

Decreto 1029/2013,

Fecha :23/04/13

VISTOS:

Las resultancias de las actuaciones cumplidas en estos autos caratulados "**Denunciante: VIANA ACOSTA, Antonio; Denunciado BORDABERRY, Juan María y otros.- Denuncia. CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD Y GENOCIDIO - LEY N° 18026" IUE 2-13762/2011.-**

RESULTANDO:

1) Que se presentó Antonio Viana Acosta a formular denuncia penal contra las personas involucradas en crímenes de lesa humanidad y genocidio en mérito a la violación sistemática de los derechos humanos acaecida durante la pasada dictadura cívico militar (fs. 21-35).

2) Que previo dictamen fiscal favorable, se dispuso la instrucción de la denuncia antedicha (fs. 36 vto.-37), habiéndose recibido declaración al denunciante (fs. 39-42), así como diligenciado prueba testimonial y documental (fs. 2-20, 65-68, fs. 75-76 y fs. 86-99).

3) Que en cumplimiento de la providencia n° 3164/2012 que dispuso la citación de militares en los términos del art. 113 del C.P.P. (fs. 104), el 5 de febrero de 2013 compareció Mario Castromán a declarar en audiencia ante la sede, debidamente asistido de Defensor (fs. fs. 110-111).

Los restantes citados no comparecieron a la audiencia convocada.

4) Que el 14 de febrero de 2013 compareció la Dra. Estela Arab, en su calidad de Defensora de Mario Castroman, manifestando, en síntesis: I) que su representado ha sido citado a declarar en calidad de indagado, lo que habilita la pretensión que impetra; II) que los hechos denunciados e investigados en este expediente tuvieron lugar en el año 1974, es decir hace más de tres décadas, por lo que la primera cuestión es analizar si a su respecto opera el instituto de la prescripción de cualquier posible delito que pudiera surgir de los hechos denunciados, sin perjuicio que no estén fehacientemente determinados tales hechos; III) que de acuerdo al art. 117 del C.P. la prescripción extingue el delito y tomando como hipótesis de trabajo el lapso más extenso previsto legalmente tenemos que dicha extinción se produce en un plazo máximo de veinte años; IV) que aún en el caso que pudiera haber tenido lugar el injusto del mayor castigo previsto en el C.P. y partiendo de la base que el cómputo del plazo debiera comenzar a contarse el 1° de marzo de 1985, los veinte años de la consumación se cumplieron el 1° de marzo de 2005; V) que el instituto de la prescripción es de orden público por lo que debe ser declarado aún de oficio por el Magistrado toda vez que advierta su acaecimiento.

Solicita se proceda a la clausura y archivo de las actuaciones en el entendido que se ha completado el plazo de la prescripción (fs. 112-113).

5) Que conferida la correspondiente vista al Ministerio Público, compareció a evacuarla la sra. Fiscal Letrada Nacional en lo Penal de 5° Turno Dra. Ana Tellechea, quien en suma expresa: I) que ninguna norma le impone al Juez interrumpir la indagatoria de un delito sino que por el contrario que establecido es cumplir la obligación jurídica que le compete en esta etapa del proceso que es procurar llegar a la verdad de cómo sucedieron los hechos denunciados oportunamente; II) que debe tenerse presente que la regla consistente en que al justo impedido no le corre el término de prescripción, siendo irrefutable que durante el período de facto hasta el año 1985 todas las garantías constitucionales estaban cercenadas, por lo que la justicia no pudo investigar dichas causas; III) que a partir del año referido, si bien únicamente en apariencia se había restablecido el Estado de Derecho, esto no sucedió en su plenitud, siendo imposible indagar los numerosos casos en mérito a lo que disponía la ley n° 15.848 de caducidad de la pretensión punitiva del Estado, siendo recién a partir del dictado de la Sentencia n° 365/2009 de la Suprema Corte de Justicia donde se declaró la inconstitucionalidad de la ley antedicha que se recuperó el verdadero Estado de Derecho y la posibilidad de poder avanzar con las denuncias, por lo que debe considerarse que desde la fecha de dicha sentencia de octubre de 2009 se debe contabilizar el plazo de prescripción; IV) que los delitos como el de autos constituyen delitos de lesa humanidad que por su naturaleza no están sujetos a prescripción, ya que rige lo dispuesto por la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada por resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 26 de noviembre de 1970, la cual es declarativa y afirma un principio que estaba vigente por mandato del derecho internacional con anterioridad a los hechos de autos, reconociendo la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra, de lesa humanidad y genocidio cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido.

