la norma quiere que ocurra. Kelsen subraya, en contra de Binding, que la ley penal tiene el mismo fin que la norma aunque no lo exprese. Del fin del derecho no juzga sino la sociología o la política. Kelsen y sus partidarios niegan la existencia de un derecho supralegal, son contrarios al jusnaturalismo. Los partidarios de Kelsen se niegan a reconocer una diferenciación de las normas con respecto a la ley. No es correcto decir que la norma tiene funciones preventivas y la ley ejerce coerción. Con la ley, que amenaza una pena, se cumple la función de prevención, es claro.

Cree Jiménez, siguiendo a Mayer, que la norma de cultura funciona como base del derecho. Hay que llegar a la norma para poder interpretar correctamente la ley. Pero la dogmática se refiere también al fin del derecho, las leyes tienen un fin y muchas de ellas lo proclaman expresamente. Y es erróneo decir que lo supralegal está fuera del derecho. Por estar por encima o detrás de la ley, no se hallan esas normas jurídicas, e incluso sus normas de bases de cultura, a extramuros del Derecho, Jiménez ob. cit. pp. 272,273. Esas normas no son extrajurídicas, metajurídicas o suprajurídicas, p. 273. El Derecho tiene un sentido profundo, un fin, metas. La ley no es todo el Derecho. Las normas constituyen también el Derecho.

Hoy día la teoría de las normas es un elemento discutido y no una mera pieza de historia dogmática. Jesús María Silva Sánchez, en "Aproximación al Derecho penal contemporáneo" segunda edición B de F, 2010, p. 506 y sts distingue entre normas primarias y secundarias siendo éstas últimas las que se dirigen a los jueces, las que son primarias para Kelsen. Dice que las normas primarias se dirigen a los ciudadanos, mandando o prohibiendo. En tanto las normas secundarias son las derivadas de los enunciados legales. De las normas secundarias surgen normas primarias, dicen algunos. Sostienen que las normas primarias serían un derivado lógico de las secundarias. En realidad, entre la norma secundaria y la norma primaria se da una relación de sentido. No se puede decir que el CP prohíbe el homicidio. Pero el enunciado "el que matare a otro será castigado...", social y psicológicamente se relaciona, se asocia, con la idea de no matarás, que es norma primaria, p. 510. El enunciado legal que dice que el mate será condenado a una determinada pena, dirigido al juez, tiene sentido para el ciudadano, que lee así: está prohibido matar, p. 510.

Destaca Silva Sánchez que, contra Binding, se aduce que el Derecho penal tiene autonomía, que el Derecho penal crea sus normas, que es la forma más antigua de aparición del Derecho, pp. 514,515.

Y contra Mayer se dice que el Derecho penal no tiene porque presuponer una norma social, cultural, precedente, cuyas infracciones se limite a sancionar. El Derecho penal, en el caso de que se encuentre con la preexistencia de una

norma social, puede acogerla o no. Que ello sea práctico o no sea práctico, que el ir contra la norma de cultura le reste eficacia a la norma penal, es un tema distinto. La conformidad con normas de cultura puede ser un criterio de valor o eficacia de la norma jurídico penal, pero no de su esencia. El derecho penal, dice Silva, sólo puede cumplir sus fines con normas primarias propias.

Ahora bien, luego de este pobre repaso por parte de la doctrina acerca de la norma, es necesario para este despacho llegar a una descripción propia de la teoría de las normas. Porque, es necesario reiterarlo, la teoría de las normas que se adopte por este despacho ahora, deberá explicar problemas inescindibles del caso presente: tipicidad penal escrita o no escrita, prescripción, retroactividad, incluso valoración de la prueba.

La tesis básica de este despacho es un dualismo en un sentido y monismo en otro. Monismo en el sentido de que la norma jurídica es sólo coercitiva. Dualismo en el sentido de lo siguiente. Existen normas de cultura, que este despacho llamará normas sociales, y existen normas jurídicas. En el seno de la sociedad luchan grupos sociales o subgrupos sociales, por el poder. El grupo que logra el poder o está muy cerca del poder, impone sus normas sociales, para su protección, para la protección de sus intereses. Ese grupo social dominante eleva las normas sociales que protegen sus intereses a normas jurídicas, porque la importancia de éstas finca en que son coercibles por medio de la fuerza del Estado. Precisamente, el grupo social dominante se basa en el Estado, se vale del Estado, para imponer el respeto de sus intereses. En la sociedad nacen las normas sociales, culturales, y por las razones vistas algunas normas sociales pasan a ser normas jurídicas.

Pedro Dorado Montero en España, decía que el delito es definido por las clases sociales dominantes, por intermedio de la ley penal (de la norma jurídica, pues). López – Rey – Arrojo decía lo propio. Las clases dominantes definen quién es el delincuente y qué es delito y qué no. Las clases dominantes se protegen mediante el “labeling”: Abel Tellez Aguilera, “Criminología” Edisofer, 2009 pp. 210,259,526,527, 531,539,545,547. E. Zaffaroni destaca que las leyes corresponden a la estructura del poder, Tellez Aguilera ob. cit. pp. 575. Es decir, traducido a la tesis de este despacho, la clase dominante o el grupo social poderoso crea la norma social y la impone, luego la traslada al ámbito jurídico, convirtiéndola en una norma social protegida por la coercitividad jurídica, convirtiéndola en norma jurídica.

El marxismo sostiene que la estructura económica determina la estructura jurídica, lo que no es decir otra cosa que la realidad normativa social determina la normativa jurídica. El Estado, dice el Marxismo, es impositor (de las normas sociales impuestas por los grupos sociales dominantes, se sostiene en esta decisión); debajo de la ley formal, dice Marx, existe una realidad económica y social, pobreza y riqueza. El Estado impone los intereses de la clase dominante: Tellez Aguilera ob. cit. pp. 577,580,581,582. Hay que señalar acá que el interés económico no es el único que mueve a la clase social poderosa pero sí es uno de los más trascendentes o el más trascendente. Ralph Dahrendorf es más preciso que los marxistas cuando analiza el tema de las relaciones de poder. Dice que en la sociedad se da una lucha entre los grupos sociales por el acceso al poder y no enmarca esa lucha en la relación entre clase burguesa y clase proletaria porque los trabajadores ahora componen varios grupos muy diferentes entre sí y el conflicto deriva actualmente del interés por ocupar o defender determinados estatus, Tellez Aguilera ob. cit. p. 617. A esto cabe agregar que los grupos que logran el status más elevado imponen sus normas sociales y luego las transforman en normas jurídicas. Como las que hoy en día regulan el castigo de los

delitos de lesa humanidad y específicamente los delitos que se cometieron en el conusur a partir de la década del 60 hasta avanzados los años 80 del S. XX.

G. Fernández en otra obra, "BIEN JURÍDICO Y SISTEMA DEL DELITO" B de F 2004 dice que los grupos sociales luchan por sus pretensiones, que el Derecho representa los intereses que reivindican los grupos hegemónicos o dominantes de la sociedad, pp. 120,121. De p.124 emerge, si al despacho se le permite esa interpretación, la función que el derecho natural puede cumplir en aras de imponer el interés del grupo social ganador y dominante por sobre los grupos derrotados.

E. Zaffaroni dice en su artículo "Imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad" en su libro "En torno a la cuestión penal" B de F 2005, p. 268, que los poderosos legitiman los frutos de sus crímenes para sí y para sus descendientes.

Como se viene diciendo, mucha doctrina ha sostenido que la clase socialmente dominante o poderosa se vale del Estado para imponer sus normas sociales convirtiéndolas en normas jurídicas.

Gonzalo D. Fernández en "Culpabilidad y sistema del Delito" B de F 1995 p. 40, destaca que "...queda al descubierto el esquema real de poder que se mueve detrás del ordenamiento jurídico, la pertenencia del orden legal al proyecto social hegemónico y el condicionamiento que pesa sobre el proceso mismo de la creación de normas penales, aspectos que en conjunto permiten redondear un fecundo ángulo visual" (con cita de la doctrina de Bergalli). Asistimos a la lucha de grupos sociales con distinto grado de poder, ob cit. p. 160. En este marco, el que tiene más poder es el que legisla y el que hace derecho penal.

En este punto quiere agregar el despacho que un pequeño grupo social, que esté muy cerca del Estado o logre llegar a él, o un pequeño grupo social que integre el Estado, puede aprobar una norma jurídica que vaya contra las normas sociales de los grupos poderosos. Pero tal norma aprobada, que en las líneas de Sánchez, vistas, es llamada jurídica, carecerá ciertamente de efectividad, no será aplicada. Y por esa vía de la desaplicación dejará de ser jurídica (conservará una mera jurisdicción formal) en cuanto no tendrá coertividad.

Entonces tenemos que en la sociedad luchan los grupos, por el poder. En esta interacción se forman las normas de cultura o las normas sociales, más correctamente llamadas. La sociedad toda establece convicciones que pasan a ser normas sociales. Podría ejemplificarse mencionando el rechazo de la conducta homicida o de abuso sexual. Pero existen otras normas sociales que responden no a todo el conglomerado social sino al grupo que triunfa en la lucha por el poder. El grupo social más poderoso logra establecer las normas sociales que protegen sus intereses. De entre esas normas sociales, las más cruciales, las más cercanas a sus intereses más básicos, son erigidas a normas jurídicas, por la vía del reconocimiento del Estado. Estas normas sociales, las que responden a los grupos que acaparan el poder, son las que más interesan en relación con este proceso al Dr. JC Blanco.

Ahora, este reconocimiento puede ser formal, como lo concibe Mayer, por medio de la reglada actividad del legislador. Respetando los procesos constitucionales de proposición, discusión, aprobación. En Uruguay Constitución nacional arts. 133 y sts. En este sentido se puede aceptar, como dicen las tendencias marxistas y las de la criminología crítica, que el Estado gestiona los intereses de la clase dominante. Pero el reconocimiento puede ser también menos formal, menos ortodoxo, mediante la interpretación que los jueces hacen de las normas jurídicas para hacer paso a las normas sociales que se imponen por su propia fuerza.

No sólo por vía legislativa las normas sociales llegan al respaldo coercitivo del Derecho. Ha dicho Edmundo Mezger, el maestro alemán, que la meta de la interpretación es la adaptación de la ley a las necesidades y concepciones del presente, La Justicia Uruguaya caso 13287 p. 344. La interpretación de las normas jurídicas conforme las realidades sociales imperantes, permite que ciertas normas sociales ingresen al elenco de las normas jurídicas. Se declara que estas normas sociales son también normas jurídicas, se declara que ya han sido aceptadas por el Estado mediante la acción de sus legisladores. Esta declaración interpretativa es muchas veces polémica. A veces es llamada interpretación evolutiva de la ley (la ley es más inteligente que el legislador). Pero cuando se reconocen de esta forma normas sociales emergentes, muy fuertes, dándoles la coercitividad propia de las normas jurídicas, se está confirmando que el Derecho es uno de los instrumentos de control social. Es más, la actividad de los tribunales es un instrumento de control social. Porque toda la actividad del Estado debe dirigirse al logro de una paz mínima que permita el desarrollo de la vida de los individuos en una estructura social que les permita crecer y tener expectativas en el marco de un principio de confianza y previsibilidad de la actuación de los actores sociales, en pos de un mantenimiento del equilibrio en el proceso de interacción social, Eduardo Pesce, "Lecciones de Derecho Penal" tomo I Parte General, C. Álvarez 2003 pp. 11,12.

Y bien, en el marco concreto de los delitos de lesa humanidad podemos advertir la labor de la jurisprudencia, del Estado, interpretando las normas jurídicas de forma de incluir entre ellas normas sociales de los tiempos que corren, que corresponden a las convicciones sociales de una buena parte del conglomerado social y/o de sectores de opinión e ideológicos que han logrado el poder o han logrado una posición muy cercana al poder. En este marco se han discutido temas tales como la sustitución del principio de legalidad por el principio de juridicidad, la no prescripción en los delitos de lesa humanidad, el tipo penal consuetudinario aprobado por la conciencia universal desde hace muchas décadas y que sería anterior a los crímenes de las dictaduras latinoamericanas desde la década de los años 60, la imposibilidad de que estos crímenes de lesa humanidad puedan ser objeto de amnistía, gracia o indulto. Detrás de todas estas consideraciones podemos estar ante la presencia del Derecho Natural, invocado tantas veces en la historia de la humanidad. Concretamente en los juicios de Tokio y Nüremberg, contra los criminales nazis, se echó manos a convicciones morales y éticas de la humanidad, se usó, al entender de este despacho, del Derecho Natural para condenar sin un tipo escrito, estricto y previo al estilo de Beling, cuya conformación teórica todos conocemos.

El Derecho Natural es un lugar indefinido, intuitivo, muy rico y valioso pero pasible de ser utilizado con propósitos tanto elogiables como condenables. Muchas veces para no decir que se está usado del Derecho Natural, o porque directamente no se percibe con claridad que se está usado del Derecho Natural, se invoca normas del Derecho Consuetudinario o aun normas del Derecho Internacional Penal interpretadas de forma de poder incluir en él normas sociales imperantes en la sociedad internacional actual y en las sociedades nacionales actuales. Se invoca incluso el Ius Cogens internacional para sostener que mecanismos como la amnistía, indulto, gracia, prescripción, irretroactividad, no pueden aceptarse porque esto consagraría la impunidad de delitos de lesa humanidad, cuando los delitos de lesa humanidad no admiten la impunidad, según la pretendida norma de ius cogens. Se invoca el principio de proporcionalidad también en el ámbito de estos temas. Principio de proporcionalidad antes usado en otros ámbitos como el de la validación de la prueba irritual. Por medio

del principio de proporcionalidad se dice que si el crimen tiene una gravedad inusitada no admite la prescriptibilidad, la limitación clásica del non bis in idem, etc.

Pero veamos estos puntos planteados, desde la lectura de una obra que al despacho le ha parecido especialmente adecuada a este tipo de casos. La obra se llama "JURISPRUDENCIA LATINOAMERICANA SOBRE DERECHO PENAL INTERNACIONAL" Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner, editores. Ezequiel Malarino, José Luis Guzmán, Pablo Galain y otros, Konrad Adenauer Stiftung, 2008.

En esta obra se analiza la jurisprudencia de América Latina, en tema delitos de lesa humanidad.

De estas decisiones jurisprudenciales se desprende y destaca el tratamiento de temas fundamentales para entender una teoría de las normas construida desde y teniendo en consideración las hipótesis criminales más graves por ser aquellas en las que los bienes jurídicos más importantes reciben un daño inusitadamente grave.

El Derecho Natural es abordado por las decisiones latinoamericanas en relación con la imprescriptibilidad. De p.30 surge que la jurisprudencia dominante afirma que la norma consuetudinaria que establece la imprescriptibilidad ya estaba vigente en el momento de comisión de los hechos respecto de los cuales la regla es aplicada y que de esta manera el requisito de una norma previa estaría satisfecho.

Dado que en los códigos del planeta, la prescripción está instalada como instituto, no puede decirse que sea costumbre internacional la imprescriptibilidad de algunas conductas; obviamente tampoco se trataría de una norma de ius cogens una disposición que no es siquiera costumbre internacional de los Estados. Por lo que no queda otra conclusión que sostener que estamos ante una norma de Derecho Natural invocada por la jurisprudencia para evitar la impunidad de crímenes de extrema gravedad.

La jurisprudencia argentina sostuvo que los crímenes de lesa humanidad eran imprescriptibles en virtud de que la tal regla de imprescriptibilidad ya era una norma jurídica, de la costumbre internacional, ob. cit. pp. 42,43. Ahora, como se dijo antes, la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad no puede considerarse una norma jurídica, de derecho internacional público consuetudinario. A lo sumo y conforme a las disquisiciones que se desarrollaron supra, se trataría de normas sociales, de la sociedad internacional, de algunos grupos de opinión de la sociedad internacional que se podía observar ya hacia 1968, fecha de la Convención de ONU sobre imprescriptibilidad de Crímenes de Lesa Humanidad.

La imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad no era una norma consuetudinaria al momento de la comisión de los crímenes de las dictaduras latinoamericanas.

Ha dicho este mismo despacho en otra decisión lo que sigue:

En lo que dice relación, precisamente, con la prescripción de los delitos de lesa humanidad, algunos abogan por la imprescriptibilidad como solución a nivel internacional en base a los textos internacionales de repetida mención. Pero como vimos, en el presente estadio del desarrollo del Derecho en el planeta, el Derecho Internacional no se impone sobre el nacional. El derecho nacional establecerá sus soluciones sobre prescripción en este punto. Venezuela, Brasil, El Salvador, España y otros países tienen establecidas normas sobre prescripción de los crímenes contra la humanidad. En la legislación de España se señala que la imprescriptibilidad como solución no es retroactiva. Lo mismo en la realidad mexicana.

Siendo la imprescriptibilidad una solución de política legislativa en cada Estado, ha de concluirse de que no se trata de una norma de Derecho Internacional Consuetudinario. Porque la conducta en contra, de gran número de Estados, impide que pueda relevarse el elemento objetivo.

Algunos Estados se verían obligados por normativa internacional que han ratificado y que incluye la solución de la imprescriptibilidad.

En particular en el caso de Uruguay no se puede sostener que rija norma alguna, con retroactividad a la fecha de los hechos, que establezca la imprescriptibilidad.

Pero como se vio de la revista que viene de hacerse, hay doctrina que limita la funcionalidad del instituto de la prescripción. Y hay jurisprudencia que por vía oblicua anula los efectos de la prescripción en soluciones que nos hacen recordar los postulados del realismo jurídico norteamericano y escandinavo ya citado.

Así Guzmán dice que en Chile no se puede sostener que rija norma alguna que erija la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad. Pero que la prescripción no empezará a correr mientras: se prolongue un régimen de terror y fuerza de los que destruyen las bases de la administración de justicia o diseminan un tejido de obstáculos en la estructura jurídico pública para que aquella, una vez recuperada la normalidad institucional, no pueda perseguir oportuna y eficazmente los crímenes; mientras los órganos del Estado hagan posible la falibilidad y limitación que lleva a la prescripción; mientras no concurra una inercia no contaminada de los organismos de persecución; mientras el Estado no se muestre con ganas y capacidad de castigar; mientras los órganos judiciales no sean capaces de empezar y proseguir seriamente el proceso de enjuiciamiento. Se concluye que la jurisprudencia no puede, con actitud conceptual mera, cerrar los ojos al entorno. Se agrega, como se vio supra, los ejemplos en que los autores de los delitos permanecen en puestos públicos o hacen abuso de las funciones públicas. En estos casos se suspende la prescripción. “Suprema Corte de Justicia remite: Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 7 de Argentina, of. 474/06 Ref. 143/06 de 8/5/06, solicitud de extradición de José Arab, José Gavazzo, Ricardo Medina, Ernesto Rama o Ramas, Jorge Silveira, Gilberto Vázquez y Julio Vadora” anotado con el N° 56/06 al folio 9, Juzgado Penal de 1er turno Montevideo.

Precisamente en muchos códigos nacionales se establece el instituto de la prescripción. Así el CP de Costa Rica arts. 84 y sts. CP de Nicaragua art. 114 y sts especialmente art. 121. CP de México art. 100 y sts. CP de Chile art. 93 y sts. CP de Venezuela art. 108 y sts. CP de Colombia art. 82 y sts. En el sistema colombiano, especialmente, la prescripción de los delitos de genocidio, desaparición forzada, tortura y desplazamiento forzado será de treinta años, art. 83. Por lo que queda claro que la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad no es una norma jurídica internacional consuetudinaria sino una norma social, de la sociedad internacional y de las sociedades nacionales. Esta norma social internacional lucha con otras normas sociales, con las cuales, en el seno de la sociedad, mide fuerzas. Recordemos que Mayer nos decía que el Estado escoge algunas normas sociales y las erige a jurídicas en tanto abandona a otras a su fuerza social. Y bien esta norma de imprescriptibilidad es una norma social que no llega a ser una norma jurídica internacional. Pero siguiendo con la revista de algunos Códigos Penales del planeta tenemos el CP de Bolivia que establece la prescripción como modo de extinción del delito y de las penas, art. 100 y sts. CP alemán art. 78 número 2 dice que los crímenes de genocidio y asesinato no prescriben. En este caso la norma jurídica de la prescriptibilidad es excepcionada como deber ser, con un texto expreso (art. 101 del CP del Ecuador). CP de Argentina art. 59 y sts.

En la obra “TEMAS ACTUALES DE DERECHO PENAL INTERNACIONAL” Konrad Adenauer Stiftung 2005 José Luis Guzmán Dalbora aporta un trabajo que se llama “Crímenes Internacionales y prescripción”; en p. 103 y sts. Analiza concretamente el ordenamiento jurídico chileno. Sostiene que en el derecho chileno no hay delitos imprescriptibles y que la prescripción, como instituto limitador del ius puniendi podrá ser extendida o limitada pero no eliminada para ninguna clase de delito.

