

SENTENCIA N° 41/2013

22/02/2013

Tribunal Apelaciones Penal 1° T°

REDACTOR: Dr. Sergio TORRES COLLAZO

VISTOS

para interlocutoria de segunda instancia en autos: "AA - SU MUERTE (IUE: 88-218/2011), venidos del Juzgado Letrado de 1ª. Instancia en lo Penal 7º Turno, en virtud del recurso interpuesto contra la Res. N° 2273/12 de fecha 17/9/2012, dictada por la Dra. Mariana Mota Cutinella, con intervención de la Sra. Fiscal Letrado Nacional Dra. Ana Tellechea Reck y la Defensa privada, Dras. Graciela Figueredo y Estela Arab.-

RESULTANDO

I) Con el citado dispositivo y los fundamentos que expusiera (fs. 539-539), previa sustanciación con la Fiscal Letrado Nacional en lo Penal de 5º Turno (fs. 524-526), la A quo desestimó la solicitud de "clausura y archivo de las actuaciones" presumariales de las profesionales nombradas, "en calidad de defensa de Cnel. -r- BB, Cnel. -r- CC, Sgto. DD y Sgto. EE". El pedido se fundó en la prescripción de los delitos "supuestamente" cometidos en perjuicio de AA, fallecido el 5.1.1976 en una Unidad militar donde al momento desempeñaban funciones esos militares (fs. 3080/3121vto.).-

II) Antecedentes: En el presumario "Organizaciones de Derechos Humanos - Denuncia" (IUE: 2-219845/2006), formado por 19 presuntos homicidios cometidos durante el período de facto (entre ellos, el de AA), la Fiscal promovió (fs. 31-56) y obtuvo (fs. 187-189) la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 1, 2 y 3 de la Ley 15.848 (Sent. No. 1525 de 29.10.2010). Reintegrados los autos al Juzgado, se agregó copia del presumario 713/85 del JLP 3º (fs. 255-345) y del decreto del PE de 13.7.2011, que dejó sin efecto su clausura (fs. 348-350).-

La Fiscal solicitó la declaración del hijo de AA (fs. 358-359) y la Juez cometi6 al Dr. Guillermo L6pez una pericia a fin de establecer si la autopsia era compatible con la ca6da de una escalera, versi6n oficial de su muerte (fs. 352-355).-

Con posterioridad a ello emerge que la Sra. Juez se constituy6 en el lugar con la Sra. representante del M.P., el forense, varios testigos y personal de la DNPT (fs. 367-381), cit6 a los militares y orden6 agregar prueba documental (fs. 382).-

Los indagados declararon todos en presencia de las recurrentes, pese a que no se les intim6 que designaran Defensor (fs. 388-396, 507-516). Cuando tocaba el turno de declarar al Juez Militar y su secretario (fs. 517), sobrevino el pedido de clausura.-