Solicita en consecuencia se disponga la continuación de la instrucción de la causa (fs. 115-118).

6) Que por decreto n° 723/2013 del 1° de abril de 2013 se citó para resolución (fs. 119-122).-

CONSIDERANDO:

1) Que se sustancia en autos la denuncia presentada por Antonio Viana Acosta contra funcionarios estatales uruguayos y argentinos por la comisión de hechos que califica como delitos de lesa humanidad, en perjuicio de su persona.

La plataforma fáctica que fundamenta la denuncia es la siguiente: el 9 de abril de 1973 Antonio Viana se radicó en la ciudad de Buenos Aires (Argentina) junto a su familia, debido a la persecución política que sufría en nuestro país. En la madrugada del 24 de febrero de 1974 su domicilio fue asaltado violentamente por un comando formado por unos quince efectivos militares uruguayos y argentinos, que agredieron a su familia y torturaron al denunciante en la azotea del edificio donde vivía. Fue conducido a la Superintendencia de Seguridad Federal de Buenos Aires (conocido como Coordinación Federal), donde permaneció unos veinte días y soportó tortura psicológica para forzarlo a aceptar cargos que se le imputaban. Fue trasladado en primer lugar al establecimiento penitenciario de Villa Devoto y posteriormente a la cárcel de Caseros, donde permaneció incomunicado. Luego de veinticinco días fue llevado a la Alcaldía 21, donde estuvo un mes, y nuevamente a la Coordinación Federal. Desde allí el 4 de abril de 1974 fue conducido a Aeroparque para ser embarcado en un vuelo comercial de

PLUNA en avión militar de TAMU con destino a Montevideo. En el avión se encontró con su compañera Estela Barboza y sus hijos. Al llegar a destino fueron inmediatamente custodiados por efectivos policiales y conducidos a Jefatura de Policía de Montevideo y luego enviados a la Dirección Nacional de Información e Inteligencia, donde permaneció setenta y dos horas siendo torturado. De allí fue trasladado al Batallón de Infantería n° 12 de Rocha, donde fue torturado física y psicológicamente por varios militares. Al cabo de dos meses fue trasladado al Batallón de Infantería n° 11 de la ciudad de Minas, donde también sufrió nuevas sesiones de tortura durante un período de dos meses, ocasionándosele diversas lesiones que detalla. Durante todo este período estuvo como desaparecido para sus familiares, dado que las autoridades negaban toda información sobre su detención. Fue trasladado nuevamente a Rocha y debió declarar ante la justicia militar, habiendo firmado el 24 de octubre de 1974 la notificación de su procesamiento. El 23 de diciembre de 1974 fue trasladado al Penal de Libertad, donde permaneció hasta el 13 de febrero de 1981 cuando fue puesto en libertad y se exilió en Suecia.

El denunciante enmarca los hechos descritos en crímenes de lesa humanidad: desaparición forzada de personas, tortura, privación grave de libertad y asociación para cometer crímenes de lesa humanidad, desde que se inscriben en el accionar represivo organizado por el Estado contra un conjunto de ciudadanos calificados como "enemigos" a los que se torturó, asesinó o hizo desaparecer en forma metódica, mediante la coordinación de agentes estatales de los países de la región.

En mérito a ello solicita en definitiva se impute a los denunciados y a toda otra persona que resulte de la instrucción la responsabilidad por la comisión de los crímenes de lesa humanidad y genocidio.