De cualquier forma se desprende de la doctrina de Guzmán que la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad no es una norma jurídica de Derecho Internacional Público. Porque de lo contrario tal imprescriptibilidad se impondría a la solución nacional chilena. Guzmán sostiene la absoluta prescriptibilidad de los delitos y las penas, p. 104.

El Estatuto de la Corte Penal Internacional ratifica que no existía una regla jurídica consuetudinaria de Derecho Internacional Público, Derecho Internacional Penal, sobre imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad. Porque el Estatuto referido recoge las garantías del Derecho Penal. Establece el Nullum Crimen sine lege, p. 113, José María Gamio, “Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional” en Revista de Derecho, Universidad Católica AMF 2003. El Estatuto también establece el Nulla pena sine lege, la irretroactividad *ratione personae*, la responsabilidad penal individual, la intencionalidad. Y tuvo que establecer a texto expreso la imprescriptibilidad de las conductas en las cuales tiene competencia. Este establecimiento era necesario para que no quedaran dudas de la vigencia de la solución. La imprescriptibilidad es sin duda una norma jurídica en el Estatuto de Roma. No es claro que sea una norma jurídica de la comunidad internacional anterior, de carácter consuetudinario. Es más, este despacho descrea de esa norma jurídica internacional consuetudinaria que algunos erigen a *ius cogens*. Nuestra ley 18026 art. 7 establece la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad. El legislador nacional creyó del caso establecer la imprescriptibilidad como una expresa norma jurídica. Es que la afirmación de que antes ya se trataba de una norma de derecho consuetudinario es sumamente controvertible, el criterio no es firme ni seguro.

De modo que cuando se allega la norma social imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad al ordenamiento jurídico, muchas veces se hace alegando, sin mencionarlo, el Derecho Natural y siguiendo el camino que grupos sociales poderosos hoy señalan. Grupos que enarbolan idearios morales de valor incontrovertible. En realidad en las últimas décadas particularmente en América Latina se ha estado hablando y discutiendo acerca de institutos que sólo podrían ser ubicados en el Derecho Natural. Porque éste es indefinido y permite la confección de listas para satisfacer la necesidad del respeto a normas sociales provenientes de grandes mayorías o provenientes de los grupos políticos que han arribado al poder.

En la p. 40 de la obra que se viene citando, “JURISPRUDENCIA LATINOAMERICANA SOBRE DERECHO PENAL INTERNACIONAL” se describe cómo la jurisprudencia argentina argumentó la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad en base a que tal norma estaba ya en la costumbre internacional. Es del caso reiterar que aquí las normas sociales que interesan a los grupos cercanos al poder y a los que tienen el poder son ingresadas al ordenamiento jurídico, como normas jurídicas pues. Y este ingreso es hecho por los tribunales, por las decisiones jurisdiccionales. Vuelven a nuestra memoria las afirmaciones polémicas de las corrientes que sostienen que el Estado secunda los intereses de los grupos que llegan al poder. En la página 153 José Luis Guzmán Dalbora aclara porqué la imprescriptibilidad no es una norma de Derecho consuetudinario y no es una norma jurídica en Chile.

También se ha mentado un tipo penal consuetudinario, no escrito. En “JURISPRUDENCIA LATINOAMERICANA...” p. 145 JL Guzmán advierte que la validez temporal de los preceptos internos, sometida a los principios de legalidad y extraactividad de la ley penal más benigna ofrece un campo en que tornan a reñir las opuestas tendencias de la aplicación exclusiva del derecho nacional o la subordinación de éste a las exigencias de la comunidad jurídica de naciones, convencionales o no escritas. Esto no es otra cosa, acota este despacho, que la imposición de normas sociales de la comunidad internacional. Imposición vía reconocerlas como normas jurídicas que no son y darles la coercitividad que no les corresponde. Por esta vía la retroactividad tuvo una admisión que parecía imposible con las normas jurídicas nacionales. Se aplicó en esos casos, si no un derecho consuetudinario que no incluía unas tales normas sobre retroactividad e imprescriptibilidad, si un Derecho Natural.

De página 31 podemos contemplar el problema de la recepción de pretendidas normas de Derecho consuetudinario entre las cuales la imprescriptibilidad. De p. 156 surge la penetración de Derecho internacional en los sistemas nacionales, con las características ya vistas. De p. 26,43,48,73,74,145,153,58,145,291 surge la aplicación de normas de la sociedad internacional, argumentando la aplicación de normas de Derecho Penal Internacional o consuetudinario, normas de ius cogens, normas de Derecho internacional convencional como la Convención Interamericana de Derechos Humanos, inaugurando una ardua discusión en cuanto a la retroactividad. Incluso se han usado como argumento normas nacionales. Y sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Y es que el tema de la justicia y la seguridad jurídica ha desvelado a todas las sociedades humanas. Claro que tenemos noticias de las sociedades más recientes. En este marco Radbruch quería preeminencia para el derecho positivo aunque fuese injusto, salvo que la injusticia, por enorme, fuera intolerable: E. R. Zaffaroni, “EN TORNO A LA CUESTIÓN PENAL” N° 18, B de F 2005, p. 300. Es decir que en ciertas coyunturas en que la injusticia es intolerable, los jueces pueden introducir normas sociales al ordenamiento jurídico, imponiéndolas con la coercitividad de las normas jurídicas, y sin que esto sea un sacrilegio imperdonable de quienes tienen que perseguir la justicia en sus fallos y darle paz a la sociedad; el Derecho penal es uno de los instrumentos de control social. Por ello no sorprende que la jurisprudencia argentina que se viene citado haya acudido a un pretendido Derecho consuetudinario, o normas constitucionales, “JURISPRUDENCIA LATINOAMERICANA...” pp. 23,29,30,48,137,138,139,142.

Tras los problemas jurídicos vemos la gestión de los propios intereses que hacen los grupos sociales poderosos, en la sociedad internacional (donde podemos ver a la comunidad de las naciones) y en la sociedad nacional. En la gestión de esos intereses estos grupos pueden influir en decisiones jurisdiccionales, desplazando a otros grupos que han perdido su poder social. Y esto no debe ser visto como un sacrilegio porque en los procesos sociales los factores sociales se interinfluyen. Así podemos ver esto en “JURISPRUDENCIA LATINOAMERICANA...” pp. 50,51,52,53,55,56,57,58,63,157. También la jurisprudencia puede influir sobre los grupos sociales y sus ideas, pero en todo caso las decisiones jurisprudenciales no dejan de ser manifestaciones de voluntad de grupos sociales aunque sean muy pequeños. Ningún juez escribe solo, siempre se basa en normas sociales para hacerlo. Siempre tiene referentes sociales y siempre integra grupos sociales. El juez, como ocupa un lugar estatal, puede lanzar a la sociedad una idea social con, hasta ese momento, poca fuerza. Una idea que provenga de grupos sociales pequeños, incluso de elites de pensamiento. En el ámbito social las ideas lucharán cada una con su potencia, los grupos sociales lucharán.

En la labor de introducir las normas sociales de las grandes mayorías y de los grupos de poder, al círculo de las normas jurídicas, la jurisprudencia ha echado mano a los principios vagos del merecimiento de pena, sentimiento de justicia. Pero estos criterios encuentran la ortodoxa muralla del Derecho positivo cuando los grupos poderosos aun encuentran en el Derecho escrito y clásico una respuesta a sus intereses. Así se puede ver en “JURISPRUDENCIA LATINOAMERICANA...” pp.146 y 151. Y es que si se ve bien, al sentimiento de justicia y de merecimiento de pena parecemos acudir cuando los argumentos de derecho positivo se han terminado y debemos apelar al Derecho natural.

Es claro que la interpretación es la herramienta por excelencia para lograr imponer el criterio que sea más urgente para la realidad social que se vive. En concreto, para convertir normas sociales en normas jurídicas aunque el ordenamiento positivo no las haya incluido, aunque el Estado no las haya reconocido en el plano formal del legislador, aunque se tenga que caer en defectos argumentativos lógicos que han sido denominados de forma muy gráfica como “saltos mágicos”. Puede verse en “JURISPRUDENCIA LATINOAMERICANA...” pp. 25, 34, 35, 36, 38, 43, 48, 86, 87, 118, 140, 141, 142, 143, 145, 152, 154. Por ejemplo mediante el complemento de un tipo penal nacional con uno internacional posterior, el relacionamiento de tipos penales nacionales con tipos internacionales, uso del tipo del secuestro para argumentar la imprescriptibilidad vía utilización del tipo del delito permanente.

La interpretación es una de las herramientas entonces para que las ideas sociales de las grandes mayorías o de los grupos sociales poderosos lleguen a ser tratadas como normas jurídicas, aun cuando no han sido reconocidas por el Estado formalmente. La doctrina muchas veces secunda los esfuerzos de estas fuerzas sociales en pos de la jurisdicción de sus normas. Podemos verlo en “JURISPRUDENCIA LATINOAMERICANA...” pp. 242, 249, 293, 422, 263, 276, 294, 321, 322, 424, 425, 429, 432, 433. Ahora, lo interesante de las decisiones jurisdiccionales citadas en las pp. 429 y 433 es que hacen referencia a los intereses sociales, a las necesidades sociales, bordeando el espacio específico de la teoría de las normas. En p. 242 se hace referencia a los sectores con poder social, político y económico, en p. 243 se hace referencia a grupos militares y grupos civiles allegados al poder. En lo que se relaciona específicamente con la influencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que actúa determinadas ideas sociales por todos conocidas, debe decirse que tiene gran influencia en estos tiempos sobre las decisiones jurisdiccionales latinoamericanas que por ello presentan una tendencia punitiva y expansiva. Dice Ezequiel Malarino en “JURISPRUDENCIA LATINOAMERICANA...” p. 447 que a esta tendencia punitiva y expansiva de la jurisprudencia de tribunales de países latinoamericanos ha contribuido notablemente la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que con su pretensión de acercar el Derecho internacional de los derechos humanos al Derecho penal internacional ha pasado a convertirse casi en un tribunal penal, - y, por cierto, muy amante de las soluciones penales-. Estas afirmaciones tan valientes como polémicas, del valioso doctrino internacional, en todo caso son interpretables con ventaja desde la teoría de las normas porque los tribunales encumbrados pueden ser herramienta poderosa de imposición jurídica de ideas sociales de grupos poderosos, cercanos al poder, o de las grandes mayorías que ejercen su presión (no es fácil decir que lo hagan en forma no democrática, puesto que así se puede estar aludiendo nada menos que a la voluntad del pueblo).

Se hace caudal del sentimiento de justicia o jurídico, para, por medio de la interpretación, jurisdicizar normas sociales dominantes, “JURISPRUDENCIA LATINOAMERICANA...” pp. 296,394,425,424,429.

En la obra de Zaffaroni ya traída a colación, “EN TORNO A LA CUESTIÓN PENAL” donde se estudia la doctrina de Radbruch se toca permanentemente el tema de la teoría de las normas. En p. 311 se habla de los crímenes nazis, de los crímenes del muro de Berlín, de la impunidad de los poderosos, la lucha del positivismo jurídico contra el Derecho Natural, retroactividad, imprescriptibilidad, la obediencia debida, en fin, el punitivismo o la impunidad, una lucha de los grupos poderosos en la lid jurídica, objeto de estudio de la teoría de las normas. Al menos si ella no se mira exclusivamente desde un miope sesgo excesivamente positivista.

Se sigue discurriendo implícitamente sobre el Derecho natural, en ocasión de hablar de la imprescriptibilidad, del principio de legalidad, del *ius cogens*, de la retroactividad, de la cosa juzgada, del *non bis in idem*, en “JURISPRUDENCIA LATINOAMERICANA...” p. 263, 264, 266, 295, 296, 375, 376, 377, 378, 393, 434. Y Zaffaroni en la obra citada “EN TORNO A LA CUESTIÓN PENAL” pp. 254, 255, 263, 264, 265, 266, 300, 301, 302, 317, abogando por la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, jurisdizando unas normas de la sociedad internacional, mejor descritas, al entender de este despacho, como unas convicciones morales de la humanidad, pp. 381, 391, 393, 407, 432, 435, 436, 439, 441, 442.

Otro de los temas que en verdad, antes de la década de los 90 sólo podemos encontrar en el elenco dudoso del Derecho natural es la improcedencia de las Amnistías, las Gracias y los Indultos a los autores de crímenes de lesa humanidad. Pero este punto no es decisivo en esta sentencia pues Juan Carlos Blanco no está alcanzado por la ley 15848.

Una solución que sólo se puede encontrar en el Derecho natural es la de la retroactividad de la ley penal menos beneficiosa cuando de delitos de lesa humanidad se trata. Es cierto que la Convención sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, ONU 1968, que Uruguay en 1999 aun no había ratificado, establecía en el art. 1 que “Los crímenes siguientes son imprescriptibles, cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido...” Pero también es cierto que se trata meramente de una expresión convencional del Derecho internacional público, que sólo rige entre los que han ratificado o adherido y de ninguna forma puede considerarse ya un derecho consuetudinario o de *ius cogens*. Por eso es que el esfuerzo se dirige a argumentar que en el Derecho consuetudinario ya existía la tipificación de los delitos de lesa humanidad al momento en que se cometieron las tropelías dictatoriales, por lo cual no habría tal retroactividad. En realidad la doctrina y la jurisprudencia se han esforzado por eludir, argumentalmente, el tema de la retroactividad. Sin embargo la retroactividad se ha admitido en casos de graves violaciones de derechos humanos: “JURISPRUDENCIA LATINOAMERICANA...” p. 434 (jurisprudencia chilena). Pero más allá de casos aislados, de sentencias aisladas, los tribunales se cuidan de prohijar en su discurso, la retroactividad de la ley penal menos benigna, ob cit. p. 435,464. Si bien han acogido la retroactividad llamándola por otro nombre: Zaffaroni, “EN TORNO A LA CUESTIÓN PENAL” doctrina de W. Naucke, p. 309,310. Alguna doctrina incluso admite las leyes retroactivas, Zaffaroni ob. cit. p. 314, doctrina de Vassalli. De esta forma y por estas razones, cree este decisor, se jurisdizan normas sociales poderosas.

Un mecanismo que se encuentra para jurisdizar normas sociales poderosas es apelar al principio de proporcionalidad. A notable gravedad del delito corresponderán determinadas soluciones en cuanto a la prescripción, *non bis in idem*, retroactividad, etc. “JURISPRUDENCIA LATINOAMERICANA...” pp. 429,430,444.

Un tema trascendente para este fallo, desde la teoría de las normas, es el que tiene relación con el tipo penal consuetudinario. Véase que la aceptación de un

tipo penal no escrito, lo contrario a la tesis de Von Beling, es particularmente apta para disponer el ingreso de normas sociales de grandes mayorías, o de la humanidad toda, sin perjuicio de coadyuvantes intereses de los grupos sociales triunfadores. Porque a un tipo penal no escrito se le puede hacer rezar cualquier oración. Cuando la jurisprudencia y la doctrina dicen que, antes de los crímenes de las dictaduras latinoamericanas de los años 60 en adelante, ya estaban tipificados los crímenes de lesa humanidad en el Derecho consuetudinario, jurisdizan normas de la sociedad internacional y las aplican a la resolución de casos como el que se decide aquí. En la jurisprudencia y doctrina, como se ha dicho, se ha apelado al Derecho consuetudinario y específicamente al tipo penal consuetudinario: “JURISPRUDENCIA LATINOAMERICANA...” pp. 295,374,377. No obstante lo dicho hay decisiones que han rechazado el recurso al tipo penal consuetudinario. En la obra que se viene citando pp. 436,325. También existe doctrina que se pronuncia contra la aplicación del tipo penal consuetudinario, en la obra citada pp. 442 a 448.

En fin, el derecho penal del vencedor, o del vencido, es inevitable, así parece enseñar la historia universal conocida por la doctrina más prestigiosa: Zaffaroni, “EN TORNO A LA CUESTIÓN PENAL” citada, con doctrina de Radbruch y Vasalli, pp. 311,312,313,314. O tal vez, sin más oropel, derecho penal del enemigo.

VIII) RESPONSABILIDAD DE JC BLANCO EN EL HOMICIDIO DE ELENA QUINTEROS. TEORÍAS ACERCA DE LA AUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN.

Es necesario repasar las teorías que se han propuesto para determinar quién es autor y quién no lo es, quién es cómplice, inductor, coautor. Para lo que a nuestro derecho interesa, quién es autor, quién coautor y quien cómplice, o bien quién responde por delito distinto del concertado, arts. 60 a 63 del CPU.

Ha dicho Claus Roxín desde la doctrina alemana, en su obra clásica sobre el tema:

C ROXÍN. “AUTORÍA Y DOMINIO DEL HECHO EN DERECHO PENAL”. SEPTIMA EDICIÓN. MARCIAL PONS 2000.

Cap I

2. Teorías causales.

El positivismo naturalista sometía las ciencias culturales a las ideas de las ciencias naturales y pretendía reducir los fenómenos jurídicos a cursos causales y concatenaciones causales. En la teoría de la autoría y la participación se observaba el aporte causal de cada uno, 23. Así:

Von Bar y Birkmayer, 24.

Dos posiciones a partir de esto:

- a) todas las condiciones del resultado son equivalentes.
- b) se puede reconducir cada una de las formas de participación a distintas formas de causación.

Para la teoría de la equivalencia de las condiciones no existe diferencias entre autores, coautores y cómplices e inductores. Pe. Von Lizst. Establecían un concepto unitario de autor que no era acompañado por la ley positiva y se sostenía de lege ferenda. Y la distinción se hacía en el plano subjetivo ya que en el objetivo la ley no lo permitía, 24. Por esta vía se llegó a la teoría subjetiva de la participación, como la desarrolló Von Buri, 25. Objetivamente todos aportan. La diferencia está en la voluntad de unos y otros, autores y cómplices.

Las teorías que distinguen entre causas y condiciones, en cambio, encuentran diferencias entre las condiciones del resultado. Esto se traslada a la delimitación entre los autores y los partícipes. Surgieron así las teorías objetivas que distinguían entre clases y grados de causalidad.

Pero el método causal ha pasado a la historia. La causalidad no puede aportar nada a la comprensión de las relaciones jurídicas de sentido y significado, 25. La causalidad es ciega a los valores, 26.

3 Teorías teleológicas de la autoría.

El causalismo dejó paso a los métodos de las ciencias del espíritu. Los neokantianos distinguían entre el reino del ser y el de los valores (Rickert y Lask), 26. Los principios de regulación y los significados jurídicos no han de deducirse de la realidad sino que se le añaden a ésta por medio de la formación de conceptos dominada por la idea de finalidad. Los conceptos exentos de valoración pasan a tenerla. Triunfa el método teleológico normativo.

Mayer decía que el causalismo no sirve para valorar porque lo que para la concepción causal puede ser indiferente para la teleológica puede ser distinto. Lo que puede tener un solo sentido para la causalidad puede tener varios para la teleología. Y Mezger dijo que de la igualdad causal no puede derivarse la igualdad teleológica, que para distinguir las formas de autoría y participación hay que ir a la valoración jurídico normativa de las aportaciones individuales al hecho. Hacia los 30 todos los tratados profesaban la solución teleológica, 28.

Eberhard Schmidt dice que los conocimientos jurídico penales han de obtenerse mediante consideraciones normativas. El legislador formula los tipos para anunciar los juicios de valor sobre lesiones de bienes jurídicos. Lo que da a un modo de conducta la característica esencial es la lesión de interés que determina. Cualquiera que lleva a cabo antijurídica y culpablemente una realización del tipo y con ella (materialmente hablando) una lesión de un bien jurídico debería ser declarado autor, 28. Es indiferente que emprenda por sí mismo la acción típica o que de lugar a ella pues en ambos casos determina una lesión al bien jurídico, 28. Se obtiene así un concepto extensivo de autor que incluye el inductor y el cómplice. El cómplice tiene menor peligrosidad respecto al bien jurídico, 29.

Todo aquel que causa una lesión típica del bien jurídico si no es inductor o cómplice, es autor, 29. La autoría directa se distingue de la mediata en relaciones externas sin importancia jurídica. Por ello no reconoce los delitos de propia mano, todos los tipos pueden cometerse en autoría mediata.

Pero este concepto de autor, amplio y valorativo, apenas se distinguía de la autoría causal.

Beling era partidario de la formación teleológica de conceptos pero decía que autor sólo es aquel que ha realizado la acción típica de un modo acorde con el sentido del lenguaje común, 30. Matar a una persona, en giro legislativo, sería algo tan simple como el concepto del lenguaje común de cruzar un puente, 30.

Grünhut se mantuvo en el método normativo. El concepto de autor lo limitó a los delitos dolosos.

Hegler se plegó al método normativo. Combinó la teoría objetivo formal con su teoría de la preponderancia pensada para esclarecer la autoría mediata.

Pero esta variedad denuncia falta de método a pesar de que se comparta el planteo normativo. Hay que fijar los criterios con los cuales se hará la valoración.

Para Roxín es necesario que por el método normativo se llegue a una interpretación correcta de la ley.

