

Nº Min. Red. Dra. B. Minvielle

Montevideo,

VISTOS:

Para sentencia interlocutoria de segunda instancia estos autos caratulados “**Chialanza Muñoz, José Nelson. Dalmao Alvez, Miguel Ángel. Homicidio muy especialmente agravado**” (IUE 97-397/2004), provenientes del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 10º Turno a cargo del Dr. Rolando Vomero, seguidos con la intervención de la Fiscalía Letrada Nacional en lo Penal de 2º Turno y las Defensas privadas.

RESULTANDO:

I.- Por sentencia interlocutoria de primera instancia, se dispuso el procesamiento con prisión de José Nelson Chialanza Muñoz y de Miguel Ángel Dalmao Alvez bajo la imputación de co-autoría de un delito de homicidio muy especialmente agravado (fs. 3522-3535 vta.)

II.- Contra la misma, en tiempo y forma los Defensores del encausado Miguel A. Dalmao, Dres. Figueredo y Langón, interpusieron en tiempo y forma recursos de reposición y apelación, expresando agravios en los siguientes sucintos términos (fs. 3545-3575 vta.):

La impugnada carece de fundamento, basándose en meras conjeturas sobre la posibilidad de una muerte violenta ocurrida a causa de las torturas inflingidas a la víctima.

No hay prueba que Nibia Sabalsagaray haya sido interrogada y menos aún que hubiera sido torturada en modo alguno. Tampoco existe prueba que Dalmao fuera el autor material de semejante atropello, resultando procesado exclusivamente por su posición institucional al ejercer transitoriamente la jefatura del S2 de ese Batallón.

Se imputa co-autoría pero no se expresa concretamente cuáles fueron los actos concretos realizados para que pueda ser atrapado en ello.

No se conocen los directos autores ni cómo se actuó sobre la persona detenida. La circunstancia de que se hubieran aplicado tormentos sobre otras personas no prueba que se haya torturado a Salbasagaray.

Se parte de la mera presunción de que el operativo se habría diseñado por el Jefe del Batallón, lo que no puede servir de base de ninguna sentencia. No se probó que la detención y su planificación fuera dada por orden de Chialanza.

En la interlocutoria recurrida se plasma un caso clara de responsabilidad ultraintencional, que se castiga con guarismos punitivos de un tercio a la mitad. Es que no se trató típicamente de un homicidio sino de una muerte más allá de la intención, primando el resultado. Es que sobre actos encaminados a cometer lesiones personales se causa un resultado muerte, que es previsible pero no se previó, configurando la hipótesis mixta de dolo y culpa propia de la ultraintención.

Los testimonios aportados en autos relevan que no se torturaba a muerte y que si ella sobrevenía era por producto de una debilidad congénita o de una causa cualquiera, fuera de la intención del torturador.

Nos hallamos en las antípodas del homicidio cometido con graves se vicias. No existió dolo de matar, ni intención de matar haciendo sufrir innecesariamente. En el mejor de los casos, podría decirse que se inflingió dolor para obtener información, siendo el resultado muerte algo no querido y disfuncional a los fines del torturador, que se produce por culpa.

Entonces, el plazo de prescripción es de 15 años (art. 117.1, b, CP), el cual, aún admitiendo la extensión prevista en el art. 123 del CP llevaría el término de prescripción sería de 20 años, los cuales, aún descontando el período de la dictadura, vencieron irremediablemente el 1.3.2005. La prescripción es de orden público y debe ser declarada aún de oficio por el juez en cuanto se manifieste.

Sin perjuicio de ello, señala que no es de aplicación la tesis civilista de no computar el período que va desde 1976 a 1985 por cuanto no es una causal comprendida en el CP; y menos aún, elevar el término de prescripción por el art. 123 del CP, señalando que atender al momento de consumación del delito es una construcción artificiosa, a científica y ad hoc para resolver el caso conforme a la predeterminada intención condenatoria. Dicha extensión es inaplicable al caso puesto que no hablamos de un homicidio sino de una muerte ultraintencional y porque no puede hacerse a un lado el servicio cumplido por Dalmao durante todos estos años que indica la inexistencia de peligrosidad a su respecto.

No es admisible la tesis del dolo eventual que requiere la previsión en grado de probabilidad del resultado.

Todo el expediente se basa en el testimonio de Carámbula, amigo de la fallecida y que, en solitario, habría realizado un examen externo del cuerpo de la víctima dentro del ataúd, constatando equimosis, golpes, moretones, herida en el cuello en forma de surco, y expresando que no existían signos de haberse realizado respecto del cuerpo una autopsia. No se cumplió respecto de tal reconocimiento con ningún protocolo.

Esta versión se contradice con la autopsia del médico forense, a cuyo respecto el SMU no encontró falta ética alguna.

Toda la historia del submarino seco y de las torturas sufridas, surge de la opinión conjetural del Dr. Arzuaga formada en base a los dichos de Carámbula transmitidos esa misma noche.

Agrega que el actual médico forense, Dr. Mederos, con respecto al protocolo de autopsia no pudo establecer si era completo o no, agregando que no puede descartarse la muerte por ahorcamiento.

Los restantes testigos nada agregan, señalando que Yañez expresó que al abrir el féretro la muerta tenía un rostro apacible, sin marcas, sin lesiones graves.

La causa militar no ofrece huellas de torturas o lesiones sobre el cuerpo de la occisa. Y del mismo surge además el surco de tela con que se ahorcó, así como la tarima y el gancho tipo mariposa donde ató el pañuelo con que se dio muerte.

La muerte por submarino seco es una especulación, y en base a la misma se tomó por buena la declaración de Mesa quien expresó haber escuchado conversaciones de una muerte producida por submarino seco, sin determinar quién sería la víctima. También carece de todo valor el testimonio de Manuel Flores Silva que relata un hecho ocurrido a su padre, quien fugazmente habría tenido la autopsia de la víctima, y en la cual se expresaba que tenía una media en la boca. Tampoco puede tomarse en consideración las declaraciones de Altesor por tratarse de un testigo de oídas, ni las de Pittaluga ni las de Melo.

Se ha probado el suicidio y no el homicidio; menos aún se ha probado la responsabilidad de Dalmao. Se insiste en que pudo colgarse tal como lo evidencian las fotos de autos, lo que pudo llevarse a cabo desde el piso con los brazos elevados o desde la tarima que estaba en el lugar. Y desde el punto de vista psicológico, no se ha podido descartar la posibilidad suicida.

La eventual falta administrativa de dejar un pañuelo en poder de la reclusa no es equivalente a matar, no hallándose en la línea causal del homicidio intencional.

El haberla dejado encerrada bajo llave y luego, la demora en proceder a la apertura de la celda, no tiene carácter ni positivo ni negativo y menos juzgarse según el resultado objetivo acaecido.

Muchas de las contradicciones aludidas se deben al paso del tiempo transcurrido. No puede exigirse a nadie que recuerde con exactitud hechos producidos hace tanto tiempo, máxime el estado emocional y confusional existente entonces, que llevó a que se alterara involuntariamente la escena del hecho, lo que ya no se puede remediar.