2) Que de acuerdo a la solicitud presentada por Mario Castromán, la suscrita deberá pronunciarse respecto de la clausura peticionada cuyo fundamento radica en que ha operado la prescripción de cualquier posible delito que pudiera surgir de los hechos denunciados.

3) Que respecto de la legitimación del peticionante, surge de obrados que Mario Héctor Castromán fue específicamente indicado como uno de los funcionarios militares partícipes en los hechos de tortura sufridos por el denunciante en el cuartel del departamento de Rocha (fs. 34 vto. y fs. 41).

De acuerdo a ello, fue citado a declarar en autos en los términos del art. 113 del C.P.P. (fs. 104) y se recibió su declaración en presencia de la Defensora designada (fs. 110-111).

En suma, Mario Héctor Castromán reviste indubitablemente la calidad de indagado en este procedimiento presumarial y por tanto se encuentra legitimado para solicitar su clausura por prescripción.

4) Que según ha entendido la jurisprudencia, " la prescripción de la acción penal se basa en que pasado un lapso de tiempo más o menos prolongado de haberse cometido, el delito se debilita y hasta borra la impresión por él causada, y vuelve en todos la conciencia de la seguridad a reinar sin necesidad, para restablecer el equilibrio roto por el delito, del efecto de la pena que se hace por lo tanto innecesaria y más difícil de aplicar con justicia" (Sent. N° 299/2010 del Tribunal de Apelaciones en lo Penal de Segundo Turno).

En este sentido, el instituto de la prescripción constituye un elemento de exención de responsabilidad por el transcurso del tiempo pero también una defensa de la seguridad jurídica, no solo para el que está amenazado por un procedimiento penal sino para todos aquellos terceros cuya situación personal y/o patrimonial, pudiere depender de la resolución del trámite.

Por ello, dado que supone una definición respecto del elemento sustancial -la extinción del delito o la pena en su caso-, deben analizarse cuidadosamente los extremos que la convocan.

5) Que en relación a la naturaleza de los hechos que se investigan, el denunciante Antonio Viana expresa que los delitos de los cuales fue víctima encuadran en la categoría de delitos de lesa humanidad, siendo los mismos imprescriptibles de acuerdo al ordenamiento jurídico internacional.

Por su parte el denunciado Mario Castromán invoca las reglas de prescripción contenidas en el Código Penal, de lo cual se extrae que éste entiende que -en caso de haberse cometido- dichos delitos son delitos "comunes".

Es decir que ya se encuentra planteada en estos obrados la controversia relativa a la naturaleza de los eventuales delitos que pudieren surgir de la investigación y el régimen jurídico aplicable a los mismos, habiéndose expedido al respecto la sra. representante del Ministerio Público (fs. 117-118).

6) Que el concepto de delito de lesa humanidad se retrotrae a la Carta del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg y el Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945, siendo posteriormente recogido por todo el ordenamiento jurídico internacional.

Los delitos de lesa humanidad o crímenes contra la humanidad comprenden conductas tipificadas tales como asesinato, exterminio, deportación, encarcelación, tortura, violación, persecución por motivos políticos, religiosos, ideológicos, raciales, étnicos o de orientación sexual, secuestro, desaparición forzada o cualquier acto inhumano que cause graves sufrimientos o atente contra la salud mental o física de quien los sufre, siempre que dichas conductas se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque.

Se trata de conductas que si bien ofenden bienes individuales (vida, libertad, integridad física y moral) afectan no sólo a la persona y comunidad de que se trate, sino a toda la humanidad. En otras palabras, lo que caracteriza a estos delitos es el concepto de la humanidad como víctima.

Y tal como señala la sra. Fiscal, dichos delitos son imprescriptibles.

7) Que es de público conocimiento que la cuestión relativa a la caracterización de lesa humanidad de los delitos perpetrados durante el régimen de facto así como la vigencia de tales delitos en nuestro país, el ordenamiento jurídico aplicable a los mismos y su régimen de prescripción está siendo ampliamente debatida en nuestros Tribunales.