Contra de E. Schmidt, los criterios de distinción entre autor y partícipe no pueden encontrarse con ayuda del concepto de bien jurídico, 31.

Y, contra de Beling, el legislador tiene muchas otras posibilidades de valoración aparte del sentido del lenguaje común, 31. Y, ¿qué puntos de vista valorativos materiales se ponen de manifiesto al atender el sentido del lenguaje común?

4 Teorías ontológicas de la autoría.

En los años 30 se superó el neokantismo. Unas nuevas corrientes creyeron poder encontrar en los propios ámbitos materiales regulados por el derecho, principios de ordenación deducibles únicamente a partir de la materia jurídica, 32.

La escuela de Kiel se basó en el método intuitivo para concebir el concepto de delito y los fenómenos jurídicos. Carl Schmitt sostuvo que el ordenamiento jurídico no se crea mediante una suma de reglas sino que la regla es un componente de un ordenamiento ya dado por el pueblo, 32.

Welzel, apoyándose en las investigaciones ontológicas de Nicolai Hartmann criticó la separación del ámbito conceptual respecto de la realidad, 32. Para él, en contra de la escuela suroccidental alemana, los conceptos jurídicos no son configuraciones metodológicas de un material amorfo sino descripciones de un ser configurado ónticamente, 33. El ser tiene en sí, ab initio, ordenamiento y configuración, no es que los reciba prestados de formas ideales. El ser social de la persona está en ordenamientos originarios, que no es que sean trasladados sólo por medio de actos conceptuales teóricos a un ser informe, 33.

Estas teorías deberían determinar el concepto de autor conforme a estructuras ontológicas o formaciones de sentido previas al ordenamiento jurídico, 33. El legislador debería fijar materialmente lo que quiere, primero, y luego acuñar conceptos racionalmente, 33.

Karl Schmitt quería basarse en los hechos vitales naturales y existentes y no en abstracciones artificiosas y absurdas, 33.

Lange, al momento de definir al autor se pregunta: ¿de quién es obra el delito? (solución cercana a la posterior doctrina del dominio del hecho, en la que ha influido, 34. Esta postura se encuentra entre el teologismo y el ontologismo, 34. Lange se basa en el normativismo de Wolf por ejemplo pero critica el concepto extensivo de autor propuesto por E. Schmidt. Y dice que el concepto de autor ha de formarse al margen de los preceptos del derecho positivo y valdrá para cualquier otro sistema, 34.

Welzel ha intentado por primera vez un concepto ontológico puro de autor. En 1939 Welzel traza su teoría final de la autoría, 35. Sobre la base de su doctrina de la acción. La acción tiene una esencia ontológica no deformable por los teologismos del legislador, 35. Para él la autoría es la forma más amplia del dominio final. El autor final es señor de su decisión y de la ejecución de ésta y así señor de su hecho que configura, consciente del fin, en su existencia y forma de ser concreta, 34. El inductor y el partícipe tienen cierto dominio del hecho, pero sólo sobre su participación. El hecho como tal está sometido sólo al dominio final del autor. La participación de éstos es sólo participación en un hecho ajeno. El inductor instiga el hecho ajeno. El partícipe apoya el hecho ajeno. La diferencia está dada no por preceptos positivos sino por manifestaciones esenciales del actuar final dentro del mundo social. Está en las manifestaciones reales del ser comunitario ya dado y la ley no puede deformarla, 35.

Hardwig se propuso determinar el concepto de autor en función del contenido de sentido y de imputación jurídico social del hecho, 36. Si bien metodológicamente está de acuerdo con Welzel y su ontologismo, no parte de estructura materiales fijas sino del contenido social dado de las formas de cooperación. El hecho ha de integrarse en un ámbito social concreto, junto con las líneas normativas que lo complementan. Recurre

al lenguaje común, que se basa en principios, aunque sean inseguros. Pone de manifiesto la falta de puntos de vista valorativos específicamente jurídicos. El derecho es un fenómeno social, 36. Trata de aclarar el concepto de autor a partir de la captación de fenómenos jurídicamente previos, 37. Si un hombre y su esposa trabajan en un jardín pueden pasar varias cosas. Que la mujer sea aficionada al jardín y el esposo no. En este caso la mujer es autora y el marido sólo ayuda. Si es al revés, la conclusión es la contraria, 36. Si ambos de interesan por igual en el jardín son coautores, 36. La estructura final de la acción es un dato prejurídico incambiante, 37. Las valoraciones sociales son otro dato prejurídico, pero cambiante, 37. Estos dos elementos son la base de los sistemas de Welzel y Hardwig, vistos. Pero: de los elementos ontológicos previos, hay que elegir unos para determinar la autoría, y descartar otros, 37.

De la finalidad de la acción no se puede extraer el criterio para distinguir autores de inductores y cómplices porque todos actúan finalmente. Para Welzel la finalidad es idéntica al dolo, pero también los cómplices actúan dolosamente. Por lo tanto el criterio no está exento de críticas, 37.

El criterio de Hardwig está sometido a iguales críticas. Hardwig no se centra en la realización del tipo, para determinar lo que es “ayudar”. Hardwig no fundamenta porque el contenido de imputación jurídico social del hecho ha de estar ligado a la interpretación tradicional del concepto y no a otro criterio cualquiera y sin respeto del tipo legal, 38.

5. EL CONCEPTO DE AUTOR COMO SÍNTESIS DE PLANTEAMIENTOS CAPTADORES DE SENTIDO Y DETERMINANTES DE FINES.

Para Roxín no se puede decidir entre una de las dos corrientes excluyendo la otra, 38. La síntesis de las dos doctrinas es lo correcto, 39.

Las materias de regulación jurídica no reciben su contenido de sentido del legislador, del juez o del investigador sino que este contenido es algo previo, dado a través de legalidades y de estructuras de desarrollo ontológico, ético sociales, 39. Esto contradice a los que propugnan el puro método teleológico, 39.

Pero depende del legislador la elección de entre las diferenciaciones previas, aquellas que quiera convertir en base de su regulación. Esto contradice la tesis ontológica pura.

Lask, que llevó el método neokantiano al derecho, reconoce que existe una acomodación del derecho a su sustrato. Los hechos de la vida brindan ya una materia típicamente configurada, lista para la regulación jurídica, 40.

Gustav Radbruch dijo que la materia del derecho es el dato prefigurado por medio de conceptos sociales. Estos conceptos sociales son prejurídicos pero a ellos corresponde conceptos jurídicos. Los conceptos jurídicos aprehenden ciertos hechos sociales y por esta vía se llega al tratamiento jurídico. Radbruch reconoce que los datos prefigurados reclaman consideración y atenúan el dogma del dualismo metodológico, 40.

Por otra parte Welzel y sus seguidores reconocen que las estructuras lógico objetivas ciertamente representan datos previos ontológicos, inmodificables para el legislador. Pero que generalmente pertenece al legislador valorar a cuál de esas estructuras quiere vincular su regulación. Stratenwerth dice lo mismo, 41.

También en la teoría de la autoría el camino correcto reside en resaltar los criterios valorativos determinantes o las diferenciaciones previamente dadas que orientan la regulación legal.

El recurso al concepto causal es, como se sabe, equivocado, 41.

El recurso unilateral a criterios como el bien jurídico, lenguaje común, merecimiento de pena, peligrosidad, estructura final, etc, no deja de ser arbitrario en tanto no se indica porqué y hasta qué punto se basa en ellos la regulación legal, 41. Aquí los baremos han de extraerse de la ley. De los preceptos de la parte general sobre autoría así como de los tipos de la parte especial.

El legislador puede delimitar las formas de participación con arreglo a sus criterios valorativos y recurrir a datos previos sociales como las ideas de autor, inductor, cómplice, o el uso de común del lenguaje, 42. Ello desembocaría en una teoría de la autoría ontológico social, 42. Pero nunca cabría aclarar invocando criterios lingüísticos o contenidos de significado social la cuestión de si el que contrata un matón para un asesinato es autor mediato, coautor o inductor. Sólo se podrían resolver tales cuestiones si el legislador, el juez o el científico, de la mano de criterios finalistas y valorativos que han hallado expresión en la ley, precisan el concepto y continúan configurándolo. Sin correspondencia directa alguna con el ámbito de las estructuras sociales previas, 42.

En la periferia de los conceptos jurídicos queda campo libre para la formación conceptual autocreativa de un material sin configurar y por ese lado tiene razón la doctrina suroccidental alemana, 43.

Por otra parte las articulaciones previas son ineludibles, 43.

Un criterio puramente teleológico, que prescinde de los sucesos ópticos, es el del merecimiento de pena. Pues difícilmente cabe esclarecer con validez absoluta que determinado comportamiento exterior sea siempre más merecedor de punición que otro. En este sentido Roeder, auxiliado del método de E. Schmidt, concluye que no cabe verificar un merecimiento de punición reducido del cómplice o inductor. Quien proporciona el medio estragante, aunque no lo active, puede ser más merecedor de pena que quien sólo lo maneja mecánicamente. Aquí lo equivocado no es la consecuencia sino el punto de partida. Los conceptos jurídicos que no se basan en elementos estructurales aparentes y ópticos no permiten delimitaciones claras y se deshacen en la indefinición. El planteamiento contrario también llevaría a la indefinición, 43.

El método captador de sentido debe proporcionar a las figuras jurídicas un centro inamovible, ofrecer a la conformación conceptual claros puntos de apoyo. La valoración no puede desvincularse de las estructuras previas. El método no puede ser exclusivamente valorativo, 44.

Han de vincularse el método creador de sentido y el captador de sentido, 44.

Los contenidos de sentido sociales previos no llegan al legislador como resultados listos e inalterables. Las conformaciones sociales resultan influenciadas por fines legislativos y conocimientos científicos. El legislador recibe conceptos sociales de autor y les adiciona sus propias ideas. Con lo cual llegamos a otro concepto, 44. La influencia es recíproca entre lo prejurídico y lo jurídico, 44.

6. EL AUTOR COMO FIGURA CENTRAL DEL ACONTECER EN FORMA DE ACCIÓN.

A partir de las consideraciones precedentes podríamos decir que el principio orientador para determinar el concepto de autor es: el autor es la figura central del acontecer en forma de acción, 44. Es un punto de partida metodológico entre la consideración ontológica y la teleológica.

El concepto de figura central designaría por una parte el punto de vista legal determinante para la delimitación y un baremo de diferenciación prejurídico, 45.

El legislador describe el autor por medio del concepto de “ejecutar”, al inductor por medio del concepto de “determinar al hecho” y a la complicidad mediante el “auxiliar”. Los tres modos de conducta se refieren a un hecho concreto. El legislador concibe al ejecutor como punto de referencia y figura clave del suceso delictivo, mientras que el

que determina y el que auxilia están fuera del centro, agrupados en torno al autor, 45. Desde los otros planteamientos que atienden a los contextos de sentido prejurídicos, el concepto de figura central significa un recurso a una idea plástica, que anida en la conciencia común. El autor, el coautor o el autor mediato son las figuras principales del suceso. El inductor y el cómplice están en los márgenes. Se trata de la misma cosa pero desde ángulos distintos. Si cabe hablar de una esencia previa clara de la participación ésta consiste en que el partícipe se apoya en la figura central del autor, 45.

Pero, ¿qué criterios ha de usarse para determinar el concepto de figura central? Lo cual puede tener una respuesta distinta para cada tipo penal. En cada tipo penal habrá que desarrollar el concepto, reproducir los contextos de significado prejurídicos y verificar el calado del concepto de la mano de ejemplos prácticos, 45.

Mientras no sea así, la idea directriz formal tiene que seguir siendo oscura, guía en la dotación de contenido del concepto mediante criterios objetivos.

II. 1. Ha de rechazarse el concepto secundario de autor, 46. Sería autor, para esta tesis, aquel que no es partícipe. Al contrario, hay que determinar la autoría, primariamente. La figura central del suceso consiste en acción, fenómeno accesible a la observación directa, 46. No se puede decir que alguien, por no ser inductor ni colaborador, vaya a ser autor. Piénsese en el ocasionamiento no doloso de delitos de propia mano. El concepto de autor no puede ser un cajón de sastre.

El concepto de autor ha de determinarse previamente, 47.

2. Ha de rechazarse el concepto extensivo de autor, 47. Los defensores de la teoría del dominio del hecho se oponen a este concepto. Los que propugnan la teoría subjetiva están ora a su favor, ora en contra, 47.

a) Esta tesis de que, según las ideas del legislador, en principio es autor todo aquel que causa un resultado típico, no atina con el punto de vista decisivo para la valoración legislativa. Si el derecho positivo distingue entre autores, inductores y cómplices es imposible buscar el sentido de esta distinción en el elemento que caracteriza a todos los intervinientes por igual, haber causado el resultado, 48. El legislador, al delimitar, quiso atender a la distinta índole de la cooperación, 48.

En la teoría extensiva no queda claro porqué la inducción y la complicidad son atenuadas en la pena

b) La teoría extensiva también nivela las diferencias de significado previas a favor de un contexto de sentido lógico abstracto. El autor como figura central del suceso en forma de acción se convierte en mero causante de lesiones a bienes jurídicos. Esta imagen de autor desfigura las concepciones naturales. El padre del asesino sería autor del asesinato, 48.

Un modo de considerar unilateralmente normativo abstracto, que prescinde del suceso externo supuestamente naturalístico (en realidad estructurado ya en el ámbito prejurídico) con sus referencias sólo mentales, no deja apreciar orden comprensible alguno en la delimitación de las formas de participación, 49.

c) El concepto extensivo de autor ha de rechazarse porque sólo puede dar lugar, en la aplicación práctica, a una forma secundaria de determinar al autor, con insuficiencia metodológica, 49. Para la teoría extensiva, para delimitar la autoría, sólo quedan los supuestos en que no se dan causas de atenuación de la pena, inducción y complicidad, 49. El autor sería el que no actúa como inductor ni como cómplice, 49.

3. Ha de rechazarse todas las teorías que pretenden determinar el concepto de autor con arreglo al merecimiento de pena, la intensidad de la energía criminal o criterios similares, 49.

Un punto de partida puramente normativo como éste diluye los criterios de delimitación en lo indefinido, 49. Tampoco tiene en cuenta los criterios valorativos del legislador. Si

el legislador equipara inductor y autor en cuanto a la punición, e incluso prevé que el cómplice tendrá la misma pena, el sentido de la delimitación no puede residir en que el partícipe es menor merecedor de pena que el autor, 50.

No es correcto intentar introducir consideraciones sobre determinación de la pena en la teoría de la participación, 50. Un partícipe que se ha mantenido en segundo plano y que no puede considerarse figura central, puede merecer la pena más grave. Pero si se le quisiera considerar autor por eso se criminologizaría las formas de participación con concorde con la esencia de la dogmática penal ni con el sentido de la delimitación aquí debatida, 50.

En las formas de participación el legislador quiere limitar el poder punitivo. La causación de un resultado típico no tiene que castigarse sin más sino sólo cuando tiene lugar como autoría, inducción o complicidad, 50.

Si en el futuro se introdujera para la complicidad una atenuación obligatoria de la pena, ello habría que entenderlo en el sentido de que del carácter periférico de la cooperación se deduce un merecimiento de pena atenuado en general. Pero no a la inversa, como si el legislador quisiera considerar como cómplice a aquel que en el caso particular ha incurrido en menor culpabilidad y precisamente por eso, 50. En una conminación de pena reducida en un cuarto un cómplice puede llevar una pena concreta más grave que el autor, 50. La cooperación del cómplice, más lejana, es una causa de atenuación de la pena objetiva, conectada al hecho, independiente de las demás reglas de determinación de la pena subjetivas y personales, 51.

El sostener que los hechos menos merecedores de pena han de castigarse más atenuadamente, es una idea evidente, que no necesita de la teoría de la participación para imponerse, 51.

4. También han de rechazarse las teorías de la peligrosidad.

Sería la idea de que el autor se distingue del partícipe por la mayor peligrosidad. En este sentido las teorías de la peligrosidad, 51. Y la teoría de Perten y la de Kohler. Kohler distingue en función de la intensidad de la cooperación, 51. Birkmeyer dice que autor es aquel que aporta la condición más eficaz, 51.

Pero el sujeto de atrás, la figura marginal menos ostensible para el acontecer externo de la acción, puede ser el más peligroso de los intervinientes. Por eso han fracasado todos los intentos de esta índole conduciendo meramente a la resignada exigencia de un concepto unitario de autor, 52.

Si se renuncia a determinar elementos generales y se considera autor a aquel que en el caso concreto se destaca de los demás por la peligrosidad de su aporte, se obtiene un concepto puramente normativo que está en el mismo escalón que el del merecimiento de pena y que no satisface las exigencias que han de plantearse a la formación de conceptos, 52. De este modo se diluyen las articulaciones con contenido previas y se priva a las valoraciones legislativas y judiciales de sus puntos de apoyo objetivos. Las teorías de la peligrosidad son metodológicamente equivocadas, pues, 52.

CAPÍTULO SEGUNDO.

LAS DOCTRINAS DE LA AUTORÍA PREVIAS A LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO.

No resulta recomendable clasificar conforme a fundamentos metodológicos porque a menudo un mismo punto de partida metodológico puede llevar a resultados contrapuestos o una misma solución en cuanto a los efectos prácticos puede obtenerse a partir de fundamentos distintos, 53.

7. Teoría objetivo formal.

Autor es el que ejecuta por sí mismo total o parcialmente las acciones descriptas en los tipos penales de la parte especial, todos los demás son inductores o cómplices, 54. Recibió su nombre de Birkmeyer. Pero en el siglo XIX contaba con muchos defensores, 54. La acompañaron Beling, Mayer, Von Lizst, E. Schmidt, Mezger, Hegler, Rosenfeld, Graf Zu Dohna, 54.

Esta teoría evitaba los inconvenientes del causalismo y se mantenía en el medio entre un puro normativismo y una pura captación de sentido, 55. El asesino que usa el puñal, el ladrón que toma el botín y huye, son figuras plásticas, situadas en el centro del acontecer, 55. Empero esta concepción tiene en cuenta el elemento subjetivo final, 55. El autor aparece actuando finalmente, dirigiendo el curso del hecho de propia mano. Aun antes de que el dolo se ubique, doctrinariamente, en el tipo, 55. Y esta teoría puede tener en cuenta intenciones, actitudes y tendencias especiales del autor, en la medida en que el legislador las ha incorporado al tipo. En tanto consigue captar acciones vivas en lugar de pálidas abstracciones, se revela como precursora inmediata de la teoría del dominio del hecho, 55.

El defecto más claro de la teoría objetivo formal es su incapacidad de explicar el fenómeno de la autoría mediata, 56. El médico que usa a una enfermera ignorante de la situación, para suministrar una inyección letal, es autor, 56.

Beling, como principal representante de la teoría objetivo formal, combate la equiparación entre inducción y autoría mediata, pero cuando señala que la autoría mediata no supone problema alguno porque en el lenguaje común aquel que se ha servido de otro como instrumento ha matado, hurtado etc, traiciona el principio básico de su teoría: emprendimiento personal de la acción ejecutiva, 56. El lenguaje común permite llamar asesino a quien hace matar a un enemigo por medio de un asesino a sueldo, pero aquí la teoría objetivo formal niega la autoría, 57.

Pero tampoco puede explicarse la coautoría, en forma total, mediante la teoría objetivo formal, 57. P.e. Beling dice que si A entrega a B un cuchillo que éste clava en el corazón de X, mientras C lo sujeta, A y C serían meros partícipes y esto no convence, 57. En el lenguaje común, tan ensalzado por los partidarios de la teoría objetivo formal, A y C son autores, 57. Cuando la ley exige para la coautoría que varios ejecuten conjuntamente una acción punible no exige que cada uno tenga que ejecutar el tipo por entero pues en este caso cada uno sería autor según la teoría objetivo formal y resultaría superfluo un precepto regulador de la coautoría, 57. El legislador ha querido no contemplar aisladamente las aportaciones al hecho de los intervinientes sino como una unidad, captando como autores a cada uno de los que actúan conjuntamente, 57.

En el tema de la coautoría la tesis objetivo formal llega a un deshilachamiento del proceso unitario en actos individuales sin relaciones entre ellos, 58.

8. TEORÍAS OBJETIVO FORMALES.

I) TEORÍA DE LA NECESIDAD DE LA APORTACIÓN CAUSAL. TEORÍA DE LA NECESIDAD.

El que realiza una aportación imprescindible al hecho debe ser equiparado al que ejecuta el hecho de propia mano. Ya Feuerbach distinguió entre autores y cómplices en función de que hubieran aportado una causa principal o accesoria, incluyendo en el concepto de autor al llamado cómplice principal que contribuye despejando obstáculos sin lo cual a los demás les hubiera sido imposible cometer el delito, 58. Von Bar la asumió en 1907, 59. Liepmann consideró autor a quien aporta la condición decisiva. Baumgarten dice que autor es aquel cuya acción no puede suprimirse mentalmente sin que la comisión del delito quede cancelada, en tanto que suprimida la acción del cómplice se alterarían sólo circunstancias pero no se eliminaría el delito, 59.