III) La demanda incidental: El 25.6.2012 (fs. 522-523vto.), las Dras. Figueredo y Arab comparecieron invocando su condici6n de "Defensa" de los militares que hab6an declarado hasta ese momento, e invocaron la prescripci6n del art. 117 CP; dijeron: a) se est6 investigando un supuesto homicidio de hace m6s de 30 a6os; b) para lograr la condena de los indagados y de los investigados se recurre al art. 123 CP, jam6s aplicado entre nosotros, sosteniendo que "el t6rmino de la prescripci6n se eleva en un tercio ... trat6ndose de los homicidas que, por la gravedad del hecho, en s6 mismo, la naturaleza de los m6viles o sus antecedentes personales, se perfilan en concepto del Juez, como sujetos peligrosos"; c) entiende de aplicaci6n lo declarado en S. de 28.8.2011 del JLP 36, que descarta su aplicaci6n; d) de aplicarse dicho incremento, y si no fuera aceptado que el per6odo anterior al 27.6.1973 debe computarse, y que debe partirse desde el 1.3.1985, el plazo de prescripci6n se cumpli6 el 28.10.2011 (26 a6os y 241 d6as); e) ella es de orden p6blico y la Ley 18.931 de 27.10.2011 es inconstitucional. Conferido el traslado de rigor, la Sra. Fiscal (fs. 524-526) lo evacu6 oponi6ndose a dicha pretensi6n en funci6n de los siguientes argumentos: a) ninguna disposici6n legal le impone al Juez interrumpir la indagatoria de un delito desde que compete investigar hasta obtener la verdad de lo denunciado; b) esa obligaci6n est6 consagrada en la Declaraci6n Americana de DDHH y Deberes del Hombre y la Convenci6n Americana sobre DDHH a los que refiere la Comisi6n Interamericana de DDHH en el Informe Anual de los a6os 1992-1993 y que, a6os m6s tarde, reiter6 la Corte Interamericana de DDHH en el caso Gelman; c) la 6nica parte del presumario es el MP, a6n de haberse individualizado un indagado, y 6ste, en esa etapa "... carece de facultades dispositivas sobre las formas del proceso penal porque no es parte a6n, es nada m6s que una persona del proceso, no puede interponer recursos, ni plantear excepciones, ni otras medidas que las reconocidas a texto expreso" (RDP, P. 303, C.522, Balbela); d) en autos no existen indagados, de manera que las gestionantes carecen de legitimaci6n y el planteo formulado en

base a la ley que citan es inadmisibles, porque aún no se les ha abierto la oportunidad procesal para el mismo. Finalmente la Sra. Juez en la recurrida (fs. 532-539), sostuvo: a) las presentes actuaciones se dirigen a determinar las razones de la detención de Basilio AA, como transcurrió la misma y, específicamente, las circunstancias previas a su muerte, así como sus causas: “Ello cobra especial importancia luego de las declaraciones de los indiciados que admitieron que la versión de la caída de la escalera del detenido no se compadece con la realidad de los hechos sino que fue un relato elaborado para explicar una muerte que, según afirman, desconocen ciertamente cómo ocurrió. Asimismo, si de tales investigaciones emerge que la muerte fue provocada, establecer él o los responsables de tal hecho. En ese sentido, la investigación que desarrolle la Sede, tanto de este acontecimiento como de cualquier otro en que sea competente un juzgado penal, no está sujeto a prescripción” cuyo cómputo presupone la plena vigencia de los derechos: “No puede obviarse del análisis que durante los años que transcurrió la dictadura militar 1973 a 1985 el Estado no cumplía con su rol de garantizar los derechos de los individuos ... Era tan palmaria la falta de garantías judiciales que no hubo discusión en la jurisprudencia que este lapso no podía contabilizarse a los efectos del plazo de prescripción”; b) la ley 15.848 impidió la investigación, por lo que mientras “rigió”, tampoco es computable la prescripción, en virtud de diversos pactos internacionales que reconocen el derecho de las víctimas a un recurso sencillo y rápido, efectivo, etc.: “No puede olvidarse que las normas internas no pueden invocarse como justificación del incumplimiento de un tratado art. 27.1 de la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados entre estados y organizaciones internacionales. En ese contexto, no puede recaer las consecuencias desfavorables del no ejercicio de un derecho al titular del mismo cuando remover ese impedimento está fuera de la esfera de su decisión. En este sentido, computar plazo de prescripción de una acción que no puede ejercerse es a todas luces incongruente y falta de justicia y no puede ampararse sin vulnerar groseramente normas esenciales ...”; c) además, y sin que signifique prejuzgamiento, la muerte de AA fue producto de un accionar doloso y, dado el contexto de su ocurrencia, cometido desde el aparato del Estado, en forma grave vulneratoria de los derechos humanos ... La detención de AA, como la de otros detenidos en operativos miliares que se desarrollaban en ese tiempo, obedeció a razones políticas; d) sí existe jurisprudencia que releva en estos casos, el plus del art. 123 CP, como hizo la SCJ en recurso de casación en autos donde Gavazzo y Arab fueron condenados por 28 delitos de homicidio muy especialmente agravados en reiteración real.-