No es admisible que como los hechos han transcurrido hace tanto tiempo, la prueba se debe flexibilizar, juzgándose en contra del justiciable, contra la regla de la benignidad y de que la duda favorece al sospechoso, dándose un sentido extensivo a la prueba indiciaria. Al contrario, cuando los hechos han ocurrido hace tanto tiempo, la prueba debe ser más estricta clara e inequívoca.

Solicita la revocatoria de la impugnada y la clausura de las actuaciones.

III.- También en tiempo y forma, el Defensor del co-encausado José Chialanza, Dr. Mikolic, interpuso recursos de reposición y apelación y solicitó la nulidad de las actuaciones, en mérito a los siguientes resumidos términos:

Respecto de la nulidad, se hace hincapié en el tratamiento desigual entre la Defensa y el MP, generando una clara indefensión.

Se solicitó el acceso a las actuaciones presuncionales que consistía no sólo en el examen en la Sede sino también la posibilidad de su retiro en confianza. Esto último no le fue permitido,

debiendo contentarse con la consulta en la baranda del Juzgado, con la incomodidad y dificultades que ello genera, marcándose una desigualdad con el MP, quien contó con las más amplias prerrogativas y disponibilidad física y temporal del expediente.

No se dio cumplimiento a cabalidad con el acceso al expediente durante todo el presuntorio y no se cumplió con el inciso final del art. 113 de la ley 17.773.

Se señala que ello no ocurrió solo durante la etapa presuntoria sino también una vez dictado el auto de procesamiento, autorizándose recién el retiro el 10.11.2010, todos los días, de 13 a 18 hs., y la negativa se fundó por la Actuaría en que también le corría al MP el plazo de apelación, lo que es francamente inaceptable pues se acogió la pretensión fiscal íntegramente y por tanto el MP no tenía razón alguna para apelar.

Se admite que ello fue subsanado pero limitó los días que tenía la Defensa para articular agravios.

Se agravia respecto de la co-autoría imputada la que no fue fundada por el a-quo. Además, la doctrina más destacada ha dicho que para imputar co-autoría primero debe probarse la autoría; debe probarse que la conducta fue determinante para la comisión del delito y debe desmenuzarse la responsabilidad y participación concreta de cada uno de los imputados. En el caso, no nos encontramos con un co-autor, podrá existir otra forma de participación u otro tipo penal pero no co-autoría. Chialanza no participó en ninguna actividad o acto que se relacione con la fallecida hasta la ocurrencia de la muerte. La vio por primera vez cuando ya se hallaba muerta y conoció su nombre en forma posterior a la muerte, entonces mal pudo determinar o prometer encubrir.

No existen elementos probatorios para concluir que nos hallamos frente a un homicidio. Por el contrario, existen elementos probatorios que indican que nos hallamos frente a un suicidio por ahorcamiento tal como lo dictaminó el médico forense de la época y que no fue cuestionado por la tribunal de ética médica. De igual modo, el médico forense actual y de la Sede no descarta la hipótesis de suicidio y tampoco descarta que la fallecida se encontrara arrodillada en la tarima en vez del piso.

Existe una paranoia respecto de la distancia entre el gancho y el piso y no se toma en cuenta que existía una tarima, cuya distancia si bien no fue medida por la Policía Técnica en su momento, ni por asomo es de 1,80 m.

No existen testigos de la muerte de Salbasagaray. Increíblemente el juez se basa en testimonios de oídas; pero aún así, ninguno de ellos sostuvo que su defendido hubiera tenido participación alguna en la muerte de Sabalsagaray por lo que no se comprende la imputación realizada al mismo, violatoria de principios de Derecho Penal.

No puede sostenerse que el homicidio se llevó a cabo con grave sevicia o brutal ferocidad. Basta para descartarlas la foto del rostro de la víctima.

Respecto de los fundamentos del auto de procesamiento, se señala que no se sabe la hora de la detención ni la unidad militar que lo hizo. Tampoco resulta que el operativo de detención fuera diseñado por el jefe del batallón, esto es, el Sr. Chialanza. No existe prueba que la fallecida fuera interrogada ni por la S2 ni por nadie y menos que fuera torturada hasta la muerte. Para llegarse a la conclusión contraria, se toma en cuenta la declaración de Elmar Castiglioni a fs. 3252 vta., que

se trata de una afirmación genérica, que no refiere puntualmente al caso Salbasagaray. Se señalan además contradicciones en las declaraciones de Chialanza (fs. 80., 82 y 506 vta). Sin embargo, se considera que no existe contradicción alguna sino una errónea interpretación. Al decir que "ayudábamos en la captura" se está diciendo que se participaba en los operativos, que son nombre genéricos dados a toda operación militar antisubversiva. A su vez, los operativos podían implicar la actuación de diferentes unidades en diferentes funciones. Prueba de ello, es la OCOA para coordinar los diferentes operativos.

En el batallón no había personal de la OCOA pero ello no es razón suficiente para concluir que las detenciones correspondieran al Batallón de Trasmisiones N° 1. No se tiene conocimiento de quién trajo a la víctima a la unidad. Se controvierten las declaraciones de Julio Neme (fs. 3249) ya que no estaba presente cuando transcurrieron los hechos. La responsabilidad que le cabe al Jefe de la unidad es administrativa, exclusivamente en lo afín a las cuestiones militares y no a los delitos comunes cometidos en la unidad a su mando, bajo riesgo de aplicar una responsabilidad objetiva en el ámbito penal.

La declaración de Selves se halla fuera del objeto del proceso. Tampoco existe prueba objetiva para determinar si Selves se hallaba en el batallón al día siguiente de la muerte de Sabalsagaray puesto que fue un soldado el que lo puso en conocimiento que el día anterior había fallecido la misma.

Su defendido nunca presenció ni toleró apremios físicos, hallándose siempre presente para que no se formaran patotas de bajo nivel. Se reitera que una cosa es interrogar y otra responder a un cuestionario.

La zona donde fue hallada la víctima según la DNPT en el croquis de fs. 11 del acordonado, no tiene valor alguno ya que cuando llegó a la escena ésta había sido alterada y manipulada.

La declaración de Sitkewich (fs. 562) (médico pediatra del Batallón), no es conducente ni decisiva para determinar la hora de la muerte, careciendo de experiencia e idoneidad al respecto.

En cuanto a las declaraciones de Carámbula (fs. 19 y 3503), le alcanzan las tachas de sospecha y no resiste la sana crítica. Es que si existía prohibición de inspeccionar el cuerpo, cómo el testigo lo hizo sin problemas, señalando que se hallaba desnudo y sin mortaja.

Es descabellado que el a-quo cuestione la existencia de la autopsia o los términos en ella consignados.

Los testigos Mesa (fs. 97) y Mello (fs. 192) son de oídas.

Rechaza la imputación a título de dolo eventual, remitiéndose a los dichos de los Defensores de Dalmao; haciendo lo propio con el tema relativo a la prescripción.