En la especie, la investigación de la denuncia presentada por Antonio Viana se encuentra en sus etapas iniciales, no habiéndose esclarecido aún los hechos sucedidos en el caso concreto ni la participación que pudo tener el denunciado Mario Castromán.

En consecuencia, no corresponde aún en el estado de estos procedimientos pronunciarse respecto de la naturaleza y orden jurídico aplicable a eventuales delitos cuyas circunstancias y partícipes no se han acreditado todavía, a riesgo de incurrir en prejuzgamiento.

Por el contrario, deberán continuarse las actuaciones y una vez se concluya la instrucción presumarial - en la eventualidad de formularse requerimiento por el titular de la acción penal y en caso de entenderse que se han reunidos elementos de convicción suficientes para proceder a la imputación de responsabilidad penal en el caso, de acuerdo a lo previsto por los arts. 114, 125 y 133 a 135 del C.P.P. -, es que la sede deberá pronunciarse sobre los delitos a atribuirse, su naturaleza y orden jurídico que los rige, todo lo cual incidirá sobre el régimen de prescripción al cual se encuentran sujetos.

8) Que el objeto de este incidente consiste en decidir si ha operado la prescripción de los delitos denunciados, esto es, hechos delictivos perpetrados desde el aparato estatal, en el marco de la llamada lucha antisubversiva, durante la dictadura cívico militar que rigió en nuestro país entre los años 1973 y 1985. En este aspecto, no constituye prejuzgamiento encuadrar los hechos denunciados en el entorno histórico en el cual tuvieron lugar.

A juicio de la proveyente, dichos delitos no han prescrito, cualquiera sea la decisión que en definitiva recaiga respecto de su naturaleza.

9) Que en primer lugar, de adoptarse la posición de la sra. Representante del Ministerio Público y como se señalara en numeral anterior, es admitido que los delitos de lesa humanidad son imprescriptibles por constituir el *jus cogens* internacional.

Al respecto se ha entendido que en tales delitos se consagra una excepción a la regla de la prescripción de la acción penal o la sanción, dado que se trata de supuestos que debido a su magnitud no han dejado de ser vivenciados por la sociedad, siendo que por otra parte generalmente se realizan por las mismas agencias del control punitivo actuando fuera del control del derecho penal. En este sentido, las fuentes del Derecho Internacional consideran aberrantes la ejecución de cierta clase de actos y sostienen que, como consecuencia de ello, no son aplicables institutos tales como la prescripción.

Así se ha consagrado en el art. 1º de la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad aprobada por la Asamblea General de la ONU del 26 de noviembre de 1968 y en el art. 1º del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptado en Roma el 17 de julio de 1998 y suscrito el 19 de diciembre de 2000, siendo recogido por el derecho interno de nuestro país en el art. 7 de la ley n° 18.026, promulgada el día 25 de setiembre de 2006.

También se ha pronunciado en ese sentido la jurisprudencia latinoamericana: en Argentina: sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los casos Arancibia Clavel (causa n° 259, año 2004) y Julio Simon (causa n° 17.768 año 2005); en Bolivia: caso Trujillo ("Jurisprudencia latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional" Fundación Konrad Adenauer).

Otro punto a decidir eventualmente refiere a la vigencia de los delitos de lesa humanidad en nuestro ordenamiento jurídico, pero tal como se señalara anteriormente, no corresponde en esta etapa procesal emitir dicho pronunciamiento.

10) Que en segundo lugar, en la posición de la Defensa que encuadra los hechos de autos en la normativa del Código Penal, para resolver este incidente es necesario analizar cuándo se inicia el cómputo del período prescripcional.

Es cuestión ya zanjada por la jurisprudencia que no es computable el período del régimen de facto, desde que durante ese tiempo el titular de la acción penal estuvo impedido de promover las investigaciones correspondientes.