IV) Los recursos: El 2.10.2012, las Dras. Arab y Figueredo (fs. 542-544) interpusieron reposición y apelación; argumentaron: a) la sentenciante ensaya una serie de argumentos innovadores, que contrarían en algún caso el derecho aplicable y en todos lesiona principios y derechos de rango constitucional e internacional aplicables a todo justiciable; b) en actitud “claramente violatoria del principio de parcialidad” (sic), se apresuró a aventurar -prejuzgamiento- que la muerte de AA fue producto de un accionar doloso, a partir del contexto de su ocurrencia. Precisamente, la causa de esa muerte es lo que debe investigarse, por lo que ese “pronunciamiento prematuro de la Sra. Magistrado no hace otra

cosa que poner de manifiesto su predisposición ajena e impropia a su investidura”; c) la competencia de los juzgados en materia penal se limita a la investigación de los hechos de apariencia delictiva, por lo que no pueden investigar hechos que dejaron de ser delito por mérito de la prescripción: investigar hechos prescriptos implica investigar -fuera de la función judicial- hechos no delictivos; d) contrariamente a lo que sostiene la sentenciante, cualquier información que pueda reunirse al respecto será absolutamente inútil. No tiene sentido investigar hechos repudiados, si a su respecto no puede abrirse causa penal; e) en definitiva, la sentencia impugnada vulnera el art. 124 CP al no relevar la prescripción operada por el transcurso del tiempo (art. 117) respecto de cualquier delito que pudiera surgir de los hechos que investiga, obviando la pertinente cesación del proceso impuesta por los arts. 7 y 8 CPP, abocándose a una situación que desborda los límites legales de la jurisdicción (art. 31 CPP) y desconoce la existencia del presupuesto de hecho de la instrucción (art. 114). La Sra. Fiscal contestó y pidió el rechazo de los recursos (fs. 546-554); al respecto dijo: a) en autos se procura develar las circunstancias de la muerte de AA, quien fuera detenido el 31.12.1975 por las FFAA y trasladado al Grupo de Artillería N° FF por pertenecer al Partido Comunista. De acuerdo a la versión oficial emergente del expediente tramitado por el Juzgado Militar de Instrucción 5° por el Oficial S2 BB, fue llevado a su celda escoltado por CC y sorpresivamente se tiró por una escalera, lo que le habría provocado lesiones que le causaron la muerte minutos después, según certificado del Dr. GG. No obstante, algunos declarantes reconocieron que dicha versión fue elaborada para justificar el fallecimiento de AA, desconociendo lo que le pasó; b) antes de 1973 (golpe de Estado) y luego de 1985 (Ley 15.848) no se pudo investigar ni éste ni ningún otro hecho cometido por militares (se enjuició y condenó a HH y a II). Recién a partir de la Sent. No. 365/2009 (Sabalsagaray), cuando la SCJ declaró la inconstitucionalidad de los arts. 1, 2 y 3 de la Ley 15.848, debería contabilizarse el plazo de prescripción; c) delitos como el de autos entran en la categoría de lesa humanidad, no sujetos a prescripción, de acuerdo con la Convención -declarativa- sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2391 de 26.11.1968, aprobada por Uruguay (Ley 17.347 de 5.6.2001); d) la Corte Interamericana de DDHH ha considerado en Sent. de 14.3.2011 (Barrios Altos) que “... son imprescriptibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos”; e) desde Nuremberg (1945), el juzgamiento de los delitos de lesa humanidad es un mandato imperativo e irrenunciable, encima del derecho interno; f) transcribe pasajes de Gelman, referidos a la obligación de investigar y a la doctrina de la Corte Interamericana sobre convencionalidad de todos los jueces. La A-quo, a su turno, por Res. No. 2891 de 12.11.2012 (fs. 558-562) mantuvo la recurrida. Sostuvo: a) no prejuzgó, porque no dijo que la muerte de AA fue provocada: “La comparecencia de las personas, patrocinados por los recurrentes, bajo las garantías del art. 113 del CPP, no convierte la investigación en una sospecha