Solicita la revocatoria del auto de procesamiento y la clausura de las actuaciones.

IV.- Conferido el respectivo traslado al MP, fue evacuado a 3607-3632, abogando por la confirmatoria.

V.- Resuelto el recurso de reposición, se franquearon las apelaciones para el tribunal de alzada.

Recibidos los autos por este Tribunal, previos los trámites de estilo, se acordó sentencia en legal forma.

CONSIDERANDO:

I.- El Tribunal, con la voluntad coincidente de sus miembros naturales, procederá a la confirmatoria de la sentencia impugnada, por los fundamentos que se expresarán seguidamente.

Consideraciones formales: Nulidad

II.- Por razones de orden, corresponde ingresar primeramente al examen del recurso de nulidad interpuesto por la Defensa del encausado Chialanza.

Dentro de la misma, cabe descartar de plano cualquier vicio relevable luego del auto de procesamiento, puesto que como la propia Defensa lo expresa, operó convalidación (art. 104, CPP), por lo que las expresiones al respecto deben considerarse meramente anecdóticas y, por ende, marginadas de la expresión de agravios.

Respecto de las nulidades pretendidamente operadas durante el presumario, cabe tener presente:

1.- A pesar de haber sido citado como testigo, el Sr. Chialanza declara el 20.2.2006 en presencia del MP y del Dr. Germán Amondarain, según resulta de la actuación cumplida a fs. 80-82.

2.- Por aplicación de la misma ley en que se pretende fundar la nulidad (ley 17.773), es de observar que desde septiembre de 2005 estos autos habían cesado en su carácter de reservados, sin que la Sala advierta resolución fundada en contrario de parte del a-quo y para diligencias en especial.

3.- El 23.2.2010 se intima al Sr. Chialanza la designación de Defensor, recayendo el nombramiento en quien ya había comparecido a la audiencia de septiembre de 2005 además de designar a la Dra. Figueredo (fs. 505).

4.- En la fecha precitada, presta declaración en presencia de la Defensa, quien además actuó formulando preguntas a su defendido (fs. 506-513).

Corresponde señalar que a esa altura, con el estatuto de indagado sobre sí, no se formula por la Defensa ninguna reclamación en cuanto a la *“imposibilidad de acceso al expediente”*.

Por su mérito cabe colegir, lógica y razonablemente, que la referida tuvo acceso a las actuaciones cumplidas hasta el momento, entre las que contaba plurales declaraciones testimoniales, la respuesta a la declaración por informe de Dalmao, la autopsia histórica, la autopsia psicológica y la declaración técnica del médico forense de la sede a-quo, Dr. Medero..

5.- Desde el momento que el co-encausado Chialanza declarara como indagado, fue notificada a su Defensa las plurales audiencias y diligencias realizadas, asistiendo la misma a todas ellas (vide: mandato verbal y fijación de audiencia a fs. 3188, notificado al impugnante a fs. 3191 y audiencias de fs. 3193, 3195 y 3197; diligencia ordenada por mandato verbal a fs. 3201 vta., notificación de fs. 3204 y acta de fs. 3213; providencia N° 276 de 20.7.2010 a fs. 3221, notificación a fs. 3232 y audiencias a fs. 3243, 3245, 3248, 3252, 3255, 3248, 3268, 3270).

6.- Deducida la requisitoria fiscal (fs. 3277 a fs. 3296), por providencia 416 de 13.10.2010 se convocó a ambos encausados a la audiencia del art. 126 del CPP que se celebraría el día 28 de octubre, de lo que se notificó al impugnante con fecha **14.10** (fs. 3298).

7.- Luego de incidencias por cambio de Defensa del co-encausado Dalmao y de otras solicitudes que la nueva realizara, recayó la providencia 420 de **21.10.10** que -en lo que al punto interesa- **dispuso que se entregara a la Defensa de cada indagado de testimonio de la requisitoria fiscal y que el expediente permanecería en la Oficina a los efectos de ser examinado por las referidas. Ello fue notificado a la novel Defensa de Chialanza con fecha 22.10.2010 (fs. 3215).**

8.- El Dr. Mikolic, novel Defensor del Sr. Chialanza, con fecha 28.10.2010 presenta escrito analizando la requisitoria fiscal desde el punto de vista sustantivo, solicitando la clausura del proceso y archivo de las actuaciones, sin detenerse a sostener que sus derechos procesales se hubieran visto retaceados por alguna razón.

9.- El Juez a-quo, previo a resolver sobre la situación de Chialanza, dispuso de una nueva medida instructoria consistente en la recepción de declaraciones (fs. 3368), lo que fue notificada a la Defensa impugnante (fs. 3368 vta.), la que controló asistiendo al desarrollo de las respectivas audiencias (fs. 3503-3509 y 3514-3514 vta.), y hasta -con esmero defensivo- presentó escrito **“de tacha”** respecto de uno de los declarantes (fs. 3510-3513).

10.- Cumplido el art. 126 del CPP respecto del Sr. Dalmao, se llamó para resolución, lo que fue notificado de manera personal a la Defensa impugnante (fs. 3521), para después, con fecha 8.11.2010, recaer la que ahora se arguye de nulidad.

11.- Las piezas del presente expediente señaladas con los números 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10 y parte del 11, esto es, desde fs. 601 a fs. 3186, contiene los legajos personales de los encausados y de otros integrantes del personal superior, que nada aportan a cómo acaecieron los hechos de autos. Entonces, referimos a más de 2.500 fojas que nada aportan sobre el hecho investigado y que sólo sirven para conferir “volumen excesivo” a la causa.

De cuanto viene de exponerse, no se advierte retaceo alguno en el derecho de Defensa de parte del encausado Chialanza, sino que, antes bien, una prolija y pulida salvaguarda de su posición procesal, a punto que llegó a declarar como testigo asistido con la presencia de Defensor, lo que a criterio de la redactora es a todas luces inadmisibile.

A tal punto ello es cierto, que en las sucesivas presentaciones que hizo la Defensa en pro de su defendido, jamás alegó siquiera mínimamente retaceo alguno en sus derechos.

III.- Vale decir que si el MP posee las atribuciones de estudiar el expediente en su despacho y en una cantidad de días pre-establecidos, ello no lo es por la voluntad del concreto juez interviniente en primera instancia ni por la voluntad de quienes suscriben la presente.

Tal forma de proceder por parte del MP, se sustenta suficientemente en un estricto marco legal conformado –a los efectos que interesan al caso- por la ley N° 9594, el CPP y el CGP. Se forma así el estatuto de actuación del MP en la etapa presumarial, el que atiende para su regulación a la consideración del carácter público del acusador y principalmente, a su ajenidad o extraneidad respecto de los hechos objeto del proceso, esto es, su ignorancia respecto de los hechos presuntamente delictivos y los pesados poderes-deberes que recaen sobre sí de manera imprescindible para el inicio del proceso penal y, en su caso, su conclusión (v.gr. obtención de la prueba de cargo).

IV.- A criterio de la Sala, lo actuado infolios no colide con la ley N° 17.773.