Kohlrausch, en 1936 también apela al concepto de lo imprescindible, 59. El art. 61 del CP uruguayo hace caudal de este concepto (Roxín lo cita por intermedio de Dietz), 60. Cuando alguien aporta una condición sin la cual el delito no habría podido ser, en él reside la decisión sobre si el hecho va a tener lugar o no, 60. Este elemento coloca al sujeto en el centro del acontecer, para la consideración natural, 60. Y también coincide con los criterios doctrinarios del dominio del hecho. El autor es el que tiene en sus manos el curso del acontecer típico, su programa pone en sus manos el resultado, curso y resultado del hecho dependen decisivamente de su voluntad. Todos estos puntos son comunes entre la teoría de la necesidad y la del dominio del hecho, 60. La teoría de la necesidad aborda mejor que la teoría objetivo formal el suceso de la cooperación criminal.

Pero la teoría de la necesidad resulta inútil por su arranque metodológico causal. Ni el coautor tiene que haber realizado siempre una aportación causal necesaria ni aquel que la ha realizado es en todo caso coautor. Si A y B sustraen una cosa en común es imposible negar la coautoría aduciendo que, de faltar uno, el otro habría tomado la cosa por sí solo, 60,61. Si un farmacéutico se ha limitado a proporcionar el abortivo necesario, no resulta evidente que tenga que ser coautor sólo por eso, aun cuando conste que sin él no se habría podido ejecutar el hecho, pues la iniciativa y la decisión última y determinante sobre la comisión del delito corresponde al comprador, 61.

Aun cuando se parta de lo que piensan los partícipes, a menudo éstos no pueden saber si una aportación será necesaria o no. En el ejemplo, los que actúan probablemente nunca sepan si el abortivo lo habrían podido obtener en otro sitio o no y probablemente el tribunal nunca podrá despejar esta duda, 61. El comprador puede no saber si otro farmacéutico habría dado el mismo producto, 61. El punto de partida es metodológicamente incorrecto, 61. Y esta tesis distingue coautoría y complicidad pero no sirve para distinguir la autoría, la autoría mediata y la inducción. Si A persuade a B para que cometa el delito, no pasa de ser inductor, aunque haya aportado una condición necesaria.

II. TEORÍA DE LA COOPERACIÓN ANTERIOR Y SIMULTÁNEA AL HECHO (TEORÍA DE LA SIMULTANEIDAD).

La distinción entre concursus, antecedens, concomitans y subsequens, participación previa, simultánea y posterior, viene del medioevo, de los juristas italianos, 61. La participación posterior queda fuera, 61.

La cooperación durante el hecho sería una coautoría, 62.

La cooperación previa a la ejecución sería un caso de complicidad, 62.

Fuchs considera coautor al que toma parte decisivamente en la ejecución de cualquier manera aun subordinadamente. La complicidad sería el auxilio previo, 62.

Birkmeyer compartió esta tesis, 62. Pervive en el derecho angloamericano donde se habla de first degree (realización personal de la acción), second degree (sujeto presente cuando el delito se comete y auxilia al principal in the first degree). El accessory before the fact es el cómplice, 62. El principal in the second degree es el coautor y el accessory before comprende al inductor y al cómplice, 63.

El art. 61 numeral 3º del CPU dice que es coautor el que coopera directamente en el momento de la consumación, 63.

En el derecho penal alemán actual no es que el que actúa con anterioridad a la ejecución del hecho tenga menos merecimiento de pena o menor peligrosidad. Estos criterios son inútiles. Pero esta tesis puede asumir los principios fructíferos de las tesis objetivo formal y de la necesidad, sin incurrir en su unilateralidad, 63. En efecto, ubica en el

centro a los partícipes directos en la ejecución del hecho. Pero no tiene inconveniente en considerar coautor al que sujeta al que va a ser apuñalado, 63. Y reconoce que la ejecución es independiente del partícipe anterior al hecho. El hecho, al final, dependerá de la voluntad del autor, que el delito se cometa, que la lesión del bien jurídico se produzca o no. Reconoce que sólo el partícipe directo en la ejecución tiene en sus manos el suceso, 63. No basta la participación en el planeamiento del hecho o preparación de él, 64. El coautor debe tomar parte en el ejercicio del dominio del hecho (Gallas), 64. El farmacéutico que suministra el producto es sólo cómplice, 64.

La teoría de la simultaneidad es, además, demasiado esquemática, 64. Si un sujeto aporta al falsificador, en el momento de la labor, su tintero, por más que actúe en el momento de la ejecución, no será un coautor, 64.

Ni siquiera el miembro de la banda que queda vigilando tiene que ser en todo caso un coautor, como supone sin reparos Fuchs, 64. Y el que ha atraído a la víctima a lugar despoblado, astutamente, será coautor, aunque su actividad termine antes de que empiecen los golpes mortales, 64. La tesis se queda en lo externo sin internarse en criterios materiales, 64. Y no explica la autoría mediata, pues al darse un uso de un instrumento de buena fe, el autor mediato no participará en el momento de la ejecución del hecho, 64. La tesis de la simultaneidad sólo da un punto de partida. Como criterio general de determinación es inadecuado, 64.

III. CAUSALIDAD FÍSICA Y CAUSALIDAD PSÍQUICA.

Una tesis sigue distinguiendo entre autores y partícipes en función de la cadena causal puesta en marcha. De si ésta ha conducido al resultado directamente o sólo a través de la acción independiente de otro. En el primer caso se da autoría. En el segundo, participación, 65.

Feuerbach distingue entre eficacia directa e indirecta de la acción, 65. En el primer caso la lesión al bien jurídico es el objeto inmediato de su eficacia. En el segundo caso el objeto inmediato de la eficacia no es la propia lesión del bien jurídico sino el favorecimiento de la eficacia directa de otro para la lesión del bien jurídico, 65. En el primer caso tenemos al autor y en el segundo caso tenemos al partícipe. Causalidad directa e indirecta, mención que aparece con cierta frecuencia en la literatura de la ciencia penal del S. XIX, 65.

Arnold Horn establece que la imagen causal se modifica por medio de la intervención rectora de la psique, 65,66. De ese modo la aportación de una mera condición se convierte en dominio sobre el curso causal. La causalidad natural sería la sierva de la voluntad. La causalidad natural obedecería a la voluntad, a la domina causae, 66. Horn no sólo considera autor al causante natural sino también al dominus causae, atribuyendo el dominio sobre el curso causal también a aquel que para la ejecución del hecho se sirve de otro que actúa con voluntad no libre o sufriendo un error, 66. Rechaza el dominium causae cuando tercia la libre voluntad del tercero, 66. El partícipe, por otra parte, actúa con la conciencia de no poner directamente una causa natural y de no ser dominus causae. Deja a criterio de otro la decisión de si el resultado va a producirse. Y el partícipe conforme criterios objetivos no se vuelve autor por sus meros pensamientos, intereses y motivos, 66.

Frank distingue causalidad física y psíquica, 67.

Para los delitos de mera actividad, que describen una acción determinada, Frank sigue la teoría objetivo formal. Únicamente en los delitos de resultado, que vinculan la conminación de una pena sólo con el resultado, con independencia de cómo se produzca, señala Frank: la autoría pertenece al ámbito de la causalidad física, la

participación, al de la psíquica, 67. En cuanto a los problemas de la autoría mediata Frank dice que si existe una voluntad interpuesta, pero no es libre o no es conciente de la causalidad de la acción, la causalidad ya no es psíquica y por tanto resulta posible la autoría, 67. Por el contrario no reconoce el concepto de instrumento doloso, 67. En todos estos intentos aparece reflejada la teoría de la interrupción del nexo causal, 67. Al imponerse la teoría de la equivalencia, a comienzos de los años treinta, no encontró más adeptos la distinción entre causalidad directa e indirecta, física y psíquica, en la teoría de la participación, 67.

En todo caso estas teorías tienen en común considerar que autoría se distingue de participación en que en ésta, entre la acción y el resultado media la voluntad de otro, 68. Como dice Horn, no es posible saltarse la voluntad de una persona que actúa libremente, 68. El otro decide si el hecho conduce al resultado, asume la posición central. Igualmente, Gallas y Welzel. Horn anticipa la teoría del dominio del hecho, 68. Es criticable el intento de Frank de integrar la autoría mediata en la causalidad física. La diferencia esencial entre autoría mediata y participación no reside en el ámbito causal, 68. Pero al determinar la coautoría fracasa en muchos casos esta distinción. El que sujeta a la víctima de homicidio, ¿ha de ser coautor o cómplice? Si A da charla a B para que C eche veneno en su té, ¿A es coautor o cómplice? ¿Se da la causalidad directa o indirecta, física o psíquica? Parece que concurriría causalidad psíquica, 69. Y esto descartaría la autoría. Pero el resultado es insatisfactorio. Se decidiría en base a una mera distinción formal. Y las labores de A y C, interdependientes, son tratadas como procesos causales independientes y no relacionados, igual que la teoría objetivo formal, 69.

IV. TEORÍA DE LA SUPREMACÍA DEL AUTOR. (TEORÍA DE LA SUPREMACÍA).

Dahm y Richard Schmidt han sostenido que coautoría y complicidad no han de distinguirse en función de elementos determinados sino con arreglo a si, considerando las circunstancias del caso concreto, se da una relación de equivalencia o coordinación o de subordinación o supremacía, 69.

Dahm: quien toma parte con otro en la lesión de un bien jurídico es coautor si su comportamiento se presenta como equivalente, coordinado, con el otro comportamiento, 70. Richard Schmidt dice que se da coautoría si a partir de las circunstancias del caso, a juicio del observador objetivo como según el tipo de formación de la resolución a partir del propio parecer del partícipe (subjetivamente), las aportaciones al hecho son equivalentes, 70. Complicidad es cuando, a partir de las circunstancias, tanto para el observador objetivo como para el propio partícipe, la aportación al hecho de uno se presenta como limitada y subordinada, 70.

Dahm llama a esta tesis, objetivo popular, 70. El baremo de la supremacía y subordinación tiene la ventaja de ser elástico y controlable objetivamente. Y no es tan vago como criterios puramente normativos como el de la peligrosidad, 70. Esta teoría es antecesora de la tesis del dominio del hecho. El comportamiento del autor es el dominante en la situación global. La coordinación sería una posición igual en el dominio del hecho.

Pero esta tesis necesita baremos rectores en base a los cuales poder determinar si existe supremacía o subordinación en el caso concreto, 70.

Pero tanto Dahm como Richard Schmidt no han logrado encontrar esos baremos, 71. Dahm admite que su criterio objetivo popular deja amplio espacio al arbitrio judicial, 71.

Y hay un defecto metodológico. El baremo no puede ser tan concreto, no puede residir en las circunstancias del caso solamente, debe ser un baremo más general, 71. Esta teoría sólo es un punto de partida aprovechable, 71.

9. TEORÍAS SUBJETIVAS.

Distinguen entre autoría y participación no en base a criterios objetivos situados en el mundo exterior sino en criterios intrapsíquicos como la voluntad, la intención, los motivos y actitudes de los partícipes, 71.

I. TEORÍAS DEL DOLO.

Se remontan a comienzos del S. XIX. Distinguen entre la voluntad del autor y la voluntad del partícipe. Pero la mayor parte de ellas renuncia a profundizar entre esas diferencias entre esas voluntades, 71. No queda claro a qué resultados prácticos lleva esta delimitación, 72.

El partícipe, en contraposición al autor, tiene una voluntad dependiente, subordinada. El partícipe se hace dependiente del autor al dejar la ejecución del hecho al criterio de éste, 72.

Wachter decía que autor es quien quiere directamente el propio delito y partícipe el que apoya el delito de otro siéndole indiferente si el autor ejecuta el delito o no, 72.

Schwartz decía que el partícipe deja a criterio del autor que se produzca o no la consumación, 72.

Binding propugnaba una teoría subjetiva igualmente, 72. Igualmente Nagler, 72.

El representante más influyente de la teoría del dolo fue Von Buri. Enseñó que el autor tiene independencia de voluntad y el partícipe, dependencia, 72. El partícipe quiere el resultado sólo si el autor lo quiere. La decisión de si el resultado se va a producir o no queda a criterio del autor, 72.

Bockelmann es el defensor más importante en la actualidad, de la teoría del dolo, 73. Se basa en el hecho psíquico concreto de que el partícipe subordina su dolo respecto del autor principal, 73. El autor tiene dominio del hecho, dice Bockelmann, 73.

Estas tesis aportan el elemento importante de “dejar a criterio”. Y no son tan unilaterales como las teorías objetivo formales, 74.

Pero es criticable en ellas que trazan los límites de modo exclusivamente subjetivo. ¿Porqué acudir a una explicación subjetiva si ella se puede encontrar basándose en distinciones objetivas? (porque se requiere que las intenciones de los actores coincidan con los sucesos exteriores), 74. Pero si las intenciones no coinciden con los resultados empiezan los problemas. Si A y B realizan conjuntamente un hecho dejando internamente cada uno la ejecución a criterio del otro, serían ambos sólo partícipes y no autores, 74. Por esto Bockelmann dice ahora que la delimitación subjetiva no debe entrar en contradicciones con el enjuiciamiento que la situación fáctica objetiva impone, 74. Pero así abandona en realidad la teoría subjetiva porque ubica el criterio en el ámbito objetivo, 74.

La tesis subjetiva debe considerar únicamente como partícipe a aquel que ejecuta la acción típica solo, pero internamente subordinándose a otro, 75. Pero por esta senda se ignora la importancia de la parte externa del hecho, 75.

La teoría del dolo fracasa porque tiene que considerar partícipe mero a quien comete la acción principal pero con voluntad subordinada. Y como dice Bockelmann quien vierte sangre con sus manos no puede lavarse las manos en la inocencia. Pero así se abandona la tesis subjetiva, 75.

II. TEORÍA DEL INTERÉS.

Distingue entre autores y partícipes según el interés en el resultado. Ya Feuerbach lo sostenía y el propio Von Buri, relacionándola con la teoría del dolo, 75.

Pero esta tesis no va mucho más allá de la teoría del dolo. A lo sumo aporta un elemento de distinción que evita perderse en curvas formales, 76.

Es incorrecto negarle a alguien la calidad de autor por el solo hecho de que actúe en provecho de otro, 76. Ni la importancia de la aportación al hecho ni la posición del autor en la ejecución del hecho concreto se ven influidos por sus motivos. Si alguien ha realizado un aborto en interés propio o ajeno, por dinero o por compasión, eso influirá en la pena pero no en la determinación de la autoría, 76. No puede considerarse partícipe al asesino a sueldo, que mata en interés de otro, 77.

10. TEORÍAS MIXTAS.

Stubel, a principio del S. XIX, partía de la realización por propia mano de un elemento del tipo (teoría objetivo formal) pero añadiendo después las aportaciones al hecho realizadas en y durante la ejecución (teoría de la simultaneidad), reuniendo estos dos supuestos bajo el concepto de participación próxima o de autoría física, (teoría de la causalidad física y psíquica). Sin embargo en los supuestos de participación alejada, cooperación en la preparación, acude Stubel al criterio del acto imprescindible, a la teoría de la necesidad, 77.

Traben dice que autor es el que ejecuta una acción típica (teoría objetivo formal) y los que tienen ánimo de autor (teoría del dolo). Entremezcla criterios objetivos y subjetivos, 78.

Von Bar mezcla la tesis objetivo formal con la tesis de la simultaneidad y de la necesidad, 78.

Las teorías mixtas tienen la ventaja de evitar las exageraciones de los planteamientos individuales. Pero son pasibles de las críticas que las teorías individuales padecen, 78. Se prestan a innumerables y nuevas combinaciones, a lo fortuito y a lo arbitrario, 79.

EL DOMINIO DE LA ACCIÓN.

18. LA REALIZACIÓN DEL TIPO DE PROPIA MANO, DOLOSA Y LIBRE.

Quien no coaccionado, y sin ser dependiente de modo superior a lo socialmente normal, realiza todos los elementos del tipo de propia mano, es autor. Tiene el dominio del hecho, 151. Aquí coinciden la concepción natural de la vida y la valoración del legislador, 151.

Puede que el que actúa de propia mano no sea el principal responsable en sentido moral o criminológico, 151,152. Puede haber otro que le ha instigado y ha ocasionado que cometa el delito, que quizá urdió el plan entero y recabó todo el provecho y que puede merecer una pena superior, 152. Pero de esto no se trata en la determinación de la autoría, 152. Aquí reside el contenido de verdad imperecedero de la teoría objetivo formal, 152. Tenemos el concepto descriptivo y no perdemos la necesaria manejabilidad para la aplicación práctica, 152.

El caso del agente político que realiza de propia mano dos asesinatos es autoría. Lo que hace el BGH, imputando complicidad, es crear en contra de la ley una causa de atenuación de la pena, 152. Y desde el punto de vista político criminal la sentencia es inconveniente porque puede servir para exonerar de responsabilidad en gran medida a los que sin coacción ponen en práctica los fines criminales de una potencia estatal, 153.

Si autor es sólo el que aparezca como responsable principal desde los ángulos políticos y personales, el concepto de autor se convierte en una cláusula general indeterminada a la que únicamente la consideración global del juez puede dotar de contenido, 153. Si se cede a criterios de merecimiento de pena para determinar el autor, conforme

circunstancias personales del partícipe, sería en vano todo trabajo dogmático en teoría de la autoría, 153. Habría que optar por el principio unitario de autor y en las circunstancias atenuantes prescindir en general de la pena superior prevista para el asesinato, 153. Es incorrecta la opinión reiterada del BGH en el sentido de que para la determinación de la autoría ha de atenderse sólo a la dirección interna de la voluntad más allá del aporte externo al hecho, 153.

No es cierto lo que se sostiene conforme la teoría del dolo en el sentido de que aquel que ejecuta el hecho por sí mismo no puede subordinarse totalmente a otro, de que tanto ha de tener la voluntad del dominio del hecho y querer el hecho como propio, por ello ha de tener la voluntad de actuar dolosamente. Este dolo no ha de satisfacer a una teoría subjetiva porque también lo tiene el partícipe. Además, una subordinación interna plena será incompatible con la ejecución externa del hecho por uno solo. P.e. el esclavo sexual de una mujer que estranguló, por orden de ésta, al marido. El problema no se puede resolver con una teoría subjetiva, 154.

No se trata tampoco de un concepto del dominio del hecho puramente objetivo, pues se requiere un comportamiento dirigido finalmente, 154. En los delitos no dolosos la situación es distinta, 155. Pero sigue siendo correcto llamar criterio objetivo de la autoría a la realización del tipo de propia mano, pues la diferencia reside en lo objetivo, dado que dolosamente también actúa el partícipe, 155.

DOMINIO DE LA VOLUNTAD EN VIRTUD DE ESTRUCTURAS DE PODER ORGANIZADAS.

El dominio de la voluntad del hombre de atrás puede basarse en una coacción o en un error, 269. Pero hay que ver el dominio de la voluntad por maquinarias o estructuras de poder organizadas, 270. El sujeto de atrás tiene a su disposición una maquinaria personal, casi siempre organizada estatalmente, con cuya ayuda puede cometer crímenes sin tener que delegar su realización a la decisión autónoma del ejecutor, 270.

Los crímenes de guerra, de Estado y de organizaciones no pueden aprehenderse con los baremos de la criminalidad común. Aquí las figuras de la autoría, inducción y complicidad, que están concebidas para dar cuenta de los hechos individuales, no pueden dar debida cuenta de los sucesos colectivos, contemplados como fenómeno global, pero igualmente se analizarán los comportamientos a título individual, 270.

Quedan excluidos el dominio por coacción y error.

Si se piensa en el exterminio de judíos realizado por orden de la autoridad competente se nota que no se da el dominio de la voluntad o el error, 271.

No se ha encontrado un solo caso de alguien que fuera fusilado por negarse a cumplir las órdenes de fusilar (p.e. en los procesos de Nuremberg. A lo máximo una negación de ascenso o un traslado, 271.

Puede que alguien que mata directamente a personas inocentes no comprenda el injusto material de tal conducta por la obcecación ideológica, 271. Pero por lo general el autor directo acalla su conciencia pensando en la superior responsabilidad de quienes dan las órdenes. Pero el simple error sobre la antijuridicidad formal no le procura al sujeto de atrás el dominio de la voluntad, como se vio supra, 271.

Fundamentos estructurales del dominio de la organización.

La teoría del animus auctoris no es capaz de fundar bien la responsabilidad del hombre de atrás en estos casos. Quienes mueven los hilos de estas organizaciones tienen un interés relevante en el éxito del delito, en el sentido de la teoría subjetiva pero eso ocurre también normalmente en los inductores, 271.

La explicación sólo puede estar en el mecanismo de funcionamiento del aparato en el marco del cual se actúa, 272.

Los que dirigen organizaciones dedicadas al exterminio de enemigos políticos dominan la realización del resultado de manera distinta del inductor común, 272. Tienen sí, una posición central en el acontecer, 272.