previa de las conductas sino que se pretende conferirle, precisamente, las garantías de asistencia letrada ante las declaraciones que, de antemano la Sede ignora su contenido”; b) la finalidad de la investigación es analizar las circunstancias de la muerte de AA. A su respecto, se afirmó y concluyó en base a las declaraciones, que se lanzó desde lo alto de una escalera. La Sede concurrió al lugar, interrogó a los militares que testificaron en Sede Militar y que ahora refirieron que la muerte no fue así, que esa versión fue elaborada por orden superior; c) estas nuevas declaraciones vuelven a fojas cero las circunstancias de la muerte de AA, en una Unidad Militar a la que había sido llevado detenido; d) la solicitud de archivo y el recurso contra su denegatoria se instala en el curso de una investigación en curso, aún faltan las declaraciones de “otros posibles involucrados, de otros testigos, de otros medios de prueba”.-

## CONSIDERANDO

I) La Sala, por unanimidad de integrantes, y por las razones que se explicitarán, habrá de rechazar la pretensión incoada.-

II) Como precisión liminar cabe señalar que el apartamiento de las ritualidades del art. 113 CPP en la redacción dada por la ley 17.773, que se produjo a partir de la no intimación de designación de Defensor: “Cuando una persona es conducida o citada a una sede judicial como indagada por la comisión de un presunto delito, antes de tomarle la primera declaración, se le intimará la designación de un defensor que lo patrocine ...”; no constituyó en esencia una desviación adjetiva relevante que importara detrimento de las garantías de defensa de los indagados, en tanto todos declararon en presencia y con la asistencia de las recurrentes, quienes, además, tuvieron acceso al expediente, la posibilidad de presentarse y reclamar su clausura, así como la de impugnar la decisión recaída.-

No hay nulidad sin perjuicio (principio de trascendencia, art. 98 CPP), tampoco es nulo por defecto de forma el acto que cumple con el fin que lo determina (art. 99 CPP), o cuando media subsanación del error (art. 104 ejusdem): “La antigua máxima <pas de nulité sans grief> recuerda que las nulidades no tienen por finalidad satisfacer pruritos formales, sino enmendar los perjuicios efectivos que pudieran surgir de la desviación ... Sería incurrir en una excesiva solemnidad y en un formalismo vacío, sancionar con nulidad todos los apartamientos del texto legal, aún aquellos que no provocan perjuicio alguno.

El proceso sería, como se dijo de sus primeros tiempos, una misa jurídica, ajena a sus actuales necesidades ....” (Couture, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Depalma, 1964, pp. 390/391).-

En similar orientación: “... el mero formalismo, por sí solo, carece de todo sentido si no está dirigido a salvaguardar los derechos humanos; esto es, que no basta la mera infracción para tener por nula una diligencia”, si se comprueba que no se violaron aquellas garantías que las ritualidades pretenden proteger” (de la Sala, S. 213/92, RDP 10, c. 484).