Es que la Defensa pretende, sin decirlo explícitamente, dar a dicha ley una significación más innovadora de lo que realmente tiene al postular que el MP y la Defensa actúen durante el presumario con igualdad de “armas”, de suerte tal que cada juez y en los individuales procesos actuaría como legislador a tales efectos, lo que no puede ser admisible.

A entendimiento de la Sala, la principal innovación que corresponde reconocer a la ley 17.773 fue la de establecer, preceptivamente, la recepción de la declaración del indagado asistido de Defensor desde la primera declaración, sellando así las discusiones que a nivel práctico judicial se venían suscitando desde la ratificación de la Convención Americana sobre Derechos

Humanos en punto a cuándo podía ingresar el abogado en audiencia presumarial, y evitando para el futuro situaciones ambivalentes y fundadas en la mera discrecionalidad judicial.

A su vez, reguló el ámbito de intervención de dicho curial en cuanto a las facultades probatorias y el acceso a las actuaciones; delimitó también la reserva presumarial, colocando topes absolutos a la misma; y finalmente, en cuanto al inciso final, el “velar” judicial en punto a la igualdad entre MP y Defensa que expresa el legislador y a cuyo respecto hace hincapié la Defensa, interpretado por la Sala en el sentido de poner “mayor cuidado” por parte del juez instructor para obtener una razonable equivalencia en las posiciones de ambos, sólo puede exigirse su desarrollado en la medida que las coordenadas del ordenamiento jurídico así lo autorice.

En el caso, tal como fue reseñado en el Considerando II, el Juez a-quo, con creces, ha resguardado suficientemente la posición de los indagados, por lo que no procede detenerse más en el aspecto.

Consideraciones sustanciales

V.- Corresponde recordar que el auto de procesamiento, ubicado en los prolegómenos del proceso penal, se sustenta suficientemente con la constancia del hecho delictivo y la existencia de elementos de convicción suficientes de que el indagado tuvo participación en el mismo (art. 125, CPP), correspondiendo a las etapas procesales que se instalan de aquí en más la discusión respecto de aspectos sustanciales a cuyo respecto deberá pronunciarse la Sede en sentencia definitiva.

Por demás, su esencia provisional y, por ende, la no causación de estado y la reforma de oficio (art. 132, ejusdem), determina que aspectos de mérito referidos a la precisa calificación jurídica, las alteratorias concurrentes, el grado de participación, el concurso delictivo, etc. queden marginadas de esta etapa, reservándose para su propio momento, cual es el del plenario.

Si en el caso concreto se ingresa a algunos de los agravios en tal sentido, lo será a los solos efectos de considerar al agravio referente a la prescripción deducido por ambas Defensas, que atendido el tenor del art. 124 del CP en principio debe ser despejado en cualquier momento.

Por virtud de lo expuesto, es de tener presente que las manifestaciones que se habrán de realizar poseen carácter provisional, sin importar prejuizamiento y admisibles de revisión ulterior.

En otro orden, cabe dejar asentado de manera expresa que la Sala repudia, categórica y enfáticamente, la “*flexibilización probatoria*” a que refiere la Defensa en su expresión de agravios.

Por el contrario, el módulo probatorio exigible ya fue expresado en el primer párrafo del presente Considerando, y habrá de regirse, como en todos los casos penales -y salvo norma expresa en contrario- por las valoraciones conforme a las reglas de la lógica, de la experiencia y del correcto entendimiento humano, que conforman la sana crítica judicial referida en el art. 174 del CPP.

Justamente, será en mérito a la valoración por la sana crítica que la prueba reunida en autos debe ser **contextualizada** debidamente, teniendo presente el marco histórico en que acaecieron los hechos y los sujetos que vertieron luego los elementos para entamar la “historia oficial” de “autoeliminación”, según surge del expediente agregado e individualizado como P 221/87, caratulado *Supremo Tribunal Militar remite sumario instruido “Suicidio. Nibia Gloria Sabalsagaray Curutchet. Batallón de Transmisiones N° 1. Clausura”*.

Debe tenerse presente por demás, que dicho marco histórico viene siendo enriquecido progresivamente desde la creación de la “Comisión para la Paz” bajo el gobierno del Dr. Jorge Battle, en cuanto a dar a conocer las particularidades operativas del aparato represivo de entonces contra lo que se daba en denominar “operaciones subversivas” (detenciones; interrogatorios; actividad de inteligencia, etc.); información toda ella que ha pasado a constituir parte del **acervo de nuestra comunidad**, configurándose lo que se ha denominado “**hechos notorios**” (VIERA, “*Curso de Derecho Procesal*”, T. II, IUDP, F de D, 1974, p. 87-88).

Entonces, las pruebas allegadas a la causa deben ser valoradas con este telón de fondo, que configura propiamente la aplicación de las reglas de la sana crítica (art. 174 citado), recreándose así con la mayor justeza posible lo que constituye el objeto del presente proceso.

Tampoco puede perderse de vista que los sujetos que sentaron las bases para la hipótesis judicial de suicidio, son justamente los indagados en autos, y que los mismos actuaron bajo el manto y favorecidos por la oscuridad del sistema represivo imperante.

Finalmente, en esta hora tampoco puede aceptarse la tesitura de la Defensa que pretende aislar los indicios, fragmentando o pulverizando la prueba indebidamente, como forma de vaciar la fuerza convictiva que surge del análisis de su conjunto, de su unidad (art. 140, CGP; art. 5 y 6, CPP).

VI.- Constancia del hecho delictivo.

La Sala comparte con el a-quo que asistimos a un caso de homicidio y no de suicidio, como insistentemente ha manifestado la Defensa en base a elementos que provienen del expediente militar agregado por cuerda y que, a criterio de la Sala, su poder convictivo se ha licuado a lo largo de la instrucción.

Y también se comparte con el a-quo que dicho homicidio tuvo lugar durante el interrogatorio llevado a cabo luego de su detención, en el que por lo menos se ejerció violencia física sobre Sabalsagaray..

VII.- Conforme al protocolo de autopsia de 1.7.974 suscrito por el Dr. Mautone (fs. 21) y agregado recién al expediente militar con fecha 23 de idéntico mes y año (nota de cargo de fs. 21 vta.) (vide: causa agregada por cordón), se expresa como causa de la muerte “la asfixia por suspensión (ahorcadura)”;

lo que ya había sido consignado en el certificado de defunción de 29.6.74 (fs. 16 y 20).

El Dr. Mautone al declarar ante la Comisión Nacional de Ética Médica del SMU, expresó que no afirmó que el caso de Sabalsagaray se pudiera tratar de un suicidio o de un homicidio (fs. 37)

Por otra parte, el **médico forense de la Sede a-quo, Dr. Domingo Mederos**, destaca que en el protocolo autopsico referido anteriormente “no consta el examen interno del cuello”, señalando que es incompleto, sin aportar elementos “...concluyentes para determinar la muerte por ahorcamiento ni para descartarla”. Agrega además el médico forense que de la fotografía N° 3 del expediente militar “...se observa un surco amplio, poco profundo y poco marcado que sería compatible con un lazo no agresivo del tipo pañuelo o toallón o incluso un cinturón de bata (fs. 78-79 y fs. 3197-3198 vta.).