Este enjuiciamiento se basa en la peculiar forma de funcionar del aparato, a disposición del sujeto de atrás, 272. Una organización así despliega una vida independiente de la de sus miembros individuales. Funciona automáticamente sin que importe la persona individual del ejecutor. El hombre de atrás da una orden y puede confiar en que se cumplirá aunque desconozca quién va a ser el ejecutor, 272. No tiene que concurrir al engaño o a la coacción, 272. Los ejecutores son fungibles, el plan global siempre se cumplirá, 272. **El factor decisivo para fundamentar el dominio de la voluntad en tales casos es la fungibilidad del ejecutor, 272.** No falta la libertad ni la responsabilidad del ejecutor directo que ha de responder como autor culpable y de propia mano pero estas circunstancias son irrelevantes para el dominio por parte del hombre de atrás porque desde su atalaya el ejecutor se presenta como sustituible, 273. El ejecutor directo tiene dominio de la acción, 272.

(el autor directo y el hombre de atrás tiene dominio del hecho)

El proceso Eichmann.

Dijo la defensa del Eichmann que aunque éste se hubiera negado a cumplir las órdenes igual éstas hubieran sido ejecutadas por otra persona, el sacrificio individual carecía de sentido, el crimen no era del individuo sino que el propio Estado es el autor, 273.

Eichmann en efecto era intercambiable pero igual era responsable, 274. La causalidad adelantada no tiene respeto dogmático, alguien que comete un delito no se ve libre de responsabilidad por el solo hecho de que si él no lo hacía otro lo hubiera hecho, 274.

Además Eichmann no sólo recibía órdenes sino que también las impartía en el mismo sentido, 274. La responsabilidad es mayor cuando más cerca de está de los superiores de la cadena, 274.

Los conceptos comunes de inductor y cómplice en estos casos de organizaciones no se aplican, 274. Comúnmente, cuanto más alejado está el sujeto de la víctima menos central es su papel pero en estos casos es al revés, 274. Porque cuanto más lejos de la víctima se está, más dominio de la organización se tiene, 274.

En este tema no tiene relación decisiva la cantidad de personas, que puede ser pequeña, 275. Y la pluralidad de víctimas tampoco es un criterio decisivo, 275.

Autoría y participación en el seno de organizaciones.

Quien es empleado en una maquinaria organizativa en cualquier lugar, de manera que puede impartir órdenes a subordinados, es autor mediato por dominio de la voluntad que le corresponde si usa sus competencias para ordenar actos punibles, 275. Que lo hagan por propia iniciativa o en interés de instancias superiores es irrelevante porque puede dirigir parte de la organización, 275. La acción consiste sólo en firmar un documento o en hacer una llamada por teléfono en estos casos, 276. Eichmann era sólo un eslabón intermedio pero fue autor, 276.

En las organizaciones puede, no obstante, haber complicidad, 276. Cualquier actividad que no impulse autónomamente el movimiento de la maquinaria más bien sólo puede fundamentar participación, 276. Aquel que simplemente interviene aconsejando, quien sin tener mando proyecta planes de exterminio, quien proporciona medios para asesinar, son por lo general únicamente cómplices al igual que el delator que se encuentra fuera de la maquinaria sólo es inductor porque si acaso puede provocar la decisión de cometer

delitos y carece de influencia sobre la evolución ulterior de los acontecimientos, 276. Aunque el actuar sea igual o más reprobable. Pero la reprobabilidad no tiene que ver con la determinación del autor, 276.

Repasando: autor es: quien realiza la acción típica, o quien se sirve del ejecutor forzando su voluntad, o quien dirige el hecho en virtud de conocimiento más amplio, o si el ejecutor es fungible en el marco de maquinarias de poder, 305.

Es necesario que el despacho se expida sobre la teoría de la autoría y la participación. Porque de estas conclusiones emergerán los criterios para sostener si JC Blanco es autor (o coautor) o cómplice del homicidio de Elena Quinteros.

Ahora bien, para realizar esta tarea el dicente cree que hay que partir nuevamente de la teoría de las normas. Porque la teoría de las normas es el arranque teórico necesario para cualquier construcción o elucubración jurídica.

Como se vio en el capítulo de las consideraciones sobre teoría de las normas, hay que distinguir, en un dualismo, las normas sociales de las jurídicas. Las primeras son las convicciones de las grandes mayorías o de los grupos sociales poderosos, por ejemplo por posesión de poder económico y político. Los grupos poderosos por número o riqueza o cercanía o detentación del poder jurisdizan (si se permite al despacho este neologismo) sus normas sociales, dándoles coercitividad. Por intermedio de la acción del legislador o por medio de la decisión de la jurisprudencia.

Cuando las normas sociales se convierten en un código penal, en unas normas jurídicas, cuando este código penal establece normas jurídicas sobre quiénes son los autores y quiénes los cómplices, básicamente establece una distinción en miras a la imposición de una pena. Porque la sociedad tiene claro que el Derecho penal tiene opeles muchos pero que su ratio esencial es la imposición de una pena, como retribución o como medida de prevención especial y/o general, positiva o negativa. Entonces lo que distingue a los autores de los cómplices es que los primeros, según el sentimiento jurídico, merecen más pena que los segundos. En el seno de la sociedad tenemos el sentimiento social, el sentimiento común. La sociedad tiene la idea de quién merece pena y si unos individuos merecen más pena o menos que otros, en relación a los distintos bienes y a la manera en que éstos pueden ser atacados o dañados. Esas ideas sociales pasan al ordenamiento jurídico, por intermedio de la elaboración general de los legisladores o por medio de la decisión individual de los jueces (sin pretender distinguir entre los sistemas jurídicos que muestran distinto papel de la jurisprudencia). De manera que es un sentimiento jurídico el que los autores merecen más pena que los cómplices. Esto se refleja en Uruguay en la acción del legislador. Porque el CPU distingue a los autores (coautores) y cómplices (art. 60 y sts) y determina sus penas (arts. 88,89). Es decir que la norma social, para usar ideas de Max Mayer, ha sido recogida por el Estado. Por el legislador en este caso, hipótesis que se ve abarcada por la teoría del citado Max Mayer.

Ahora, es cierto que el merecimiento de pena es un criterio vago y que debe ser concretado. Y para concretarlo se puede utilizar algo de cada criterio visto: la teoría causal, la postura normativa, el criterio objetivo formal, los criterios de la aportación imprescindible, de la simultaneidad, la causalidad física, la causalidad psíquica. Las teorías subjetivas. Las teorías mixtas. La teoría del dominio del hecho.

Ahora, ninguna de estas tesis, ni la formal objetiva, ni las subjetivas, ni las mixtas, ni la del dominio del hecho, puede servir para abarcar todos los tipos delictuales por lo cual hay que ir a otro criterio: éste es el del merecimiento de pena. Porque en última instancia, el autor es quien merece más pena y el cómplice el que merece menos. Merecimiento de pena abstracto, ab initio. Porque en el caso concreto, la

pena concreta se formará teniendo en consideración la personalidad, la peligrosidad, la concurrencia o no de atenuantes o agravantes.

Las posturas causales son relegadas por Roxín a la historia, porque nada pueden aportar ya que no valoran. Es cierto que el enfoque causal no basta. Pero servirá para concretar la idea del merecimiento de pena. Sobre todo porque, cuando se admite la causalidad psíquica como existente, al lado de la material, se ve claro que el determinador del art. 60 numeral 2º es un autor. Legalmente y ópticamente. El coautor del art. 61 numeral 1º tiene igual penal que el autor del art. 60 numeral 2º. Es que el legislador, para seguir fielmente el sentimiento social no debió distinguir entre autores y coautores. Porque, llevando los dos grupos la misma pena, no tiene sentido distinguirlos con denominaciones jurídicas distintas. Pero, desde que el legislador les ha dado la misma pena, el desencuentro con el sentimiento social no es sustancial sino de etiqueta.

Las posturas causales no bastarán porque cuando se omite no se causa, cree el dicente, con parte de la doctrina. Por eso el concepto de garante también hace al merecimiento de pena, lejos de la causalidad.

Las posturas teleológicas se basan en la valoración de la situación social. Son particularmente atendibles desde la óptica de la teoría de las normas que se ha adoptado aquí. Eb. Schmidt señaló que el legislador formula los tipos para enunciar juicios de valor sobre lesiones a bienes jurídicos. Y esta afirmación es particularmente adecuada a la teoría de las normas que se adoptó porque de la sociedad bajan normas, bajan valoraciones, de las cuales el legislador acoge algunas, tipificándolas. También dice Eb. Schmidt, citado por Roxín, que cualquier delito puede cometerse por autoría mediata. Y el despacho resalta esta afirmación porque el que determina a otro, no punible es autor. Pero también es sustancialmente autor el que determina a una persona punible. Porque quien determina a un no punible o un punible merece la misma pena que el que con sus propias manos causa el daño al bien jurídico. En todo caso el que determina ha usado una causalidad psíquica. Y es su actuar igualmente reprochable.

El que causa el daño con sus propias manos obviamente es autor. En esto acierta la teoría formal objetiva. En lo que ella falla es en no considerar también autor al que determina, al llamado autor mediato. Porque el que determina merece igual pena que el que causa el daño con sus propias manos. Porque el determinador usó de la causalidad psíquica para provocar en definitiva el daño al bien jurídico.

Al entender del despacho no tiene sentido jurídico distinguir entre el instigador, el autor y el coautor. Si todos llevan la misma pena y si lo trascendental del Derecho penal está justamente en la imposición de la pena. Por ello no es la mejor solución la del CP alemán que en sus arts. 25,26, distingue entre autores e instigadores. Si acierta el CP alemán fusionar los autores con los coautores en el art. 25. En esto falla el CP uruguayo, el que debiera distinguir sólo entre autores y cómplices.

Las teorías objetivas de la aportación imprescindible y del aporte simultáneo son criterios parciales útiles para encontrar el rostro del criterio del merecimiento de pena.

Cuando R. Frank usa los conceptos de causalidad física y psíquica y dice que quien usa de causalidad física es autor y quien usa causalidad psíquica es cómplice, no da en el clavo. Porque el determinador, el instigador, aportan causalidad psíquica al proceso. Y sus actuaciones pueden merecer más pena que quien aporta una causalidad física. Entonces, si es así, ¿cómo un cómplice podría merecer más pena que un autor? Incluso una persona que se limita a planear todo el accionar posterior de sus "socios", haciendo el trabajo previo e intelectual sobre un papel, es más autor que los que ejecutan el plan empuñando ametralladoras. Merece una pena abstracta no inferior a los ejecutores materiales y normalmente una pena concreta posiblemente más alta que la

de ellos. El concepto de autor intelectual obsesiona a la masa social. Sorprendentemente, luego de repudiar las tesis causalistas hasta condenarlas al ostracismo, vemos que pueden explicar casi todos los problemas del derecho penal con su binomio causalidad física- psíquica. El único ámbito donde no sirven de explicación es en el de la omisión.

Dahm y R. Schmidt dicen, como se vio, que el autor tiene una supremacía sobre el cómplice, una posición de supremacía. Y bien, con esta idea, un autor intelectual, determinador, inductor o instigador, puede tener una posición superior que los ejecutores materiales que sólo están en el centro óptico de la cuestión. **NO ESTÁN EN EL CENTRO VALORATIVO DE LOS SUCESOS Y ESTE CENTRO VALORATIVO ES EL QUE INTERESA PORQUE ES EL QUE DETERMINA LA PENA, MOMENTO CRUCIAL Y MEDULAR DEL DERECHO PENAL.**

En cuanto a las teorías subjetivas también pueden aportar parcialmente su grano de arena al edificio del merecimiento de pena. Una persona que tiene dolo de autor porque tiene voluntad de realizar el tipo, dolo de realizar el tipo, una persona que tiene interés primordial de realización del tipo, una persona que tiene independencia de voluntad en relación a querer cumplir la descripción típica, si traduce esto en actuaciones exteriores (he aquí el correctivo objetivo) merecerá más pena que el que tiene una voluntad dependiente de la del autor, que el que tiene voluntad de mero cómplice, y siempre que la actuación objetiva, en el mundo exterior, se condiga con esa actitud mental (he aquí el correctivo del aporte objetivo). Como vimos, desde el finalismo de Welzel el tipo se distingue en objetivo y subjetivo (Carlos Creus, p. 208, "Derecho Penal Parte General", Astrea 1999). En el subjetivo está lo que la persona quiere. Pero obviamente esto que la persona quiere debe contrastarse con la actuación objetiva para así determinar qué responsabilidad le toca al encausado, medularmente para ver qué pena merece. Las teorías mixtas, que correlacionan los elementos objetivos con los subjetivos, sirven mucho a la determinación del merecimiento de pena.

Merecerá pena de autor el que aporte, con conciencia, una causa decisiva, en los delitos de acción. Y en los delitos de omisión cuando omita siendo garante. El cómplice es todo aquel que no es autor

La teoría del dominio del hecho también tiene mucho que aportar a la determinación del merecimiento de pena, o sea para la determinación si el individuo encausado, en este caso JC Blanco es autor o cómplice. Para usar la terminología legal uruguaya, autor, coautor o cómplice. La teoría del dominio del hecho es útil sobre todo porque no se queda en la determinación del autor material, de quien aporta la causa física solamente. Este planteo sería muy rudimentario. Es cierto que en tramos parece que Roxín quisiera apoyarse sólo en la causalidad material, en un concepto óptico y prejurídico. De esta forma muchos tratan de alimentar la ilusión de evitar discusiones jurídicas, partiendo de realidades ópticas u ontológicas prejurídicas. Pero, como se decía, Roxín no se conforma con la ubicación del autor material, con el que aporta la causa física. Encuentra que también es autor el que usa a otro, coaccionándolo o engañándolo. O bien usándolo como instrumento intercambiable en una organización criminal. De esa forma Roxín habilita el tratamiento de casos de causalidad psíquica. Porque si A amenaza a B con que si no realiza un equis fraude matará a un ser querido, influye psíquicamente sobre la voluntad de B. Y así en los demás casos. Pero la teoría del dominio del hecho sólo puede ser un aporte parcial para la configuración del criterio del merecimiento de pena. Criterio que en última instancia es el único que puede determinar la autoría y la complicidad en todos los tipos delictivos que el legislador pueda aprobar. La teoría del dominio del dominio del hecho no sirve, en cambio, para explicar la autoría de todos los tipos delictivos. La teoría del dominio del hecho no sirve

para determinar la autoría en los delitos de propia mano, delitos de infracción a deber, delitos de apropiación, delitos de infracción de deber personalísimos, según el propio análisis de Claus Roxín. Entonces, hace falta un criterio que pueda alcanzar a todos los delitos y no sólo a la mayoría. Ese criterio es el de merecimiento de pena, (que como vimos desde una teoría de las normas, desciende de las convicciones sociales de grupos ampliamente mayoritarios). Cuyos contornos se esclarecen con la ayuda de las teorías que se vienen viendo, incluida la del dominio del hecho. Además, el instigador, que por merecimiento de pena (merecimiento concretamente establecido por el legislador uruguayo y alemán, art. 88 y 26 de los códigos respectivos) es sustancialmente un autor, no tiene el dominio del hecho. No tiene el dominio material del hecho porque la persona que es convencida por el instigador puede, en el instante de ejecutar el reato, desistir. De la misma manera cabe decir que la persona coaccionada puede de última sacrificarse o sacrificar a su familiar y no cometer el delito. Quiere decir que el dominio del hecho no lo tiene el que coacciona sino el coaccionado. También en el caso de error del autor material el que tiene el dominio del hecho es éste y no el que lo determina o el que se aprovecha de su conocimiento menor. Porque el que padece el error puede decidir no realizar el hecho, aun sin haber salido de su error. El que induce en error o aprovecha el error no tiene el dominio del hecho sino que simplemente aporta una causalidad psíquica que le acarrea un merecimiento de pena ante el resultado concretado. Es decir que en estos casos tenemos autores que no tiene dominio del hecho. Por otra parte el instigador también carece del dominio del hecho. Porque el instigado en definitiva puede desoír la voz del instigador. Y si por merecimiento de pena el instigador es un autor, es un autor sin dominio del hecho. Es alguien que simplemente pone a andar una causalidad psíquica, que no tiene dominio del hecho y que responderá si el resultado se intenta o se consuma.

Los conceptos sociológicos como el que se usa, de “merecimiento de pena” es despreciado por su abolengo precisamente sociológico. Pero no ha de olvidarse que el Derecho es una ciencia social y es parte de los fenómenos sociales, que la sociología estudia. Este concepto sociológico es demarcado por conceptos jurídicos como los que se vienen viendo: causalidad física y psíquica, aporte imprescindible, posición de garante, etc. Hay que ver que la posición de garante es un criterio vago que el juez encuentra con ayuda de las doctrinas.

Todo esto lleva a decir que LA AUTORÍA PUEDE RESULTAR MARCADA POR UNA FALTA DE DOMINIO DEL HECHO. Si A instiga a B a cometer el delito, luego se arrepiente y trata de convencer a B de que no cometa tal delito, si B decide no echarse atrás, A será autor por merecimiento de pena, aun cuando no tiene el dominio del hecho. Si A coacciona a B para que cometa un delito, si B se dispone a cometer el delito, si A se arrepiente y le dice a B que no cometa el delito pero B no le hace caso sino que sigue con el plan que primero le había trazado A, éste último es autor por haber iniciado un proceso causal psíquico y luego no poder controlarlo. Por haber iniciado una causalidad psíquica y luego no poder dominar el hecho. Igualmente con el caso de error. A se aprovecha del error que sufre B en cuando a la situación. Le convence de que actúe en forma dañina a un bien jurídico para lo cual le da todos los medios necesarios. A se arrepiente y advierte a B del error pero B decide ahora igualmente realizar la acción. O bien A se arrepiente y quiere contactar a B para sacarlo de su error e impedir que realice la acción; pero no logra encontrar a B y no puede evitar que B realice la acción. A es autor por haber iniciado un proceso causal psíquico y por no poder luego detenerlo. Por haber iniciado un proceso causal psíquico y luego no tener el dominio del hecho.

Entonces si las tesis objetivas, subjetivas, mixtas o del dominio del hecho, por separado no logran explicar la autoría en todos los delitos es porque se necesita un concepto superior a todas estas tesis. Es el del merecimiento de pena.

Entonces hay que ver si JC Blanco merece alguna pena en relación con la muerte de Elena Quinteros. Y si merece alguna pena, hay que determinar si merece la pena de autor o de cómplice. Y la conclusión se deslizará sola: carece de responsabilidad o tiene responsabilidad de autor o de cómplice en el fallecimiento de Elena Quinteros.

Roxín se basa casi exclusivamente en la participación material y esto va contra el sentido jurídico y común de los acontecimientos. Una persona pudo, con su voluntad y su influencia espiritual, tener mucho que ver en la realización del resultado. Y según el sentimiento jurídico y común será autor. Merecerá igual o más pena que el ejecutor material que tuvo el dominio. Porque, contra Roxín, el merecimiento de pena tiene mucho que ver con la autoría. Si no es así, ¿para qué nos desvelamos discutiendo quiénes son autores y quiénes son cómplices sino por la pena?

IX) SOBRE SI JUAN CARLOS BLANCO ES RESPONSABLE DEL FALLECIMIENTO DE ELENA QUINTEROS Y SOBRE SI ES AUTOR O CÓMPLICE.

A fs. 11, pieza primera de esta causa, surge que a raíz de los sucesos de febrero de 1973 se celebró entre el Poder Ejecutivo y los Comandantes en Jefe de las FFAA el llamado Acuerdo Boizo Lanza en el que tuvo participación el acusado JC Blanco entonces Ministro de RREE. A partir de ese Pacto se creó el Consejo de Seguridad Nacional, que JC Blanco integraba. El Consejo de Seguridad Nacional fue legalizado por el DL 14157/1974. Obviamente fue erigido pensando en la Defensa Nacional, exterior e interior. Se pensaba específicamente en agresiones externas e internas que había que combatir. Se pensaba en anular, mentalizar o rechazar a los que podían vulnerar la seguridad. Se establecía que el Consejo de Seguridad Nacional era presidido por el Presidente de la República y se integraba por los Ministros del Interior, Relaciones Exteriores, Defensa Nacional, Economía y Finanzas, el Director de la OPP y los Comandantes en Jefe de las FFAA. El DL 14227/1974 eliminó como miembros permanentes al Ministerio de Educación y Cultura y al Director de la OPP.