En el mismo sentido, recientemente ha entendido el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de Primer Turno que tampoco es computable el período subsiguiente durante el cual "ni las víctimas ni el titular de la acción pública estuvieron en plenas condiciones de perseguir los delitos encapsulados por el art. 1° de la ley n° 15.848, declarada inconstitucional por la Suprema Corte de Justicia en el 2009 (sent. 365/2009) en proceso (Sabalsagaray) donde Poder Ejecutivo y Poder Legislativo se allanaron" (Sent. N° 84 del 19 de marzo de 2013 dictada en autos IUE 88-151/2011).

Esto es, en el entendido que la ley n° 15.848 constituyó un impedimento legal para la promoción de acciones que investigaran los posibles delitos cometidos durante la dictadura y sancionaran a los responsables, no es procedente computar dicho plazo a los efectos de la prescripción. Todo fundado en el principio general de que al impedido por justa causa no le corre término.

Posición que ya había sido sustentada por la anterior titular de esta sede en resolución n° 3134/2012 dictada en los autos IUE 88-281/2011 y que avala en las presentes actuaciones la sra. Representante del Ministerio Público.

11) Sin que signifique pronunciamiento sobre la denuncia presentada en autos, emerge del relato de hechos contenido en la misma que éstos encuadran en la previsión del art. 1° de la ley n° 15.848, desde que Antonio Viana refiere la presunta comisión de delitos, perpetrados con anterioridad al 1° de marzo de 1985 por funcionarios militares y policiales, equiparados y asimilados por móviles políticos o en ocasión del cumplimiento de sus funciones y en ocasión de acciones ordenadas por los mandos que actuaron durante el período de facto.

En mérito a ello, desde la sanción de la llamada ley de caducidad hasta su declaración de inconstitucionalidad por sentencia n° 365/2009 dictada por la Suprema Corte de Justicia el 19 de octubre de 2009, tanto la víctima como el Ministerio Público se vieron impedidos de promover investigación judicial alguna sobre esos hechos. Si bien como es sabido la declaración de inconstitucionalidad opera para el caso concreto, fue a partir de dicha sentencia que las víctimas y el Ministerio Público contaron con un recurso legal que habilitó la investigación judicial de los hechos, promoviendo en cada caso promover el correspondiente proceso de inconstitucionalidad.

Al respecto, se expresó en la sentencia referida: "Con respecto a que las normas impugnadas transgreden el derecho de las víctimas y de sus familiares de acceder al sistema judicial para que se identifique y castigue a los presuntos culpables de los hechos acaecidos durante la dictadura militar, el agravio es de recibo. Es verdad que nuestro sistema de garantías constitucionales reconoce el derecho de los habitantes del país a acceder a un proceso que les asegure la salvaguardia de sus derechos (entre otros, arts. 12, 72 y 332 de la Carta), derecho que también tuvo reconocimiento en tratados internacionales suscriptos por la República. En este sentido, puede decirse que las normas atacadas excluyeron del aparato sancionatorio del

Estado a sujetos que, para ello, no necesitaron ser juzgados por el Poder de gobierno que tiene a su cargo la función soberana de aplicar las penas."

Esto significa que a pesar de haberse restablecido el orden institucional en el año 1985, el Estado no proporcionó a las víctimas de violaciones a los derechos fundamentales los medios necesarios para la debida protección judicial de sus derechos.

Establece el art. 2º num. 3 del Pacto de Derecho Civiles y Políticos que "toda persona cuyos derechos o libertades reconocidas en el presente Pacto hayan sido violados, podrán interponer un recurso efectivo, aún cuando la violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales". Debe resaltarse que dicho Pacto fue aprobado por nuestro país por ley nº 13.751 del 11 de julio de 1969. Similar disposición contiene el art. 25 de la Convención Americana de Derecho Humanos, aprobada por ley nº 15.737 del 8 de marzo de 1985.

Contrariamente a lo dispuesto en las normas citadas, el 22 de diciembre de 1986 el Estado uruguayo sancionó la ley nº 15.848 que cercenó a las víctimas su derecho de acceso a la justicia.