La **autopsia histórica** realizada por la Junta designada por el Magistrado instructor y conformada por los Dres. Arias, Rodríguez y la Ps. López, personas estas con suficiente idoneidad en la materia, que no fueron tachados oportunamente y que elaboraron su dictamen con expresa mención de los elementos tenidos en cuenta para arribar al mismo. La Junta señala respecto a la autopsia practicada por el Dr. Mautone: la ausencia de un registro fotográfico y que “...el examen interno del cuerpo “si bien da cuenta de elementos inespecíficos compatibles con asfixia por ahorcamiento (dilatación auricular derecha y congestión pulmonar), se describen otras lesiones, a saber: “pequeños focos de hemorragia y congestión a nivel de la región tiroidea”... que corresponde a una topografía bastante alejada del surco y no corresponde a un estigma de una eventual compresión de cuello por un lazo suparahioideo, sino a una violencia ejercida sobre el cuello distinta del ahorcamiento” (fs. 137-143, especialmente fs. 140; el subrayado no corresponde al original).

El **Dr. Carámbula**, entonces estudiante avanzado de medicina (pendiente una materia para el egreso), realizó un examen furtivo del cuerpo de la occisa antes de su entierro y ello por cuanto existía “...orden de la Fuerzas Armadas que no se podía abrir el cajón...” y la familia no tuvo acceso a galeno alguno que se animara a desconocer tal orden realizando una autopsia a su petición.

En tal marco, el Dr. Carámbula pudo constatar que la Sra. Sabalsagaray “...tenía una herida erosiva en el cuello, era un surco no preciso, era claramente visible, ...una lesión erosiva no hundida...”. Apreció igualmente lesiones en el cuerpo, típico producto de golpes (moretones extendidos), de los cuales no consta mención alguna en la autopsia (fs. 19 a 21).

Asimismo, Carámbula negó enfáticamente la existencia de la típica señal del examen autopsico en el cuello, tanto a nivel supra o infra hioides (fs. 3503).

Finalmente, de manera coincidente con la autopsia histórica, señaló que el estigma del ahorcamiento es suprahioides (fs. 3503 cit.).

A esta altura, atendida falta de respaldo suficiente de la autopsia con otros registros (fotografías), las falencias y las inconsistencias que advierten los profesionales declarantes en autos de manera “in continente”, esto es, de la propia lectura del protocolo de autopsia, puede sostenerse fundadamente que el estudio necrósico es altamente probable que no fuera realizado; máxime que tal afirmación se formula en relación a un profesional cuya ética fue severamente cuestionado por su funcionalidad a los intereses del sistema represivo entonces existente.

VIII.- A contrario de lo que postula la Defensa, no existe una “*paranoia*” judicial en punto a la altura donde se había colocado el pañuelo para el pretendido suicidio y el lugar donde fue hallado el cuerpo.

Por el contrario, se pretende por parte del sistema judicial la reconstrucción de los hechos en base a los elementos obrantes en la causa y que derivan a su vez de los carceleros de la occisa.

En primer lugar corresponde atender el lugar en donde fue encontrado el cuerpo según el croquis de fs. 11 y la fotografía N° 1 del expediente militar agregado; material este seguramente elaborado en base a las manifestaciones de Dalmao puesto que fue quien encontró el cuerpo (fs. 2 y declaración de fs. 5 vta.-6, exp. militar). Y en la Sede a-quo corroboró ello al afirmar: “Yo la vi dos veces. La primera a través de la mirilla, ahí salí con los gritos que proferí, y cuando se abrió la puerta...yo la vi que estaba casi con los pies al suelo, una posición de las pantorillas como recogidas hacia arriba, como si se fuera hincando...” (fs. 549 vta.) Y reitera a fs. 550 vta., “...Estaba colgada con la punta de los pies casi llegando al piso. Yo la vi dos veces, la veo por la mirilla y después cuando se abre la puerta con el jefe...”

Esta posición que señala el co-encausado Dalmao jamás pudo haberse dado si referimos a auto eliminación.

Como lo explica la autopsia histórica (fs. 139) y el Dr. Mederos (fs. 3197.3198 vta.), es materialmente imposible que el cadáver de Sabalsagaray -de aproximadamente en poco superior al metro con sesenta centímetros de altura- fuera hallado en suspensión incompleta de un pañuelo de seda normal, el que a su vez se hallaba atado a un gancho que pendía a un metro ochenta centímetros desde el suelo.

Frente a esta contundencia probatoria, que desmorona la lógica de una determinada explicación, no puede pretenderse luego cambiar la versión para referir a que hubo confusión y que realmente no llegaba al suelo sino a la tarima allí existente, o que no se tuvo una visión completa por la mirilla, o que no fue hallado el cuerpo por quien por años así lo había indicado.

Es de agregar que la hipótesis de “autoeliminación” ya entonces había llamado la atención del Comandante de la Compañía de Aprendices de la Escuela de Trasmisiones, Sr. Bentancor. Véase que éste cuando tuvo conocimiento del hecho preguntó “...cómo podía ser que se hubiera ahorcado si los detenidos no pueden tener ningún elemento para auto eliminarse...”, sin saber más nada y sin volver a tocar el tema aunque no se le había prohibido hablar del mismo porque percibió “...que había un ambiente de manto de olvido...” (fs. 3258-3258 vta.).

A todo ello debe sumarse que mientras Dalmao sostiene que vio a Sabalsagaray ya sin vida, el co-encausado Chialanza, que concurrió al lugar ante la noticia de lo acontecido, expresa haber sido “testigo presencial de la muerte”, que alcanzó “...a ver las manos y los pies que se iban...” (fs. 81), la recostó sobre la tarima y llamó al médico.

Ahora. **El Dr. Sitkewich**, galeno que fuera llamado en el momento, al concurrir al la sala de disciplina donde se hallaba privada de libertad Sabalsagaray, se encontró “...con el cuerpo de una mujer de cubito dorsal, acostada, evidentemente fallecida desde hace un tiempo, es decir, estaba fría, con dilatación pupilar, muy claramente fallecida...” “Recuerdo que estaba fría, yo diría que llevaba horas de fallecida, ...por lo menos dos horas de fallecida”. Ubica su presencia en el lugar entre las 11.30 y las 12.00 (fs. 562-562 vta.; el subrayado corresponde al Tribunal).

Por mérito de todo ello, no sólo el hecho no acaeció como lo expresó Dalmao, (surgiendo también evidentes las contradicciones entre éste y Chialanza), sino que también uno y otro ven enervado su relato en punto a las circunstancias temporales por el testimonio de Sitkewich.

IX.- La hipótesis de suicidio tampoco se ve avalada por la **autopsia psicológica** de fs. 156-160.

La referida dictamina que la occisa era una joven vital, pujante, optimista, expresiva y sociable, todo lo cual la colocaban en las antípodas de la autoeliminación.