A fs. 11v surge que el Ministro de RREE de la dictadura Dr. JC Blanco, que ocupó la Cancillería desde 1972 a 1976 participó directamente al más alto nivel de la cúpula de poder que se encargaría de luchar contra las fuerzas que ponían en peligro la seguridad. O sea, las fuerzas sociales que querían imponer sus pretensiones por medio de instrumentos varios, entre ellos la violencia. Por ello es dable decir que JC Blanco conocía la situación del país. Que el país se tenía que organizar contra las fuerzas que atentaban contra la seguridad. Sabía de las violencias que se venían dando. Sabía de la actitud violenta que habían tomado integrantes de ambos bandos, la guerrilla revolucionaria y la fuerza pública. Entonces, desde el MRREE JC Blanco sabía que ocupaba ya un sitio cumbre, donde luchaba contra la subversión. El país se preparaba también jurídicamente para enfrentar a las fuerzas sociales que ponían en peligro su seguridad interior y exterior. Como integrante de la cúpula de decisión, JC Blanco sabía que debía luchar contra la campaña de desprestigio que sufría el gobierno. Y ya sabía que los oficiales encargados de la lucha contra los grupos violentos deberían usar la violencia muchas veces. Se necesitaba una organización cupular que diera tranquilidad a los oficiales para librar esa lucha. Que diera tranquilidad en el sentido de que esa lucha era autorizada por la cúpula y sería aprobada y protegida por esa cúpula que Blanco integraba desde su Ministerio.

JC Blanco manifestó, en concordancia con el resto de la cúpula, desconocer los detalles de los hechos que referían a Quinteros. Esta ignorancia del Estado uruguayo era incomprensible. Porque la Embajada de Venezuela, con pocos medios, en pocas horas ya conocía los detalles que el aparato policial, militar y conjunto, y político del Uruguay, decía desconocer. El propio Blanco expresaría que era ya imposible seguir negando los hechos, ante la contundencia de la información y ante el respaldo de esa información, que aportaba la Embajada de Venezuela, fs. 11 v.

A fs. 16 se destaca que el gobierno uruguayo deliberó al más alto nivel, al del aparato organizado de poder, integrado por el Ministro JC Blanco, sobre la delicada situación que se planteaba con la maestra Elena Quinteros, que había querido huir de las fuerzas represoras. Y en esa deliberación el Ministro de RREE recabó la opinión de sus asesores de mayor confianza, entre ellos el Embajador Álvarez; se redactó el memorando Secreto en base a los elementos de hecho y el manejo de alternativas que le fueron proporcionadas por el mismo Ministro Blanco. Se sostiene que JC Blanco tuvo pleno conocimiento del delito cometido y que luego, como titular de la Cancillería, lo encubrió ante el Gobierno de Venezuela y la opinión pública nacional e internacional. También a fs. 16 se dice que el memorandum no es una hipótesis de trabajo, allí no hay hipótesis por el contrario hay un hecho cierto, determinado. Y es que JC Blanco conocía a fondo la ideología que sostenía que había que defender los rasgos fundamentales del mundo occidental y cristiano, sabía muy bien de las amenazas que el statu quo sufría y que meritaban tomar las decisiones tendientes a neutralizar a la sedición. Sabía muy bien que el Estado ya estaba tomando medidas incluso de fuerza contra las personas que estaban abocadas a poner en peligro la paz pública y otros bienes jurídicos de la colectividad. En cuanto a Elena Quinteros, la propia Embajada venezolana le había dado las pruebas al gobierno uruguayo de que ella era la persona sustraída de la Misión. Entonces JC Blanco ya sabía que Elena Quinteros sería una víctima de la máquina estatal de violencia antirrevolucionaria. Conciente de eso mandó redactar el memorandum donde se manejaba la posibilidad de entregar o no a la mujer enumerando las ventajas de entregarla y de no entregarla y las desventajas de hacer una cosa y otra. Una vez que tomó conciencia de que los altos mandos militares no discutirían la entrega, se abocó a la defensa de la impunidad de la acción que se había tomado contra Quinteros. Esta actitud de JC Blanco no fue una sorpresa para los superiores mandos militares ni fue una sorpresa para los mandos medios militares. Los primeros contaban antes de que sucediera lo de Quinteros, con la ayuda del Canciller para viabilizar la lucha contra la subversión. Los segundos contaban con la acción de la cúpula de gobierno en el sentido de asegurar la impunidad de los delitos que se debieran cometer en el marco de esa guerra que se había desatado y que JC Blanco llamaría “Tercera Guerra Mundial”. De manera que JC Blanco puso unas causas físicas al dar a los mandos medios y soldados rasos la logística, los locales, armas, utensilios, vehículos, etc para la lucha contra la insurrección terrorista de izquierda. Y también aportó una causalidad psicológica mucho antes del suceso de Elena Quinteros. Dio tranquilidad a los mandos medios, a los oficiales de las Fuerzas Conjuntas, de que serían protegidos en su guerra sucia. Los oficiales de las fuerzas represoras sabían que sus crímenes serían negados, que tendrían impunidad, que no se investigarían los crímenes, que no se castigarían. De modo que el merecimiento de pena de JC Blanco es el de autor porque desde los planos superiores aseguró materialmente la viabilidad de la lucha contra los terroristas de izquierda y porque espiritualmente les dio el convencimiento del apoyo y la impunidad. El aporte causal de Blanco y los otros Ministros de Estado, particularmente los del COSENA, fue fundamental como causalidad física y psíquica, favorable a la lucha antirrepresiva, ayudando a los

supremos mandos militares. JC Blanco no tuvo el dominio del hecho de lo que le ocurrió a Elena Quinteros. Porque no ordenó el secuestro de la maestra ni la tortura ni la muerte de ella. No podría haber mejorado la suerte de la luchadora social. No manejaba la intercambiabilidad de ejecutores, sobre los que no tenía dominio. Pero colaboró causalmente para el montaje, la justificación y la funcionalidad del aparato que mató a Elena Quinteros. JC Blanco no es autor por haber tenido el dominio del hecho en la muerte de Elena Quinteros. Es autor porque merece la pena de autor porque aportó las causalidades físicas y psíquicas para el funcionamiento del aparato represor que luego tomaría la vida de la maestra.

Ahora, si bien sustancialmente JC Blanco es autor por merecer la pena de autor por haber causado, física y psíquicamente la muerte de Elena Quinteros, legalmente desde el ángulo del código penal uruguayo es coautor porque determinó a otros a cometer el delito. Con su prometida y cumplida labor de apoyo y protección dio tranquilidad a los ejecutores de los métodos sucios de aquella guerra, la mentada causalidad psíquica, por ende determinó el modus operandi de la detención, tortura y eventual muerte de los terroristas. Es determinante pues, art. 61 numeral 1 del CPU. Prometió encubrir los crímenes y por esa vía los decidió. Y cooperó con una *conditio sine qua non*. Porque JC Blanco integró la cúpula que prometió y dio apoyo a la represión.

A fs.17 se sostiene que es legítimo pensar que ignorara, antes del hecho, la detención que padecía Quinteros, pero luego de recapturada tuvo necesariamente que contar con información directa y de primera mano, canalizada por la propia representación diplomática como la que presumiblemente procurara de fuentes castrenses. Que es imposible admitir que el Canciller no fuera informado de los detalles de lo ocurrido. La carencia de información alegada o la mera hipótesis de trabajo no son creíbles. A esto hay que decir que JC Blanco pudo no estar informado de la suerte de Quinteros. Pudo JC Blanco no estar informado por el aparato de represión. Pero Blanco sabía cómo actuaba el aparato. No es aceptable sostener lo contrario. Blanco estaba en la primera línea de decisiones desde hacía años. Sabía entonces lo que hacía el aparato que él ayudó a instalar. Por otra parte, una vez que Blanco razonó acerca de la suerte de Quinteros se dedicó a la otra tarea, la de asegurar la impunidad del hecho y ocultarlo, negarlo. Tal como se esperaba que él actuara.

A fs. 22 se dice que la Cancillería tenía cierto margen de decisión, que podía incidir relativamente en la liberación de la persona. Cree al contrario el despacho que a esa altura de los acontecimientos JC Blanco no tenía el dominio del hecho sobre la suerte de Quinteros. Pero que debe responder como autor por la actividad previa de apoyo al aparato represor y la actividad posterior de apoyo a los hechos cometidos por sus integrantes. El análisis de las opciones que el memorandum exhibe perseguía convencer a los que probablemente tenían el dominio del hecho, los mandos castrenses supremos. Blanco, a pesar de no tener el dominio del hecho es autor.

A fs. 22 se agrega que hubiera sido creíble una versión de JC Blanco de que conocía el hecho y que abogó infructuosamente por la liberación de Quinteros. Ciertamente, Blanco es autor porque desató un proceso causal que luego no pudo dominar, ya no podía él decidir la muerte o la vida de la persona. Pero ciertamente causó la muerte de esa persona.

A fs. 22v se dice que no se puede sostener que Blanco haya tomado la decisión de que Quinteros muriera. Ciertamente Blanco no tomó esa decisión concreta pero la causó, contribuyó a crear y luego cobijó al aparato que había de actuar así, secuestrando, torturando y eventualmente matando. Y no sólo a Quinteros.

A fs. 23 se argumenta que cuando, como enseña Roxín, el manipulador aprieta el botón y se pronuncia una orden de ejecución, se puede confiar en que el ejecutor va a cumplir el objetivo, sin necesidad de llegar a conocer a quienes van a ejecutar, que como regla general se puede decir que quien está en un aparato organizativo, en algún puesto en el cual pueda impartir órdenes a personal subordinado, pasa a ser autor mediato en virtud de la voluntad de dominio del hecho que le corresponde, cuando utiliza sus atribuciones para ejecutar órdenes punibles, que es indiferente si se actuó por propia iniciativa o en interés de instancias más altas, para su autoría sólo es decisiva la circunstancia de que pueda conducir la parte de la organización que le está subordinada, sin tener que dejar librado al criterio de otros la consumación del delito; esta es la idea de Roxín.

Pero la tesis de Roxin no sirve para explicar la responsabilidad de Blanco. Blanco ayudó a armar el aparato represivo. Una vez parida la bestia, Blanco la alimentó. Ahora, Blanco no tenía el dominio de los actos del aparato. Pero este aparato sí es obra, bien que compartida, del Canciller. Una obra que Blanco luego se dedicaría a mantener, con su gestión de aprobación ex post, de la gestión, aprobación prometida y actuada. Es indiferente en este caso que los ejecutores fueran o no fungibles, como en la teoría de Roxín del dominio del hecho en los aparatos de poder. JC Blanco no daba órdenes concretas. Su labor fue de creación y luego de apoyo. Aunque ya, en la fase de apoyo, sin dominio del hecho. En este sentido sí se puede hablar de gestión integral del aparato de poder, desde la cúpula que JC Blanco sin duda integró. Los mandos castrenses supremos tenían la gestión integral. Blanco, sin tener la gestión integral tenía un papel imprescindible de apoyatura política y técnica desde su ministerio.

A fs. 28 analizando el memorandum de 2 de julio de 1976 se constata que éste reza que no se puede seguir insistiendo en la posición de alegar que la acusación venezolana carece de elementos de juicio ante las determinaciones concretas de datos contenidos en la última nota de Venezuela. Y bien, JC Blanco sabía cómo actuaba el aparato, que libraba una guerra mundial, irremediamente con métodos violentos, contra elementos violentos. Este conocimiento es abstracto. Pero también sabía, ya, a esa altura, del concreto caso de Elena Quinteros y que precisamente se trataba de la maestra. Blanco expuso las ventajas y las desventajas de la no entrega. Pero es claro que para el caso de la no entrega, que fue la decisión concreta de los mandos militares, él pondría manos a la obra para negar el crimen y cobijar a los que lo perpetraron, ésta era una tarea de Blanco prometida de antemano, esperada y concretada históricamente, fs. 30v. Es obvio que el COSENA autorizó y apoyó la guerra contra los violentos. Esa guerra fue con métodos ilícitos. Todos los sabemos. Blanco era miembro del COSENA. Ayudó a construir el aparato represivo y lo apoyó en su accionar.

A fs. 70v se pone en evidencia la actitud renuente, reticente, de Álvaro Álvarez respecto al memorandum y respecto al papel de la Cancillería en el caso de Quinteros. Álvarez sabía que de este panorama emergían elementos de cargo, que mostraban el accionar cupular determinante y encubridor de los ejecutores.

A fs.71 se dice, acertadamente, que lo que le ocurrió a Quinteros por aquellas épocas ocurría todos los días. Y esto era de conocimiento del COSENA, y de JC Blanco. Es que el COSENA y Blanco en particular habían trazado la línea y los métodos de acción del aparato represor.

A fs.75 se dice que JC Blanco no tuvo poder de decisión sobre el destino de Quinteros. Que luego, sí, actuó en la vía diplomática de una manera que el Senador informante censura. Cree el Senador Aguirre Ramírez que Blanco debió renunciar a la Cancillería y no haberse comprometido en la responsabilidad de llevar adelante una acción injusta e infundada contra el Embajador de Venezuela y contra

Venezuela. Agrega Aguirre que naturalmente, si hubiera obrado de esa manera no habría estado anteriormente en el puesto de Canciller ni lo habría desempeñado bajo la dictadura, que esa es una consecuencia lógica de la posición política en la cual estaba que, por supuesto condenamos, dice el Senador Aguirre.

Y es que Blanco no renunciaría porque estaba comprometido políticamente con la represión de la violencia que antes se había desatado. El actuar precedente de Banco significó un apoyo a la constitución de la represión y el actuar posterior significó el lógico apoyo a lo que él sabía que ocurriría y aun debía ocurrir.

A fs.82 se dice que los civiles que participaron en el gobierno con los militares no fueron simples adornos sino que fueron parte del cerebro y de la ejecución de todas las decisiones.

En el caso de Blanco su participación fue más como cerebro que como voluntad, que como decisión, pero con su actuación anterior, concomitante y posterior con respecto al aparato represivo puso en marcha las causalidades físicas y psíquicas que permitieron que la guerra sucia contra el terrorismo de izquierda se desarrollara. Por eso merece la pena de autor y es autor por haber desarrollado esas causalidades que impulsaron el proceso, aunque luego no pudiera tener el dominio de los hechos de los ejecutores. Correctamente a fs. 82 se ponía a Blanco subordinado a la voluntad y decisión de los Comandantes militares. Según las tesis subjetivas sería un cómplice mero. Pero no basta el enfoque subjetivo, se vio supra. Este enfoque debe ser complementado con el enfoque objetivo. Y desde este ángulo, Blanco, concientemente, puso en marcha procesos causales que llevaron, junto con otros aportes causales, a la ocurrencia de muchas de las cosas que pasaron, entre ellas específicamente lo que le ocurrió a Quinteros y lo que le ocurrió o no le ocurrió a los que ejecutaron el destino de la maestra.

Muchas otras emergencias de autos merecen al despacho estas mismas conclusiones jurídicas. Así, de esta primera pieza del expediente fs. 83,84v,85v, 91; de la segunda pieza fs. 452v, 453,453v,454,476,477,478,479,480,481,529,531,534, 542,632v,633,643,644,645; de la tercera pieza fs. 693,695,696,698,699,748,770,772, 774,836,837; de la cuarta pieza fs. 1060,1062,1063,1064,1065,1066,1075,1057,1058, 1059; de la quinta pieza fs. 1655,1657,1657v,1659; de la sexta pieza fs. 1812,1873, 2036,2037,2039,2040,2041,2042; del "Anexo C" fs. 47,83,90,147,148,149,150,151, 152,153,154,155,170,171,176,182,183,185,188,189.

El despacho concuerda con el Juez Eduardo Cavalli cuando afirma que Blanco cooperó materialmente, llevó adelante, como cabeza de la Cancillería, un plan para distorsionar los hechos negando la realidad en torno a Quinteros, fs. 454. Y que Blanco sabía la circunstancia de la captura de Quinteros y colaboró con ella al desvirtuar los hechos, fs. 497v, 529.

No resulta descabellado aceptar que existía una gran fragmentación en la toma de decisiones y que en el episodio de Quinteros como en otros las fuerzas actuantes o ejecutoras actuaron con discrecionalidad y que no existió en general una transmisión o referencia directa con las autoridades ni aun a las autoridades militares pero menos a las autoridades de gobierno en sentido amplio, sobre porqué y cómo ocurrían los episodios, fs. 655v. No resulta descabellado sostener que hubo una amplia delegación de funciones en los funcionarios represores. Porque eran éstos los que estaban en el campo de batalla jugando esa guerra sucia. En ese sentido puede decirse que los Comandantes en jefe no tenían el dominio del hecho en relación a los hechos concretos (y esto que ocurrió era perfectamente previsible para estos altos mandos militares y sus compañeros civiles de gobierno) que sucedían a veces sin su conocimiento, tal vez la más de las veces. Esto sin perjuicio de reconocer que los

militares supremos conservaban el dominio del aparato represivo como ente, en su funcionamiento general y sus objetivos. Pero la falta de dominio de los hechos concretos no los hace menos autores a estos Comandantes en Jefe. Porque fueron los creadores del aparato represivo, le daban los medios para funcionar y le daban el apoyo para que funcionara. JC Blanco, con menos posibilidad de mando y de decisión en cuanto a tal aparato, había contribuido causalmente a crearlo y contribuía a su funcionamiento, es más aseguraba su funcionamiento con su labor intelectual. Sus aportes causales le hacen autor. Y aun sus aportes no causales le hacen autor. Porque los aportes causales pueden explicar el merecimiento de pena. Pero las omisiones también pueden explicar el merecimiento de pena. Blanco permitió que el gobierno que conformaba no actuara en ningún sentido para aclarar la situación que había ocurrido en la Embajada. Y con sus omisiones Blanco ambientó la comodidad gubernamental en su actitud de negar los hechos, no investigarlos y no sancionar a los responsables ejecutores.

De todos modos, los ejecutores actuaban los lineamientos generales que Blanco había contribuido a trazar y que apoyaba a diario.

Comparte el despacho las observaciones de la fiscalía a fs. 693 cuando presta atención a la actividad de emitir los procesados las órdenes para combatir el fenómeno terrorista, proporcionar a los ejecutores directos los medios necesarios para cumplirlas, asegurarles que luego de cometidos los delitos no serían perseguidos ni deberían responder por ellos garantizando la impunidad.

A fs. 826 (fs. 1653 y sts) se ubica a JC Blanco como un brillante estadista y el primero en definir la situación de los terrorismos de izquierda latinoamericanos insertos en una situación mundial como la Tercera Guerra Mundial, descripción interesante porque esto justifica duras medidas de guerra y justifica en el ámbito internacional el ejercicio del poder por parte de los países dentro de sus fronteras. A fs. 827 el observador norteamericano admira el coraje de Blanco. Y bien, el Canciller, desde su ideología apoyó los métodos de la represión, la reacción del Leviatán. Por eso aportó causas para que el aparato represor actuara con libertad y con violencia y asegurando su posterior impunidad. A fs. 831 dice el documento americano que JC Blanco fue el primero en hablar de Tercera Guerra Mundial insistiendo en que los problemas siguen en Uruguay. Destaca que Uruguay colabora con sus países vecinos en medidas de defensa. Incluso el informe norteamericano sugiere que Blanco era más extremista en sus ideología que los propios norteamericanos, 837.

Precisamente JC Blanco llevaba la bandera de esa política por lo que dio medios materiales y morales para la represión en el marco de la cual ocurrían sucesos como el de Elena Quinteros.

El aparato represivo sistemáticamente detenía, torturaba y si era necesario mataba, esto no era desconocido para Blanco, esto había sido mentado por Blanco que intuía el peligro que corría el mundo libre. Y Blanco supo que esa situación estaba siendo sufrida por Quinteros.

A fs. 47 del "Anexo C" surge documentación relativa a la labor que el Ministerio de JC Blanco realizó para encubrir y evitar la punición de la situación ilícita relativa a Elena Quinteros. El diplomático del exterior debía ajustar su conducta a unas instrucciones: remitir cierta información complementaria, manejar cierta información sobre Elena Quinteros desde su detención el 31/10/1969 hasta la requisitoria de 8/5/1975, requisitoria de captura de carácter nacional por su vinculación con la subversión. La actuación en Comité debería limitarse a sostener la posición que resulta de nota dirigida al Director General y de la actuación de esa delegación ante el Comité el año pasado consistente en no aceptar la competencia del Comité pero suministrar a UNESCO información por cortesía e intercesión humanitaria. Que no se

aceptará y se rechazará de plano todo juicio de valor sobre la situación nacional. Que no suministrará al Comité ninguna información o consideración ampliatoria limitándose a sostener la posición de la República que resulta de los antecedentes citados en 2. Y manifestar que transmitirá a su gobierno lo que se exprese en el seno del Comité. Que en caso de que el Diplomático tenga dudas debe establecer contacto telefónico con la Dirección de Política Exterior y recabar instrucciones.

Esta es la labor del Canciller que luego de los hechos ilícitos da tranquilidad a los ejecutores de la represión.

A fs. 87 se expresa que las misiones uruguayas en el extranjero recibieron instrucciones acerca de cómo actuar con respecto al caso Quinteros: afirmar que se desconocía el paradero y por consiguiente la situación de la Sra. Elena Quinteros, y que, las autoridades competentes estaban haciendo todas las investigaciones del caso para la localización. Es claro que JC Blanco sabía que tales investigaciones no se estaban haciendo porque el Estado en ese momento protegía al aparato represivo. Y uno de los mecanismos de la protección era el MRREE y su Ministro, JC Blanco.