En este marco, la pretensión que en su momento sostuvo el M.Pco. de rechazo in límine del pedido de clausura en función de que la única parte del presumario es el MP, y por ende la Defensa del indagado “... no puede interponer recursos, ni plantear excepciones, ni otras medidas que las reconocidas a texto expreso”; a la luz de nueva redacción de la norma procesal citada, que ha transformado el tema, cabe rechazarla de plano. A partir de la reforma, en el presumario ya existe proceso, y en él existen partes (M.Pco., indagado y su Defensor), con todos los derechos inherentes (cfm. de la Sala, S. 413/2010): “... hay proceso penal apenas hay sospechado y éste debe tener en la etapa presumarial los mismos derechos y garantías que le asisten en el resto del proceso, por cuanto, con frecuencia, cuando éstos faltan en el presumario, es inútil e irreparable que existan en el sumario y en el plenario” (Chaves Hontou, Potestades de la Defensa en el Proceso Penal Uruguayo, artículo incluido en El Proceso Penal Uruguayo de Dardo Preza Restuccia, p.127).-

III) Ingresando de lleno al “thema decidendum”, es menester advertir que para quienes concurren al dictado de la presente, el caso tiene una solución muy clara, dada por la Ley No. 18.831; que torna innecesario enfrascarse en las controvertidas cuestiones jurídicas a las que con gran erudición han hecho referencia las partes y la A-quo en el transcurso del incidente.-

La mencionada norma legal, que entró en vigencia a partir de su promulgación por parte del P. Ejecutivo (art. 4º), cuya finalidad fue -sin dudas- zanjar toda discusión acerca del tema de la irretroactividad e imprescriptibilidad de este tipo de casos; concretamente restableció “el pleno ejercicio de la pretensión punitiva del Estado para los delitos cometidos en aplicación del terrorismo de Estado hasta el 1º de marzo de 1985, comprendidos en el artículo 1º de la Ley No. 15.848, de 22 de diciembre de 1986” (art. 1º); dispuso que “No se computará plazo alguno, procesal, de prescripción o de caducidad, en el período comprendido entre el 22 de diciembre de 1986 y la vigencia de esta ley, para los delitos a que refiere el artículo 1º de esta ley” (art. 2º); a la vez que

declaró a tales delitos: "... crímenes de lesa humanidad de conformidad con los tratados internacionales de los que la República es parte" (art. 3º).-

En consecuencia -más allá de que se comparta o no su solución- mientras se encuentre vigente y sea aplicable (arts. 1º,3º, 9º, 10º CC, 256 y ss. Constit.), habida cuenta de que constituye la expresión de la voluntad soberana de la Nación sobre tales temas (art. 4º de la Constit.), emitida a través de sus autoridades legítimas y competentes; su observancia deviene obligatoria e insoslayable para todos los miembros de la comunidad, independientemente de la calidad y condición de cada uno; lo que conduce a que la Sala, se vea en la alternativa de desestimar la solución revocatoria planteada, sin necesidad de pronunciarse sobre los -otros- argumentos esgrimidos por las Magistradas preintervinientes, ni sobre el pretendido prejuzgamiento de la Sede A quo, obligada a investigar un hecho que -de comprobarse lo denunciado- en el marco de la ley 18.831, sería compatible con una categoría delictiva declarada imprescriptible: "... un Juez, en principio, -en nuestro régimen- no puede dejar de aplicar una ley si es contraria a la Constitución; debe producirse la declaración de inconstitucionalidad por la Suprema Corte, declaración que, por otra parte, tiene efectos para el caso concreto. La aplicación del clásico principio de derogación de normas por razones de "jerarquía", llevaría a que en cualquier caso, si una ley es contraria a la Constitución, la ley debería considerarse derogada. Sin embargo, el mecanismo de declaración de inconstitucionalidad de las leyes (arts. 256 y ss.) previsto por la propia Constitución, quita o reduce el campo de aplicación contundente del citado principio de derogación por diferente jerarquía ..." (José Korzeniak, Curso de Derecho Constitucional 2º, FCU, Tomo II, p. 174).-

Por cuyos fundamentos y lo previsto en arts. 12, 15, 18, 22, 26 y cc. de la Constitución de la República; arts. 174, 251 ss. y cc. CPP; 85 y cc. CP; el Tribunal,

RESUELVE:

MANTIÉNESE LA RECURRIDA.-

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE.-