A ello cabe agregar que muy recientemente se había titulado como profesora de literatura, poseía una fuerte contención afectiva y un ideario político-social –más allá que se compartiera o no- por el que luchar y con conciencia que dicha lucha importaba entonces ínsitamente riesgos a sobrellevar

En este sentido el informe expresa: “Su condición de militante comunista, profundamente convencida de la significación y validez de sus ideales,...constituye también una muestra de su vitalidad y confianza. El hecho que pudiera ser detenida representaba una eventualidad cierta, temida sí pero vivenciada como un capítulo más de la militancia. Se trataba de una instancia dura, difícil pero superable, dado que era un hecho común, esperable pero de él se entraba y se salía...” (fs. 160).

Esta afirmación contenida en la autopsia psicológica se ve corroborada por la cercana experiencia vivida respecto de quien entonces era su pareja, Sr. Lorenzo. Cabe tener presente que el mismo fue detenido y liberado sin pasar por el Juzgado, a lo que debe aunarse el propio conocimiento de que ella estaba siendo buscada por las fuerzas represivas (“estuvieron los muchachos”), y la aceptación de los riesgos que su militancia política importaba demostrado por negativa de viajar a Paysandú junto con Lorenzo o de pasar la noche en otro lugar que no fuera su domicilio (fs. 22-23).

X.- No puede hacerse a un lado en esta valoración probatoria la circunstancia de que las detenciones en unidades militares eran llevadas a cabo en aquel tiempo bajo condiciones de aislamiento, de estricto secreto, con estrecha vigilancia, al margen de cualquier contralor de la familia, de un abogado o del juez, sin constancia o registro de ingreso, la causa de ello y el lugar de detención; y los interrogatorios que seguían a las detenciones estaban pautados por la violencia física o psicológica, conformando todo ello para el detenido condiciones extremas de vulnerabilidad.

Plurales testimonios de autos dan cuenta de ello (v. fs. 97; fs. 185 vta; fs. 186 vta; fs. 193; fs. 554), sin perjuicio de lo que se ha conocido a través relatos históricos que han salido a luz a pesar del paso inexorable del tiempo.

Entonces, una joven militante detenida y encapuchada, puesta en una sala de aislamiento del cuartel, bajo la vigilancia ininterrumpida de la guardia, resulta para la Sala ingenuo y hasta pueril sostener que se ahorcó con un pañuelo de seda que por error se le permitió permanecer consigo.

Por virtud de ello es que adquieren relevancia las **declaraciones de Mesa y de Pittaluga**. Si bien no se desconoce que los mencionados son testigos de oídas, resulta que lo declarado por

los mismos se nutre con otras probanzas concordantes de autos en idéntico sentido, habilitándose entonces su eficacia convictiva.

Por un lado Mesa declara a fs. 97, "...uno de nuestros entretenimientos era escuchar lo que conversaban los guardias y la conversación giraba alrededor de la una muerte que se había producido en el cuartel. No recuerdo palabras exactas pero lo que me quedó es que había muerto en lo que llamaban "submarino seco"...Pocos días después, cuando recuperamos la comunicación con el mundo nos enteramos de la muerte de Nibia Sabalsagaray...".

Por otro lado, Pittaluga declara: "...cuando hubo cambio guardia en los vagones, entran de guardia dos soldados. Uno de ellos era de los más accesibles, que habitualmente conversaba con nosotros y nos sacaba la capucha para hablar con él. A este soldado lo encaramos, porque era obvio que algo grande había pasado en el cuartel y nos contestó "al cabezón Dalmao se le fue la mano y mataron a una compañera de uds." ..." (fs. 186).

XI.- Participación de Dalmao.

A criterio de la Sala, existen elementos de convicción suficientes sobre la participación del encausado Dalmao en el hecho objeto de investigación judicial.

Si bien es cierto que en aquella época el Sr. Dalmao era un joven de 23 años que revistaba con el grado de Alférez, no puede perderse de vista que se hallaba encargado interinamente de la Oficina S 2 por virtud de la separación en el cargo de su Jefe, el Capitán Segnini (declaración de Chialanza a fs. 507 que expresa que Dalmao suplía a Segnini; Dalmao a fs. 551).

Entonces, no corresponde hacer hincapié en que por la juventud y por su grado el encausado Dalmao no tenía participación directa en las operaciones de lucha antisubversiva. Ha quedado probada la encargatura que llevaba a cabo de la S 2 por separación del cargo de su titular, situación esta que primaba por sobre su calidad de "joven Alférez" (fs. 512). Como sostiene Chialanza a fs. 511 vta., Dalmao "...no era cualquier oficial, era el sustituto del S 2; los que podían hablar con los prisioneros eran los del S 2 o los Jueces...". A tal punto ello es así, que el informe dando cuenta de la muerte de la joven Sabalsagaray se firma por Dalmao en calidad de **"OFICIAL S-2 acc."** (fs. 2, expediente militar agregado pro cuerda)

El S 2 coordinaba con la OCOA la realización de las operaciones antisubversivas, conforme surge de las declaraciones de Chialanza a fs. 509 vta, de Silva Pérez a fs. 524 y de Neme Azziz a fs. 3249). A su vez, tenía a su cargo la custodia así como los interrogatorios de las personas detenidas en el Batallón de Transmisiones por su presunta vinculación con actividades subversivas, tal como se desprende de las declaraciones de Chialanza a fs. 509 vta, de Fernández Torres a fs. 533 vta-534, de Rocha Pereira a fs. 542 vta. y de Castiglioni Barrios a fs. 3253 vta.

Sin perjuicio de ello, corresponde hacer notar que la participación de Dalmao en los interrogatorios surge de las declaraciones de Pittaluga a fs. 187, de Selves a fs. 558 vta y de Cuello Pellegrino a fs. 3256 vta.

El día que fallece Nibia Sabalsagaray, el encausado Dalmao no sólo se encontraba en la Unidad sino que también admite (luego que en su primera declaración ante este Juzgado expresara increíblemente que tomó conocimiento del hecho por información que circuló) haber sido el primero que encuentra el cuerpo de la referida, dentro del calabozo (fs. 548-552 vta.).

Y es de destacar que según informe que elevara al Segundo Jefe del Batallón en la misma fecha, su recorrida por los calabozos era con intención de "...hablar con la detenida Nibia Sabalsagaray Curuchet..." (fs. 2, del expediente militar agregado por cuerda).

Con el transcurso de los años, primeramente al declarar por exhorto el Sr. Dalmao no hace referencia a este periplo (fs. 109-110). Sin embargo, ya en sede judicial, puesto de manifiesto su propia versión de 29.6.974 y que fue cabeza del expediente militar, Dalmao pretende restarle toda trascendencia al interrogatorio que iba a someter a Sabalsagaray, expresando que concurrió al lugar para la confección del "parte diario" (fs. 550 vta), "...La fui a buscar para las impresiones dactiloscópicas, las fotografías y todo..." (fs. 550).