Los representantes de Uruguay ante la ONU negaban que hubiera una política de desaparición forzosa. Esta negativa se daba siguiendo instrucciones a pesar de que el Canciller sabía bien que tal política de desapariciones existía, fs. 90 “Anexo C”.

A fs. 170 del “Anexo C” surge que la Cancillería de JC Blanco impartió instrucciones a sus funcionarios para la actuación ante el Comité de DDHH de la ONU. La Delegación de Uruguay se limitaba a decir que Elena Quinteros había desaparecido en el Uruguay pero se ignoraban las causas, los detalles y su paradero, que al tratarse el caso Uruguay en la Comisión de Derechos Humanos quien hacía uso de la palabra era el Embajador Carlos Giambruno con exclusividad, fs. 176, “Anexo C”. A fs. 182 del “Anexo C” se establece que toda vez que se pretendía analizar el caso Uruguay o alguna delegación pretendía introducir el tema de las violaciones de los derechos humanos en el Uruguay, el tema se oponía con fuerza y tenía, como se demostró, eficacia; se alegaba que el tema estaba rotulado de confidencial y que por tal razón la competencia de la Comisión era excluyente en el mismo; que el tema era tratado a puertas cerradas en esa Comisión. Que años después se levantó la confidencialidad del tema a solicitud de autoridades democráticas, fs. 183, “Anexo C”.

De fs. 185 del “Anexo C” surge que hubo un memorandum secreto al cual se tenían que ceñir las misiones uruguayas en el extranjero en relación al caso “Venezuela. Más muestras documentales de la labor del Ministro de RREE para limpiar y asegurar impunidad a las acciones del aparato represor, específicamente en lo relacionado con Quinteros. Labor prometida de antemano, para tranquilidad de los miembros de la represión.

Se dispuso que se dijera que se desconocía el paradero de Quinteros y por ende su situación, y que las autoridades competentes estaban haciendo todas las investigaciones del caso para su localización, fs. 189, “Anexo C”.

En el “Anexo 1 libro 1” fs. 8,9,11,14,20,21,22,31,32,33,35, 36 a 43, 44 a 52,53,54,57,58,59,61,62,76,77,78,81 a 85 encontramos elementos que llevan al despacho a realizar las mismas consideraciones que se vienen haciendo. Se dice que el agente de policía que se encontraba de funciones en la Embajada ha sido sumariado y sancionado por no haber cumplido las medidas correspondientes en los sucesos. Se puede decir que esta afirmación del Estado es falsa, nunca se pudo ubicar tal sumario, ni siquiera se pudo determinar la identidad del policía que cuidaba la Embajada. Es que la cúpula cumplió con su cometido de asegurar la impunidad de los crímenes del aparato represor, fs. 9. La exhaustiva investigación prometida nunca se realizó, de lo contrario

se hubiera llegado al menos a algún resultado magro, fs. 11. En cambio se llegó sólo a afirmaciones que sólo procuraron la impunidad, fs. 14. La investigación del Estado uruguayo acerca de las actividades de los funcionarios de la Embajada de Venezuela, son una prueba, por un lado, de que se pudo intentar averiguar algo de lo ocurrido en la Embajada y por otro de que se quiso desplazar la atención sobre los jerarcas de la misión venezolana; de esa forma se procuraba la impunidad, tal como se esperaba desde los ámbitos ejecutores de la política represiva directa. Y en esa labor de procurar la impunidad estaba involucrado directamente Blanco. El Canciller debía realizar este tipo de tareas si se hacía necesario. Esta estructura estaba montada de antemano y sin esta estructura ningún oficial hubiera procedido detener ni apremiar a ninguna persona; de esta estructura participaba JC Blanco y por ende aportó causalidades a los posteriores métodos del aparato antisubversivo. Esto lo hace merecer la pena de autor. La pena es la última finalidad del Derecho penal y la esencial.

El MRREE realizó un comunicado de prensa el día 6 de julio de 1976 para encubrir el hecho de que el Estado uruguayo había sido autor de hechos ilícitos relativos a Quinteros. En esta tarea estuvo especialmente involucrado el acusado Blanco. Y luego las instrucciones secretas del MRREE a las misiones diplomáticas en el extranjero. Todo se dirigía a disimular la ilicitud de la situación. El famoso memorandum secreto del cual surge claro que el Canciller sabía claramente de la situación ilícita que se estaba viviendo y a la que se viene refiriendo.

Del “Anexo 1 libro 2” agregado surge también elementos que hacen relación al merecimiento de pena de autor para el acusado. Las misiones uruguayas en el extranjero estaban convencidas de que nada ilícito había sucedido en Montevideo en esos días de junio de 1976. Y esta distorsión de la realidad se debió a la tarea de “blanqueo” de la Cancillería, fs. 205. En todo caso las misiones informaban a la Cancillería de las convicciones que, en relación al tema de Quinteros, se habían forjado en el extranjero, fs. 228, 229, 230, 231, 244bis, 290, 294, 307, 318, 319, 339. Estas informaciones servían para que la Cancillería siguiera trazando sus estrategias de limpieza de los sucesos. Así debía funcionar esta parte del organismo represor del terrorismo de izquierda.

De la “pieza II” fs. 109 surge que la instructora de la investigación en el MRREE, Ma. Del Luján Flores, tuvo dificultades para lograr que algunos funcionarios de la época de los sucesos le aportaran información. Este es un indicio de mala conciencia, se entendía que los sucesos ocurridos y las actitudes tomadas respecto a ellos, eran ilícitos, y parte del funcionamiento del ilícito aparato represor.

De la “pieza III” fs. 219 y 260 surgen elementos en el mismo sentido que se viene analizando. Luego de ser Canciller, el acusado Blanco siguió desempeñando cargos de confianza para la cúpula dictatorial. Esto indica claramente que su parte del prometido trabajo ex ante de apoyo y ex post de limpieza, al aparato represor, había sido bien cumplido. La cúpula dictatorial siempre se negó a dar información sobre el caso de Quinteros. En esta estrategia de silencio y de procuración de impunidad estaba el acusado.

De la “pieza IV” surgen más elementos de autoría. Relacionados con el conocimiento que tenía el acusado de la situación antijurídica que se estaba dando, la labor de orientación que hizo la Cancillería para las misiones uruguayas en el exterior, fs. 374,375,375v,379,379bis, 370.

La gestión de la Cancillería en el sentido que viene puntualizándose puede verse en “Pieza V” fs.409,410,425,426,432,434, 436,448,455,459v,460,477, para negar la ocurrencia de un acto ilícito respecto de Quinteros, para atribuir la responsabilidad de la crisis con Venezuela al talante del Embajador Ramos, para lavar

la imagen del gobierno cívico militar en el interior y exterior. Uno de los ingredientes de la política de la Cancillería, de Blanco, fue, incluso, la desinformación a los propios jefes de misión de Uruguay en el extranjero, acerca de la suerte de Quinteros.

“Pieza VI” fs. 502, 514, 516, 516v, 517, 518, 518v, 519, 519v, 522, 529,550; surgen elementos para sostener que la Cancillería de JC Blanco realizó la labor de evitación de las repercusiones negativas de un ilícito como el relacionado con Quinteros, en lo nacional y en lo internacional, las dificultades que tuvo la instructora del MRREE cuando quiso lograr información de los funcionarios altos que participaron en la redacción del Memorandum en el que se discutía la suerte de “la mujer”; en esta tarea de “blanqueo” de la situación la Cancillería colaboró con otras oficinas del Estado en aquel momento también comprometidas con la lucha ilícita contra el terrorismo de izquierda y en la impunidad de estos métodos ilícitos, terroristas.

En el “Anexo 2” fs. 129, 138, 153, 160, 161, 202, surge que no era secreto la política de desapariciones. Y es obvio que no era un secreto para el Ministro JC Blanco. Surge que la cúpula protegía a los ejecutores de los métodos ilícitos de lucha contra la sedición, que la Cancillería de JC Blanco bogó por disimular lo ilícito de los métodos de la represión.

En la segunda pieza de estos obrados fs. 372,373,376,377,394, surge que la Cancillería y otras oficinas del gobierno procuraban la impunidad del aparato represor.

En la pieza agregada 17-12-2004/ 122/1/02 fs. 442,443 surgen elementos que muestran que se vivía unos tiempos en que la violencia se traducían en acción y reacción. La reacción ilícita era ocultada por la Cancillería y otras reparticiones públicas, según lo previsto cuando se armó el aparato represivo. Esto se puede deducir lógicamente de la forma como el aparato funcionaba, como un todo y coordinadamente, en su faz decisional, ejecutiva y de apoyo logístico e intelectual.

De la “DOCUMENTACIÓN REFERENTE A LA CERTIFICACIÓN POR PARTE DEL DEPARTAMENTO DE ESTADO DE LOS EEUU DE LOS DOCUMENTOS TITULADOS UNCLASSIFIED, DEPARTMENT OF STATE,...” surge el memorandum donde el acusado y su equipo encararon la delicada situación, con pleno conocimiento de la ilicitud de los acontecimientos relativos a Quinteros; ya no se podía desatender los elementos que aportaba la misión venezolana, más eficaz que el propio Estado uruguayo en la investigación.

En “Presidencia de la República Oriental del Uruguay-Secretaría de Seguimiento de la Comisión para la Paz, Respuesta al Oficio nº 135/1 en autos caratulados “BLANCO, Juan Carlos/ COAUTOR DE UN DELITO DE HOMICIDIO” Ficha 17 414/2003” (bibliorato agregado) fs. 109 a 114 y sts surgen elementos acerca de la política de desapariciones en Uruguay y la política de ocultamiento de esa situación, tarea a la cual no fue ajena la Cancillería, como vemos.

En conclusión, en el aparato de represión que se había armado había segmentos de decisión, segmentos de ejecución y segmentos de apoyo, material e intelectual. La Cancillería de JC Blanco participó de la colaboración sobre todo intelectual, que tendía a que la represión pudiera actuar con impunidad. Es lógico decir que un tal aparato no se hubiera formado en el seno del Estado sino con previsión de la labor de protección de las acciones del segmento ejecutivo y de la labor de protección de las decisiones. En este marco, las causalidades aportadas por JC Blanco le hacen merecer la pena de autor.

En B. Schünemann, “FUNDAMENTO Y LÍMITES DE LOS DELITOS DE OMISIÓN IMPROPIA” Marcial Pons 2009 pp. 342,343,345,346 se

pueden ver elaboraciones sobre el dominio de la organización pero hemos destacado que para la determinación de la autoría no es exigible el dominio de la organización. Blanco contribuyó a la organización represiva, a su funcionamiento diario, aunque no pudiera dominarla. Y en aquella contribución está la causalidad conciente que atribuye autoría. Blanco aportaba también omisiones, en su labor. Puede hablarse de concurrencia de acciones y omisiones: Schünemann, ob.cit. p.427,428.

Por cierto que constatada la necesidad de pena, el merecimiento de pena no se condice con el que conlleva el tipo de encubrimiento porque el aporte de Blanco fue anterior al suceso de Quinteros y se prolongó luego. Es cierto que Blanco aparece alejado de la decisión concreta respecto a Quinteros, aparece alejado del concreto dominio del hecho y parece actuar el interés de otros y parece subordinar su voluntad a la de otros. Pero no puede desconocerse su aporte causal de los sucesos, el aspecto objetivo. Es cierto que contribuyó a este tipo de decisiones en forma causal con aportes anteriores, concomitantes y posteriores, lo que lo enmarca en el merecimiento de pena de autor, fs.4v,5,6v,12v,13,14v,15,16,17,30,20,21v,22,22v,30v,35v,38,39v,40, 59v,71v,74,74v,75v,84v,86,87v,89v (actuación de JC Blanco en los casos de Michelini y Gutiérrez Ruiz), 142,185,186,187.

X) DELITO DE HOMICIDIO.

Se imputará el tipo de homicidio. En base al fallecimiento de Elena Quinteros, plenamente probado. Puesto que imputar el tipo delictivo de Desaparición forzada de personas sería aplicar un tipo penal con retroactividad, conculcando un caro principio del Derecho penal liberal. Dice la parte actora que quien hoy se niegue a dar información sobre el paradero de los detenidos desaparecidos cae en el tipo penal con conductas posteriores a la entrada en vigor del nuevo tipo delictivo, fs. 1723. Se dice por parte de la actora que las figuras clásicas de los Derechos nacionales no alcanzan a abarcar la cantidad política de las acciones de las dictaduras sudamericanas desde 1965,1966, fs. 1725. Que las desapariciones forzadas son un crimen de lesa humanidad, fs. 1727. A fs. 1730 la actora hace caudal de las normas de Derecho internacional público con carácter de *ius cogens*, dice que este tipo delictivo de la desaparición de personas ya existía en el Derecho internacional público al momento de los delitos de las dictaduras, que no puede hablarse de que estas conductas no estuvieran previstas anteriormente o que fueran inciertas o imprevisibles ni el mandato o prohibición que contienen ni el de la pena a aplicar, que en el problema de la tipicidad se destaca que la formulación clásica del principio de legalidad penal “*nullum poena sine lege*”, en el Derecho internacional se articula como de *nullum crimen sine iure* lo que permite una interpretación mucho más amplia de las exigencias derivadas de ese principio en cuanto a que sería suficiente la consideración como tal en el Derecho internacional aunque no estuviera tipificada en el Derecho interno. Hizo caudal también de la filosofía que animó a los juicios de Nüremberg. A fs. 1731 dice la actora que no se viola entonces el principio de legalidad, el principio de *lex previa*, que la ley penal aplicable en casos de delito permanente, como la desaparición forzada de personas, no necesariamente será la que estuvo vigente *ab initio*, cuando se ejecutaron los primeros actos consumativos del delito ya que por tratarse de un delito permanente pueden surgir nuevas normas penales que serán aplicables a quienes, en ese momento, ejecuten el delito, sin que ello signifique aplicación retroactiva de la ley penal. Que la desaparición forzada es un crimen contra la humanidad. A fs. 1732 alude la actora a doctrinas que caracterizan el derecho de los DDHH como un superderecho, una renovada ley natural, que ciertas cosas no se pueden hacer y que si se hacen serán castigadas más allá de que haya o no leyes preexistentes, fs. 1732. A fs. 1733 la actora se apoya en alegadas Convenciones

internacionales y una práctica consuetudinaria internacional que consideraba inadmisibles la comisión de delitos de lesa humanidad ejecutados por funcionarios del Estado y el castigo de tales hechos por un sistema represivo que no necesariamente se adecuara a los principios tradicionales de los Estados nacionales, para evitar la reiteración de delitos aberrantes.

Agrega a fs. 1733 que la firma de la Convención Americana contra las desapariciones forzadas impone al Estado uruguayo obligaciones generales y específicas relacionadas con la Desaparición Forzada. Hizo caudal de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de DDHH, fs.1733,1734.

A fs. 1736 la actora destaca que la desaparición forzada es una violación de derechos humanos y un crimen de carácter continuado o permanente.

A fs. 1739 se sostiene que aun cuando se diga que estamos ante un delito de homicidio luego se suma un delito de vilipendio de cadáveres o sus cenizas, art. 307 del CP, delito que es permanente o de efectos permanentes porque los autores y coautores de los hechos mantienen los cadáveres o sus cenizas en lugar oculto y desconocido. A fs. 1740 se dice que la desaparición forzada es un delito que continúa cometiéndose mientras no aparezca la víctima, viva o muerta, dado que la privación de sus derechos fundamentales se mantiene, permanece bajo la responsabilidad de quienes la han retenido. Que la calificación de la desaparición forzada como delito continuado o permanente tiene como efecto jurídico el que mientras la persona no recupere la libertad o aparezca su cadáver no es posible comenzar a contar el término de prescripción. Que a partir de la fecha de ratificación de la Convención se considera en el Estado Parte respectivo que las desapariciones forzadas en las que aun no se ha establecido el paradero de la víctima son delitos continuados.

A fs. 1741 y 1742 se afirma la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, que en base al concepto de delito continuado se han iniciado diversos procesos judiciales incluso en países con leyes de amnistía, asumiendo que si el paradero de la víctima se desconoce con posterioridad a la ley de amnistía, el delito es permanente y debe perseguirse. Se defendió la licitud de la retroactividad nacida del Derecho internacional público convencional.

A fs. 1744 sostuvo la actora que no es adecuado imputar homicidio porque el delito de desaparición forzada tiene sus características muy especiales, es un fenómeno contemporáneo grave y pluriofensivo; los ilícitos que pueden manejarse en este marco represivo del terrorismo de Estado son de lesa humanidad y así debe valorarse toda la situación en su conjunto, 1744,1745. A fs. 1745 dice la actora que a su entender las figuras delictivas clásicas no son aptas para encuadrar el complejo fenómeno de la desaparición forzada.

A fs. 1746 se dice que no hay aplicación retroactiva de una ley más gravosa puesto que el homicidio muy especialmente agravado reclamaría una condena de entre 15 y 30 años.

A todo lo argumentado por la fiscalía hay que contestar lo siguiente.

Quien se niegue hoy a dar información sobre el paradero de los cadáveres de los detenidos desaparecidos no puede caer en el tipo penal nuevo de la desaparición forzada. El art. 21 de la ley 18026 de 25 de setiembre de 2006 establece dos modalidades típicas. Una es la de privar de libertad a una persona más la negativa a informar sobre la privación de libertad o el paradero o la suerte de la persona. La otra modalidad típica es la de la persona que omite y se niega a brindar información sobre el hecho de la privación de libertad de una persona desaparecida, su paradero o su suerte. Cree el despacho que esa negativa de dar información sobre la desaparición o la suerte o paradero de la persona, se liga irremediabilmente a una privación que ha de haber

ocurrido luego de que la ley 18026 ha entrado en vigencia. De lo contrario estamos aplicando la retroactividad in malam partem. Si bien la actora ha defendido la retroactividad in malam partem desde el Derecho internacional público convencional, por otra parte su sentido ético jurídico la ha llevado por los caminos de negar la pena por delitos no previstos, ha recordado la existencia del principio nullum crimen sine iure, ha negado que estemos ante un tipo penal retroactivo y menos benigno puesto que los guarismos de pena son menores. Por lo que la Sra. fiscal se halla comprometida con los principios jurídicos clásicos de garantía.

En cuanto a que los tipos clásicos no alcanzan a calibrar correctamente los delitos de lesa humanidad perpetrados en Latinoamérica desde los años 60 hay que decir que el merecimiento de pena es un criterio seguido por el despacho, por ejemplo para el caso de la teoría del concurso de delinquentes. Pero el merecimiento de pena no puede desconocer principios garantistas como el de irretroactividad o el de legalidad.

En cuanto a la argumentación en base al ius cogens, en base a que la conducta atrapada por el art. 21 de la ley 18026 ya estaba tipificada (aunque de forma no escrita) por el Derecho internacional público, hay que decir que a esta altura de la evolución del Derecho internacional no se puede decir que sea admisible, entre sus principios, el tipo penal consuetudinario. Si el tipo penal consuetudinario no es admitido por el Derecho internacional público, puesto que en las legislaciones del planeta el principio de legalidad al estilo de Bebing campea, y porque el Derecho internacional público convencional ahora se dedica a rendir culto al tipo penal escrito, previo y estricto más las otras garantías del Derecho penal liberal y clásico (Estatuto de la Corte Penal Internacional de Roma, arts 5,11,22,23,24,30) menos podemos decir que sea una norma de ius cogens el tipo consuetudinario escrito, o que lo fuera. O que lo fuera, porque desde finales del S. XIX y principios del S. XX la humanidad se preocupó de regular los conflictos internacionales, los crímenes de guerra. Así el sistema de La Haya y el Sistema de Ginebra: "Derecho Internacional Humanitario" Serie congresos y conferencias N° 7..." Universidad Católica del Uruguay- Universidad del Salvador...1992 pp. 33 y ss, 51 y ss, 93 y sts. La humanidad se ocupó entonces de tipificar infracciones de guerra y de proteger, en forma escrita, a los no beligerantes, a la población civil. Lejos estaba el ser humano de concebir unos delitos de lesa humanidad cuya tipificación y represión estuviera en la costumbre de los Estados. En los juicios de Nürember y de Tokio, al fin de la segunda guerra mundial, se aplicó el derecho natural para condenar los crímenes del régimen nazi derrotado. Se ha dicho que en esa época el Derecho natural tuvo un renacimiento episódico: Gonzalo Fernández, "BIEN JURÍDICO Y SISTEMA DEL DELITO" B de F 2004 pp 124. Este despacho cree que el juicio y la condena se basó en el Derecho Natural. Y si se basó en el Derecho natural no se basó en un Derecho consuetudinario. Para probar la costumbre habría que traer a colación los actos estatales que formaron esa pretendida costumbre.

De modo que queda la aplicación de los tipos penales nacionales.

Al decir la actora que en Derecho internacional rige el nullum crimen sine iure, necesariamente remite al tipo penal internacional consuetudinario, por cuya inexistencia se argumentó en las líneas anteriores.