Sobre el mismo punto ahonda la sentencia nº 365/2009 antedicha, expresando que "la Comisión Interamericana, en su informe No. 29/92 del 2 de octubre de 1992, recordó haber observado al gobierno uruguayo por "violaciones gravísimas" de los derechos a la vida, a la libertad y a la seguridad personal, recomendando investigar y procesar a los responsables, y pone de relieve que, en ese contexto, la Ley No. 15.848 tuvo el efecto contrario, esto es, sirvió para clausurar todos los juicios criminales por violaciones de los derechos humanos, cerrando toda posibilidad jurídica de una investigación judicial destinada a comprobar los delitos denunciados e identificar a sus autores, cómplices o encubridores. En tal marco, como se sostuvo en el Considerando III.6) de este pronunciamiento, la Ley en examen afectó los derechos de numerosas personas (concretamente, las víctimas, familiares o damnificados por las violaciones de derechos humanos mencionadas) que han visto frustrado su derecho a un recurso, a una investigación judicial imparcial y exhaustiva que esclarezca los hechos, determine sus responsables e imponga las sanciones penales correspondientes; a tal punto que las consecuencias jurídicas de la Ley respecto del derecho a garantías judiciales son incompatibles con la Convención Interamericana de Derechos Humanos (cf. Castro, Alicia, ob. cit., -"La Ley No. 15.848 (de caducidad y la Constitución (I). Una sentencia que no pudo clausurar el debate", en Revista de Derecho Público, No. 35, junio de 2009- p. 141)".

Ya anteriormente se había pronunciado el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 2º Turno respecto de la ley nº 15.848 en sentencia nº 137/1997 en los siguientes términos: "El artículo 1º establece la solución sustancial: los hechos acerca de los cuáles se reconoce que ha caducado la pretensión punitiva del Estado. El artículo 3º consagra la solución procesal: de qué manera y quien ha de resolver si determinado ilícito se encuentra comprendido en el artículo 1º. Esta es la razón de ser del artículo 3º que, conjuntamente con el artículo 1º, cierran el círculo de la solución, ya que uno apoya al otro y, ambos, vedan cualquier intervención del Poder Judicial en la dilucidación de la problemática regulada por la ley . . .".

Abonan este fundamento las circunstancias históricas en las cuales se enmarcó la sanción de dicha ley y los debates parlamentarios al respecto, ya reseñados en sentencia nº 1/2010 dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 2º Turno en los autos IUE 98-247/2006, de los cuales resulta claramente que en aras de evitar una crisis institucional dada la negativa

de las jerarquías castrenses de comparecer ante las sedes judiciales, se optó por excluir de la investigación judicial las situaciones a las que refiere la ley n° 15.848, obstando así a la revisión de todo lo ocurrido durante el régimen dictatorial.

Por lo expuesto, compartiendo la opinión del Ministerio Público en cuanto a que no corresponde tener en cuenta el tiempo de ruptura institucional ni el lapso de vigencia de la ley n° 15.848 hasta su declaración de inconstitucionalidad por constituir dicha norma un impedimento para la investigación de los hechos, el cómputo del plazo prescripcional debe iniciarse en el año 2009. Fue a partir de esa fecha que por la vía de declaración de inconstitucionalidad de la ley en cada caso, se pudieron iniciar las correspondientes investigaciones judiciales.

12) Que por las razones expuestas, sin perjuicio de la naturaleza que en definitiva se atribuya a los ilícitos que -eventualmente - pudieren emerger acreditados de esta investigación presumarial, no corresponde disponer la clausura por prescripción de las presentes actuaciones.

Por lo que se rechazará la solicitud presentada por la Defensa del indagado Mario Castromán.

RESUELVO:

DESESTÍMASE LA SOLICITUD DE CLAUSURA POR PRESCRIPCION PRESENTADA POR LA DEFENSA DEL INDAGADO MARIO CASTROMÁN.

NOTIFIQUESE PERSONALMENTE.