Demás se halla en decir que la jurisprudencia tiene firmemente admitido, con el aval de prestigiosa doctrina, que las modificaciones en las declaraciones de parte del indagado en aspectos que son fundamentales, tal como acontece infolios, dan cuenta de manifestaciones insinceras, revestidas de mendacidad, valbraciones judiciales que la Sala comparte y que hace suyas en la presente.

No se oculta al Tribunal que estas expresiones del encausado Dalmao, intentando restar toda trascendencia a su participación, se inscriben en el legítimo ejercicio del su derecho de defensa material. Sin embargo, ello no quiere decir que la Sala pueda considerarse satisfecha desde el plano convictivo con expresiones tan cambiantes y en hora de prestar una explicación, ante la contundencia de ser la persona que encontró el cuerpo de la víctima, se opta por brindar la de mayor futilidad.

En efecto. En la instancia de detención por la que atravesaba Sabalsagaray, pauta por la ausencia de registro sobre la persona de los detenidos y la concreta causa por la que habían sido privados de libertad; etapa en la cual los detenidos "...pasaban a una sala de disciplina donde quedaban aislados hasta que pasara al juez sumariante si daba mérito y sino se iba para la casa..." Chialanza a fs. 3366), los "datos" que dice Dalmao que pretendía obtener de la detenida no debían ser precisamente los referidos por él mismo sino que se enmarcarían en el mérito por el cual había sido detenida la Sra. Sabalsagaray.

Queda en evidencia también la falta de sinceridad del encausado cuando manifiesta sobre su cometido de recabar datos de individualización de la detenida pero no llevaba la llave para abrir la respectiva celda (fs. 549 vta.); además de nunca haber concretado el lugar para la recepción de tales datos puesto que las impresiones dactilares y las fotografías requieren de por lo menos una mínima infraestructura.

De cuanto viene de analizarse, a criterio de la Sala, puede sostenerse razonablemente que **el encausado Dalmao, en su calidad de Oficial S 2, cumpliendo con la misión que de suyo le**

correspondía cual era la de interrogatorio de los detenidos en la lucha contra la subversión, interrogó a Sabalsagaray y se sirvió de la violencia para obtener la información que requería, sobreviniendo la muerte de la referida en tales circunstancias.

En tal aspecto, no puede hacerse a un lado que el comentario que circulaba en la unidad era que "...al cabezón Dalmao se le fue la mano...y...mataron a una compañera de Uds...." (Pittaluga a fs. 186); expresión esta que es ciertamente "de oídas" pero es conteste con el marco de desarrollo de los hechos; la ubicación funcional de Dalmao dentro del batallón; la muerte sobrevinida; la necesidad de amañar una verdad para darle la figura de suicidio y hasta puede resultar explicativa de la discusión entre Araújo y Dalmao según testimonio de fs. 193.

Todo cuanto se ha dicho ubica al encausado fácilmente en la figura de co-autor, ingresando sobradamente en la hipótesis del num. 3º o 4º del art. 61 del CP, excediendo el ámbito de la presente ingresar en mayores precisiones, tal como fuera expresado supra.

XII.- Participación de Chialanza

El encausado Chialanza, que por aquella época revestía la calidad de Teniente Coronel, era el Jefe del Batallón de Transmisiones Nº 1 y Director del Servicio de Transmisiones del Ejército, era "...el Comandante de todos los efectivos..." (fs. 506-506 vta.).

Ha quedado hartamente probado en autos y así fue consignado en esta sentencia, que en dicho Batallón se hallaban personas detenidas por su presunta vinculación a operaciones subversivas y a su respecto se llevaban a cabo interrogatorios con métodos crueles, inhumanos y degradantes.

También, como ya fuera expresado, la custodia de los prisioneros y el interrogatorio a los mismos era llevado a cabo por la S 2, que actuaba –según las propias expresiones de Chialanza- "...totalmente al mando de los jefes de la unidad..." (fs. 510 vta. in fine-511 supra), agregando el referido "...no se podía interrogar a nadie si no estaba yo o alguno de los otros Jefes presentes..." (fs. 507 vta).

Además, el encausado Chialanza admitió que los detenidos se hallaban en su unidad "en depósito" de la OCOA (fs. 80), a cuyo respecto se les había pedido que guardara "secreto" (fs. 82).

Si lo expuesto se aprecia en el marco de que Chialanza pretendió avalar el insostenible "suicidio", refiriendo que fue "testigo presencial", que observó cuando "sus manos y sus pies se iban", en contradicción con Dalmao que refiere a que ya la vio muerta. Agrega Chialanza que al intentar quitarle el nudo se le causó en la cara una pequeña herida con la bayoneta (que no se avala por ningún otro elemento), que la recostó sobre la tarima de la celda y que ordenó llamar al

médico. Este galeno refiere que al examinar a la occisa ya llevaba varios horas de muerte (fs. 80-81; Considerando VIII de la presente). Y finalmente Chialanza afirma haber ordenado clausura la sala, que no se tocara nada, como forma de preservar la escena de la muerte violenta, dando cuenta a las autoridades para la instrucción del expediente por suicidio (fs.81).

Entonces, el encausado Chialanza, Jefe del Batallón donde se llevaban a cabo las detenciones y los interrogatorios, colocándose por sí mismo como presente en ellos, con deber de guardar secreto, aparece como el sujeto que ex ante promete encubrir los posibles excesos en que se pudiera incurrir en el decurso de tales operaciones, que por lógica cabe señalar que las coordinadas estaban dadas para su ocurrencia. Por su mérito, su conducta, prima facie, encarta plásticamente en el num. 2º del art. 61 del CP; significando que ello se avala por su propia conducta una vez conocida la muerte y sus expresiones machaconamente insistentes en marcar una escena de suicidio, que no aconteció.

El Tribunal, no habrá de considerar el agravio relativo a que si no existe autor no puede existir co-autor. Se trata tal afirmación de un error de derecho de la Defensa, que seguramente incurrió apremiada por los tiempos para apelar, pero que carece de todo asidero jurídico.

XIII.- Dolo eventual

Como fuera expresado en el correr de esta sentencia, la causa de la muerte de Nibia Sabalsagaray fue la de homicidio especialmente agravado por la grave sevicia y de conformidad con el num. 1º del art. 312 del CP.

Concretamente, tuvo lugar durante un interrogatorio, en el que la víctima fue sometida a apremios, y dentro los que se destaca la compresión del cuello -sea mediante "submarino seco" o sea mediante otro procedimiento que importara compresión del cuello a nivel hioideo y por parte del o los interrogadores- causante de la ahorcadura y que devino en la causa de la muerte, según se desprende del certificado de defunción que obra en el expediente militar agregado.

Las Defensas intentan afanosamente demostrar que el hecho ingresa en el ámbito de la muerte ultraintencional, a efectos a su vez de ser amparados en la prescripción del ilícito.

Tal postura no es compartida por la Sala.