Recoge la actora expresiones doctrinarias que caracterizan el Derecho internacional de los Derechos Humanos como un superderecho, una renovada ley natural. Cree este despacho que, ciertamente, el Derecho natural es la insegura regulación normativa, no escrita, que da base a los juicios de los crímenes de las dictaduras del conosur. En tanto se quiera extraer la imprescriptibilidad, retroactividad y el tipo penal consuetudinario, inútilmente se hollará el Derecho internacional

consuetudinario. La comunidad internacional consideró necesario legislar acerca de la retroactividad y la imprescriptibilidad, indicador de que entendía que tal principio no estaba recogido en la costumbre (Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, ONU AG, 1968). Habrá que ir al Derecho natural, el que muestra así otro renacer episódico.

La pretensión de aplicar a este caso las normas recogidas por la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, es un ejercicio de retroactividad de la norma penal menos benigna.

La Corte Interamericana de DDHH ha aplicado la normativa de la Convención Interamericana de Derechos Humanos aun cuando la fecha en que la aprobó el Estado de que se trate fuera posterior a los hechos motivantes, lo cual constituye un ejercicio de retroactividad que la Corte Penal internacional no se permite.

La reiteración de que el delito de Desaparición forzada es un delito permanente, o continuado, al igual que la imputación del delito de privación de libertad, persigue asegurar que la conducta no se pueda argumentar prescripta. Normativamente se ha buscado evitar la prescripción de las acciones que se quiere juzgar. Y ello demuestra que la imprescriptibilidad no es un principio de Derecho internacional consuetudinario. Si lo fuera, no se habría buscado la imputación del tipo penal que evita, por su esencia, la prescripción de los crímenes que se han denunciado.

La jurisprudencia que se menciona, que ha imputado delitos de privación de libertad, evitando la prescripción, también muestra que no existe en el Derecho internacional consuetudinario la prescripción, como norma, de los delitos de Lesa Humanidad.

En cuanto a que las conductas de desaparición forzada son un fenómeno contemporáneo, grave y pluriofensivo hay que decir que se trata de un fenómeno no nuevo, que en muchos conflictos se ha dado, por ejemplo en la guerra civil española, pero en todo caso es un fenómeno no tipificado en su verdadera dimensión hasta años recientes. P.e. en Uruguay como se sabe en 2006, mucho después de los sucesos que se ahora se juzgan.

El despacho analizará la situación a la luz de la teoría de las normas que esbozó supra. A partir del fortalecimiento de grupos sociales determinados y el debilitamiento de otros, ciertas normas sociales, de cultura, se jurisdizaron, produciendo una nueva jurisprudencia sobre temas que se creían irrevisables. Nueva jurisprudencia que dio por los suelos con la soberbia que creyó que esto nunca ocurriría. Ahora, la fuerza de estos grupos sociales no ha logrado el reconocimiento por la jurisprudencia de principios tales como el de retroactividad in malam partem, imprescriptibilidad y tipo penal consuetudinario, con una confesada aplicación de un Derecho penal del enemigo, sin garantías clásicas.

Es del caso imputar el delito de homicidio, tipo penal nacional, sin admitir la retroactividad, ni el tipo penal consuetudinario ni la imprescriptibilidad.

XI) HOMICIDIO SIMPLE O AGRAVADO.

Al entender del despacho el tipo es de homicidio, muy especialmente agravado art. 312 numeral 5 CP, tipo agravado derivado del tipo simple del art. 310 del CP. No podía conservar la vida Elena Quinteros luego de las circunstancias que rodearon su segundo sometimiento a cautiverio, había que quitarle la vida. Recordando los términos del memorandum del Canciller, entregar a la mujer tendría las desventajas de deteriorar aun más la imagen de Uruguay, sería entregar la prueba de un acto ilícito, sería exponerse a las declaraciones de la mujer, se tendría a Uruguay como conculcador de institutos internacionales caros, Uruguay quedaría vulnerable políticamente en lo

internacional, Uruguay aparecería cediendo a la presión de Venezuela, significaría reconocer la comisión de un acto ilícito y tendría que afirmarse la sanción de los responsables. Por todo esto fue que no se la entregó, por esto fue que no se le permitió vivir.

No cree el despacho que estemos ante un homicidio muy especialmente agravado por el impulso de brutal ferocidad. En el marco de enfrentamiento entre extremismos el odio no tuvo límites, si bien no se trata de conductas atenuadas por la provocación de la violencia del bando contrario no se da la hipótesis del motivo nimio. El odio era inconmensurable entre los partidarios de los bandos. Tampoco se trató de un motivo fútil porque las motivaciones encontradas en una guerra interna no lo son, se trata de la ira y el descontrol humanos. En cuanto a carácter de abyecto no cree el despacho que concurriera. No se niega la gravedad de los sucesos. Pero esta gravedad está ya expresada en la agravatoria muy especial de la conducta y su pena consecuente.

XII) PRESCRIPCIÓN.

Ligado a la imputación fáctica se muestra el tema de la prescripción. El delito que se imputa tiene una pena de entre 15 y 30 años. Por tanto la pena prescribe a los veinte años, art. 117 número 1 del CP. Es que el lapso transcurrido en dictadura no cuenta como plazo útil para la prescripción. Antes de los veinte años contados desde 1985 esta causa ya andaba sus caminos y en el año 2003 se dictaba el auto de procesamiento, un acto directo sin dudas contra el encausado.

Delitos cometidos por miembros del gobierno. No corre la prescripción entre el 27/6/1973 y el 1/3/1985. El PJ no podía juzgar a los que estaban al mando y habían creado la estructura. Éstos, por lo demás, detentaban las pruebas. Existió justo y objetivo impedimento en proceder. No existió desinterés en proceder. Como ni siquiera declaró el denunciado no se puede saber si el término de prescripción se elevará o no conforme el art. 123 del CP. No se puede descartar tal plazo de elevación sólo porque el denunciado está integrado a la vida civil sin representar un peligro, como argumenta la doctrina de Langón. La mentada elevación tiene relación y no es ajena a la magnitud del injusto de donde es necesario instruir, S. 106 de 13/3/2006, TAP 3º Dra. B. Minvielle redactora.

Pero además si se sigue la doctrina de José Luis Guzmán Dálbora el plazo de prescripción, puede sostenerse, pudo recién comenzar en el año 2005. Dice el autor chileno que se cita: "...los plazos corren sí y sólo en la medida en que el Estado pueda y quiera perseguir el delito e imponer la pena pero, en el hecho, no lo hace." P.113, "TEMAS ACTUALES DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL, CONTRIBUCIONES DE AMÉRICA LATINA, ALEMANIA Y ESPAÑA" Kai Ambos. E. Malarino y otros, Konrad Adenauer Stiftung 2005. Por esta vía si llegamos a la conclusión de que el Estado uruguayo no quería perseguir estos crímenes o no podía, entre 1985 y 2005, en ese lapso la prescripción no habría corrido. Esto está íntimamente ligado con la teoría de las normas, tal como se encaró. En un proceso que culminó en 2004-2005 ciertos grupos sociales concentraron fuerza y otros grupos sociales notoriamente la perdieron. El Estado no fue indiferente a esto, desde todos sus organismos. Sus aptitudes para perseguir este tipo de crímenes se acrecentaron hacia el final de este proceso social. Y las normas sociales, culturales, respectivas, se jurisdizaron por decisiones del Poder Ejecutivo y luego del Poder Judicial y se materializaron en enjuiciamientos impensables en los años anteriores.

Antes de 2005 el Estado uruguayo no quiso o no pudo enjuiciar los crímenes de la dictadura. En los años 85 y siguientes, en democracia, sigue vigente la

inteligencia antisubversiva, en esos años no se podía pretender juzgar a quienes habían reprimido a la sedición y ahora la vigilaban: fs.1798 y sts, en la sexta pieza, tenemos documentos relacionados con esa tarea de inteligencia sobre personas; fs. 1818,1819,2030, años 1996,1997. En el acordonado P 840/1990 acordonado documental fs 71, 74,74v,75,75v a 86, 86v,88,90,95,97,97v,99v,104v,105,111v,112, 113,113v,114,114v,115,116,117,118,118v,119,119v,120v a 207v se ve la poca vocación del gobierno de esa época de investigar los hechos sucedidos, tal como imponía la ley 15848. En “DOCUMENTOS correspondientes al IUE 17- 414/2003” fs. 306, 432, 433, 438, 439, 442, 447, 465, 488, 492, 496,534, 538,539, 540,547, 552, 555, 558, 562, 558, 563, 566, 571, 577, 578, 579, 581, 582, 583, 593, 595, 602, 604, 612, 616, 617, 624, 627, 628, 629, 630, 637, 639, 640, 641, 644, 646, 647, 648, surge que en épocas de democracia luego de 1985 el Estado seguía vigilando lo que se hacía y decía por parte de las personas que se creía podían dar nuevos impulsos a la violencia de izquierda. En la “Carpeta I” de prueba, agregada surge prueba de fs. 69, 79, 81, 82, 96, 99, 102, 103, 104, 105, 106, 111, 112: los gobiernos de la época no fueron más allá de intenciones en las democracias posteriores a 1985, no pudieron investigar los hechos del período dictatorial; claro que la Comisión que investigó hechos de sangre durante la dictadura trató de ahondar en los sucesos pero la ley de caducidad de la pretensión punitiva del Estado vendría a mostrar con toda claridad que no se podría aplicar pena a los autores; no existe una prueba más acabada de la limitada posibilidad y tal vez vocación de juzgar y penar los delitos del período pasado.

De la pieza agregada, “Carátula provisoria” 122/1/02, “Documentación correspondiente a pieza ficha “/122/1/2002 en autos...” fs. 32,34,36, 43,50,53,153,156, surge que las investigaciones oficiales eran seriamente cuestionadas en cuanto a su sinceridad y profundidad. Especialmente a fs. 50 documento J surge que la Cancillería de JC Blanco realizó una política de pasaportes, negando pasaportes a ciudadanos que se oponían al gobierno dictatorial, que en el caso de Zelmar Michelini y Héctor Gutiérrez Ruiz tomó la forma especial de notificar al gobierno argentino el vencimiento anticipado de los pasaportes de los mencionados, actitud que Wilson Ferreira denunciara describiéndola como condena fáctica a muerte y aseguramiento de la imposibilidad de eludir tal condena. Y bien, en el caso de Michelini y Gutiérrez Ruiz se nota el aporte causal de JC Blanco, como Canciller, a los crímenes de la dictadura, al funcionamiento del aparato represivo: con la decisión de vencimiento anticipado de los pasaportes se causaba la imposibilidad de que los opositores mencionados abandonaran Argentina, país en el cual sus vidas corrían peligro. El epílogo es conocido. De la mano de la causalidad descrita en el caso de Michelini y Gutiérrez Ruíz y en el presente caso, el merecimiento de pena nos lleva a la autoría, donde la pena abstracta es de guarismo superior.

De fs. 186,187 y sts, 191 y sts, 207,218 y 236,237 del agregado ficha 17-12/2004 1ª pieza surge que por los años 90 la prensa seguía tratando de determinar la suerte de Quinteros en tanto el gobierno parecía no poder o no querer hacer ese esfuerzo; las fuentes militares no estaban dispuestas a decir la verdad sobre el paradero de los cuerpos, los gobiernos posteriores a la dictadura no tuvieron posibilidades de habilitar mecanismos que llevaran a la averiguación de la verdad y en todo caso hacerle ver al segmento castrense que iba a ser juzgado presentaba el peligro de una nueva crisis donde las fuerzas sociales midieran su poder con resultados imprevisibles en el plano político y jurídico (nuevamente el proceso de interacción entre las normas de cultura o sociales y las normas jurídicas).

De fs. 385 y sts, 421 y sts, 449,450y sts hasta 453, 475 y sts de agregado ficha 17-12/2004 2ª pieza surge que los gobiernos posteriores a la dictadura

claramente por vías jurídicas se opusieron a la investigación de los hechos delictivos de la dictadura, en base a la ley 15848 que, por cierto, es un claro indicador de falta de posibilidad o falta de voluntad de investigar los crímenes de aquella etapa del país.

De fs. 1 a 41 de los agregados ficha 17 58/2003 surge que el poder político hacia 2003 estaba dispuesto a dar una interpretación de la ley 15848 mucho más restringida de la que se dio desde 2005. Es que el panorama de fuerzas sociales cambió desde el 2005. Incluso las investigaciones dispuestas por el gobierno nacional en 1987, fueron, en el ámbito del Ministerio del Interior y de Defensa Nacional, notoriamente magras, indicador de falta de posibilidad o voluntad de investigar la suerte Quinteros y los crímenes de la dictadura.

De fs. 8,12,16,17,18,19,23v,27,32,33,34,43 de los agregados “122/1/2002 Carátula provisoria – B” surge que se atribuía a la interna de la Marina una actuación vindicativa sesgada hacia quienes no habían apoyado el golpe militar. Todo esto hace al mapa de fuerzas sociales que se podía hacer hacia el año 2000. No parecía haber cabida en algunos ámbitos contra los que habían criticado el golpe de Estado, tampoco para el castigo de los delitos del gobierno golpista.

De fs. 135,153,154,199,200,201,201v,202,203v,204,210v,211,214, 230 y sts del agregado “Presidencia de la República, Secretaría de seguimiento...” “biblorato”, surge que a nivel del Ministerio de Defensa por los años posteriores a la dictadura se defendía con ahínco la jurisdicción militar y en el ámbito de ésta era difícil que se pudiera esclarecer los delitos del régimen de facto. Y surge la deficiente investigación que los gobiernos posteriores al régimen de facto pudieron realizar. En 2005, ya, el Comandante en Jefe del Ejército hizo un informe al Presidente de la República que era de tono especial, que denotaba actitud distinta del Ejército hacia el tema de los Derechos Humanos al ritmo del cambio del mapa social de poder. Ya el juzgamiento no estaba tan lejano de las posibilidades el gobierno y, en efecto, en ese sentido una nueva era se abriría, era que se puede describir acudiendo a la teoría de las normas que esbozó el despacho supra. De todo lo descripto en el panorama probatorio podría sostenerse, incluso, que, al tenor de la tesis de José Luis Guzmán Dálbora, que se colacionara supra, el lapso de prescripción en esta causa no inició sino desde el 1/3/2005. Porque antes el Estado no era capaz o no tenía la intención de ponerse en la riesgosa tarea de investigar y castigar los delitos del gobierno de facto.

Por tanto la prescripción en esta causa no ha operado.

Claro que se podrá objetar que se ha tomado un camino distinto para llegar a la misma meta, el impedir la prescripción de las acciones. Y se podría decir, deduciendo, que estamos ante un capítulo más del derecho penal del enemigo. Pero es del caso decir que, conforme la teoría de las normas, las normas jurídicas nacen de normas de cultura, y éstas marcan que una misma persona no puede juzgarse a sí misma con serenidad e imparcialidad por lo cual las autoamnistías no pueden tener efecto si no son ratificadas en por regímenes posteriores y que mientras la fuerza aplicada por ciertos grupos sociales no permite el enjuiciamiento de casos que reclaman la aplicación de pena, el lapso de prescripción no comienza a correr. Tal es la interpretación correcta de los arts.117 y sts del CP, acorde con las normas culturales que les dieron vida. Es pertinente recordar, de las líneas ya vistas, que Jiménez de Asúa decía que para interpretar bien las normas jurídicas había que ir a las normas de cultura subyacentes.

XIII) AGRAVANTES.

Se ha hecho caudal de la agravante muy especial del art. 312 numeral 5° del CP. No concurren otras agravantes. Podría plantearse la alevosía dado que el aparato del Estado actuaba sobre los sospechosos sin posibilidades de que éstos se defendieran con probabilidades. Pero también es cierto que la lucha entre los grupos

sociales de derecha y de izquierda se seguía dando, Quinteros seguía trabajando en uno de los grupos sociales fuertes y antagónicos y esto significa ausencia de total indefensión; esta afirmación no supone desconocer que un grupo social ya claramente estaba mostrando su mayor fuerza sobre el otro.

XIV) ATENUANTES.

Concurre la primariedad absoluta, art. 46 numeral 13° CP.

Podría plantearse la existencia de una atenuante en la provocación en tanto los hechos de violencia social muy anteriores al golpe de Estado desquiciaron a la sociedad al punto que grupos dentro de ella optaron por la lucha armada ilícita organizada. Pero si se piensa que esa violencia social fue ocasionada tal vez por condiciones sociales de opresión y desigualdad, la atribución de la agresión, del acto injusto o la responsabilidad por situación de gran desventura se desdibuja, de forma de no poderse determinar claramente la procedibilidad de una atenuante de provocación.

XV) PENA.

En base a la teoría de las normas decimos que de la sociedad bajan normas culturales, sociales. Algunas de ellas se “jurisdizan”, adquieren la coercibilidad de las normas de derecho. Una de esas normas es que la persona será penada cuando esa pena sea necesaria. Otra norma dice que la pena a recibir será conforme con el merecimiento de pena, según el aporte objetivo y la conciencia con que se haya obrado. Y el merecimiento de pena concreta se traducirá a la medida concreta en base a los guarismos legales, los que acotan la discrecionalidad judicial.

Ahora, uno de los parámetros que atiende el decisor es la jurisprudencia sobre el punto y las penas que han recaído en imputaciones del tipo penal de que se trata.

Agravantes muy especiales. LJU 15342.

Con agravantes muy especiales, tentativa, alevosía, confesión, 14 años, LJU suma jur. 121038.

Agravado muy especialmente en grado de tentativa, más hurto en reiteración real, 7 años, enalzada se considera benigna la pena, TAP 3° S.262 de 9/12/2002.

Un homicidio tentado muy especialmente agravado. Alevosía. Homicidios anteriores o hechos de sangre anteriores, 10 años, 9128.

4 años. Ebriedad semiplena y voluntaria. Se descarta brutal ferocidad. TAP 2° S. 153 de 13/6/2007.

Art. 312 numeral 1° brutal ferocidad. Un homicidio, alevosía, brutal ferocidad, conyugicidio, 20 años, 10391.

Un homicidio, brutal ferocidad, 23 años, discordia: un homicidio a dolo eventual, 10 años, 13954.

Brutal ferocidad, alevosía, alta peligrosidad, homicida en serie, 30 años, 14161.

Brutal ferocidad, presentación a la autoridad confesando el hecho, alevosía, parentesco, 25 años, INUDEP I pp. 248.

Brutal ferocidad, primariedad absoluta, presentación confesando el hecho, alevosía, INUDEP I pp. 248. Brutal ferocidad, alevosía, ebriedad voluntaria no premeditada, el tribunal agrega la brutal ferocidad pero no modifica la pena que considera benigna, 6 años, INUDEP 4 pp. 198.

Art. 312 numeral 2°. Pretio pacto.

Muy especialmente agravado por graves sevicias y pretio pacto, más privación de libertad y violencia privada, 24 años, Revista de Ciencias Penales 3/1997 pp. 247.

Art. 312 numeral 4°.

Alevosía, pluriparticipación, cooperación de inimputables, nocturnidad, más porte y tenencia ilegal de armas, para uno 20 años y 6 meses, para otro 20 años, LJU 14980.

Un homicidio muy especialmente agravado, con nocturnidad, confesión, más un homicidio muy especialmente agravado art. 63 CP, más dos rapiñas con penetración domiciliaria, nocturnidad y confesión, más violación con nocturnidad, confesión, más dos hurtos con penetración domiciliaria, nocturnidad, confesión, 28 años, TAP 3° S. 40 de 31/3/1995 JC Borges redactor, Revista de Ciencias Penales 1-1995 p.287 y sts.

Homicidio muy especialmente agravado art. 312 numeral 4°, más otro homicidio muy especialmente agravado art. 312 numeral 4° y especialmente agravado art. 311 numeral 4°, más dos hurtos especialmente agravados, alevosía y nocturnidad en los dos homicidios, en el segundo homicidio pluparticipación y cooperación de inimputables, en los hurtos nocturnidad, cooperación de inimputables, pluriparticipación, penetración domiciliaria, minoría de edad relativa, primariedad absoluta, ebriedad voluntaria, 30 años, TAP 3° S. 125 de 24/5/2000.

Art. 312 numeral 5°, no se modifica la pena de primera instancia que se considera benévola, 15 años, LJU 14400.

En la especie, la pena pedida es adecuada teniendo presente la contribución causal a la organización y al hecho concreto y la gravedad del asunto que se juzga.

XI)

Por los elementos expuestos y lo dispuesto por los arts. 1,2,3,18, 46,47,50,53,60,61,86 y 105 del CP y 233 y sts del CPP

F A L L O:

CONDENANDO A JUAN CARLOS BLANCO ESTRADÉ COMO COAUTOR DE UN DELITO DE HOMICIDIO MUY ESPECIALMENTE AGRAVADO A LA PENA DE 20 AÑOS DE PENITENCIARÍA CON DESCUENTO DE LA PREVENTIVA SUFRIDA Y DE SU CARGO LOS GASTOS CARCELARIOS.

FIRME QUE QUEDARA, PASEN A EJECUCIÓN DE SENTENCIAS.