La diferencia entre el dolo eventual y la ultraintención radica que en el primero existe previsión efectiva del resultado que, no querido por el agente, es aceptado por el agente como probable o posible, de forma que la representación del evento dañoso no hace desistir al sujeto de su conducta sino que persiste en la misma a pesar de lo representado y, por su mérito, se lo califica de egoísta y de indiferente. En la ultraintención, existe una intención originaria de lesionar, sin

embargo, el resultado más dañoso, aunque previsible no fue previsto, sobrepuja la intencionalidad inicial, al punto de que se refiere que existe dolo en la base y culpa en el ápice.

JIMENEZ DE ASÚA refiriéndose a la culpa, enseña: "...En la culpa típica lo que hay es la posibilidad de la representación del resultado y en el dolo eventual la representación de la posibilidad del resultado..."; en la primera hay una mera posibilidad, en la segunda una representación (caso N° 155, ADP, T. 19, p. 338).

El art. 18 del CP en su párrafo tercero expresa que "El resultado que no se quiso, pero que se previó, se considera intencional..."; e IRURETA GOYENA en su comentario manifiesta que "se caracteriza por la volición del hecho y la aceptación implícita de los resultados cualquiera que ellos fueran...". Por ende, en el dolo eventual las consecuencias probables y que fueron previstas resultan indiferentes al autor puesto que ante su presencia no renuncia en su obrar, actuando egoísta e indiferentemente.

Pues bien.

A criterio de la Sala, no existiendo confesión de parte debe desentrañarse la real intención del sujeto de acuerdo a otros parámetros existentes en autos. Y conforme a los mismos, es dable sostener que **quien durante una sesión de interrogatorio militar en el cual se emplea violencia física, ejerce una fuerza de compresión en la zona del cuello a nivel hioideo (en ese marco vital), hubo lógica y razonablemente de representarse cabalmente la probabilidad que deviniera la ahorcadura como causa de la muerte, y no obstante tal representación, el sujeto no cesó en su acción, produciéndose luego el resultado no querido pero sí representado como probable, configurándose por ende un homicidio a título de dolo eventual; y todo ello máxime si referimos a sujetos que no eran improvisados sino militares que ejercían funciones de interrogadores.**

XIV.- Prescripción

Entonces, afirmando que nos hallamos frente a un delito de homicidio muy especialmente agravado, el plazo de prescripción es de veinte años y de conformidad con el num. 1º literal a) del art. 117 del CP.

Por otra parte, el período que corrió hasta 1.3.1985, momento de restauración del sistema democrático en el país, no debe ser computado, y ello no por aplicación de una regla civilista como expresa la Defensa, sino por aplicación de un **principio general de derecho** en relación de que "*al justamente impedido no le corre término*", según ya fundamentara esta Sala en sentencia interlocutoria N° 106/2006, a la que se remite para evitar inútiles reiteraciones.

Asimismo., se comparte con el a-quo la elevación del término de prescripción en un tercio, teniéndose presente que respecto de los homicidas la ley ordena atender a la gravedad del hecho en sí mismo y la naturaleza de los móviles (art. 123, CP), lo que importa realizar un juicio atendiendo a los elementos existentes a la fecha de comisión del hecho.

Como sostuvo la SCJ en sentencia N° 1501/11, con cita de BAYARDO la peligrosidad refiere a la "...situación de estado de una persona que haya cometido un hecho previsto por la ley como delito, o que haya realizado una conducta que ha sido prevista expresamente en la ley penal – bien que sin ser delito- bajo el influjo de condiciones de cuyo estado es probable que recaiga en la actividad delictuosa, o la realice en el futuro...." (Tratado..., T. III, p. 170).

Y continúa la SCJ, "En lo que hace al concepto de peligrosidad, IRURETA GOYENA indicó que "...el acto no significa más que la manifestación de la actividad del agente, en un momento psicológico concreto, productora de un determinado daño o riesgo, objetivamente considerado..." "...El elemento físico del delito –resume Florián- no tiene un significado por sí mismo, autónomo, sino que debe entenderse más modestamente como signo y manifestación de la personalidad y de la peligrosidad del delincuente, en función de tal. El delito es un hecho que revela al hombre, dentro del hecho se encuentra el hombre" (JIMENEZ DE ASUA; T. III, p. 352 y ss).

Como ha sostenido el TAP de 2º Turno en plurales pronunciamientos, respecto del homicidio y a los efectos de elevar el término de prescripción la ley ordena atender a la **gravedad del hecho y la naturaleza de los móviles**, puesto que conjuntamente con la categoría de los delincuentes reincidentes y de los habituales conforman una especie que por virtud del daño producido a nivel social por el o los hechos reprochados y en base a parámetros que la ley se encarga de establecer, se entiende que la posibilidad de enjuiciamiento penal debe ser elevada. Y tratándose de homicidas, se debe atender al hecho histórico cometido y la potencialidad peligrosa que adquiera el sujeto en el mismo contexto histórico.

En el caso que nos ocupa, el homicidio tenido lugar durante una sesión de interrogatorio, sometiendo a la detenida a actos de violencia física hasta su muerte, y luego el intento de amañar la prueba, sirviéndose de las particularidades políticas de entonces y que pautaban la vida social en donde imperaba el secreto, el miedo, y la represión, evidencia, a entendimiento de la Sala, que se dan las condicionantes para la elevación del término por cuanto referimos a hechos de inusitada gravedad llevado a cabo por sujetos que se irrogaban la potestad de reestablecer el orden interno "perdido".

XV.- Conclusiones

A modo de resumen, de cuanto se ha expuesto corresponde señalar las siguientes conclusiones:

- 1.- En el caso, no ha operado vicio alguno causativo de nulidad.
- 2.- En el estadio actual del proceso, la actuación procesal debe limitarse a establecer la constancia del hecho delictivo y los elementos de convicción suficientes de que los encausados han tenido participación en el mismo (art. 125, CPP).
- 3.- La joven Nibia Sabalsagaray falleció por homicidio durante un sesión de interrogatorio en el que –además de otros apremios físicos- se le causó compresión de su cuello a nivel hioideo, ocasionándole la muerte por "ahorcamiento".

4.- Existen elementos de convicción suficientes que en tal hecho, participó el encausado Dalmao a título de co-autor (art. 61 num. 3 y 4, CP) y el encausado Chialanza a idéntico título (art. 61, num. 2, ejusdem).

5.- El hecho debe ser atribuido a título de dolo eventual porque-a pesar de la ausencia de confesión, lógica y razonablemente debe entenderse que el militar que lleva a cabo un interrogatorio y en su decurso comprime el cuello al nivel referido del interrogado, debe haberse representado la posibilidad de ahorcamiento y, no obstante ello, por indiferencia y hasta por egoísmo siguió actuando.

6.- Conforme al num. 1 literal a) del art. 117 y art. 123 del CP, el hecho de autos no ha prescrito; tomándose en consideración que el período de prescripción recién pudo comenzar a transcurrir útilmente a partir del 1.3. 985 y por aplicación del principio general de derecho contenido en el art. 98 del CGP.

Por los fundamentos expuestos, el Tribunal

RESUELVE:

Confirmase la sentencia impugnada.

Devuélvase.