

19/03/2013

SENTENCIA N° N° 84/2013

Del TAP de 1° Turno.

VISTOS

para interlocutoria de segunda instancia en autos "AA. SU MUERTE (IUE: 88-181/2011), venidos del Jdo. Ltdo. en lo Penal de 7° T., en virtud del recurso interpuesto por la Defensa contra la Res. N° 2272 de 17/9/2012 dictada por la Dra. Mariana Mota Cutinella, con intervención de la Sra. Fiscal Ltdo. Nacional 5° Dra. Ana Tellechea Reck.

RESULTANDO

I) En el citado dispositivo (fs. 410/418), previa sustanciación con la Representante del M. Público (fs. 400/402), la A quo desestimó la "clausura y archivo de las actuaciones" presumariales, solicitada el 28/6/2012 por la Dra. Graciela Figueredo "en calidad de defensa de Cnel ® BB, Cnel. ® CC y Cnel ® DD" (fs. 398/399 vto.). Dicha solicitud se fundó en la prescripción de los delitos "supuestamente" cometidos con relación a la muerte de AA, detenido el 19/8/1973.

II) Antecedentes. En la presente pieza, iniciada a partir de la declinatoria de competencia por el Jdo. Ltdo. en lo Penal de 3er. T. a solicitud de la Sede actuante (fs. 2/16), se investiga el deceso de AA, detenido el 19/8/1973 por presuntas actividades subversivas ("Integrante de la organización subversiva EE", fs. 25), muerto supuestamente cuando pretendió evadir su captura (fs. 19/49): "Detenido el 19/8/73, durante la realización de un contacto en la vía pública, le fue incautado una documentación de la organización. Al ser interrogado admitió pertenecer al movimiento clandestino, actuando con el (a) "FF", e integrar el grupo de logística de la Col.70, manifestando que en su casa

funcionaba un local del Mov., con clandestinos. Manifestó que los guiaría a los integrantes de las FFCC, llegando a las inmediaciones del local solicitó ingresar al mismo a los efectos de hablar con los que podrían encontrarse en el interior, intentando apoderarse de un arma allí existente y dándose a la fuga. Por tal motivo se realizaron algunos disparos, siendo alcanzado. Transportado al H.C.FF.AA., se comprobó su fallecimiento” (fs. 20).

En la denuncia que luego se presentó se indica que el deceso se habría producido con posterioridad a su traslado a un centro de reclusión y torturas, a consecuencia de éstas (251, 247/278).

El expediente prácticamente comienza con un proceso de inconstitucionalidad planteado por la Fiscalía contra la llamada ley de Caducidad (Nº 15.848), que culminó con la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 1, 3 y 4 de la misma (fs. 53/229).

La indagatoria dio inicio en julio de 2011 (fs. 279 y ss.), y se diligenció abundante prueba hasta la fecha.

III) La demanda incidental. Los militares retirados en cuestión, invocaron la prescripción del art. 117 CP; dijeron: a) se está investigando un supuesto homicidio de hace más de 30 años; b) para lograr la condena de los indagados y de los investigados se recurre al art. 123 CP, jamás aplicado entre nosotros, sosteniendo que “el término de la prescripción se eleva en un tercio ... tratándose de los homicidas que, por la gravedad del hecho, en sí mismo, la naturaleza de los móviles o sus antecedentes personales, se perfilan en concepto del Juez, como sujetos peligrosos”; c) entiende de aplicación lo declarado en S. de 28/8/2011 del JLP 3º, que descarta su aplicación; d) de aplicarse dicho incremento, y si no fuera aceptado que el período anterior al 27/6/1973 debe computarse, y que deber partirse desde el 1º/3/1985, el plazo de prescripción se cumplió el 28/10/2011 (26 años y 241 días); e) es de orden público y la Ley Nº 18.931 de 27/10/2011 es inconstitucional. Al evacuar la vista que le fuera conferida (fs. 357/358), el M. Público se opuso por los siguientes argumentos: a) ninguna disposición legal le impone al Juez interrumpir la indagatoria de un delito desde que compete investigar hasta obtener la verdad de lo denunciado; b) esa obligación está consagrada en la Declaración Americana de DDHH y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre DDHH a los que refiere la Comisión Interamericana de DDHH en el Informe

Anual de los años 1992-1993 y que, años más tarde, reiteró la Corte Interamericana de DDHH en el caso Gelman; c) la única parte del presumario es el MP, aún de haberse individualizado un indagado, porque éste, en esa etapa "... carece de facultades dispositivas sobre las formas del proceso penal porque no es parte aún, es nada más 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, los gestionantes carecen de legitimación y el planteo formulado en base a la ley que citan es inadmisibile porque aún no se les ha abierto la oportunidad procesal.

IV) La recurrida. La Sra. Juez, sostuvo: a) se investiga la muerte del ciudadano AA (28) detenido el 19/8/1973 por pertenecer al EE. La detención fue efectuada por miembros de las Fuerzas Armadas en una operación que también llevó detenidos a otras personas integrantes de la misma organización, que fueron llevadas al Grupo de Artillería Nº GG, donde fueron interrogados por personal militar de la unidad. AA informó entonces que en su domicilio había material y otros elementos clandestinos, por lo que se montó un operativo para llevarlo a señalar el lugar. En el mismo participaron efectivos del Batallón de Infantería Nº 1 en apoyo de integrantes de la O.C.O.A. y del Dpto. E II E.M.E.; b) el procedimiento se desarrolló en una playa sobre el Río de la Plata, ubicada en la zona del Cerro, junto al Frigorífico Nacional. Mientras caminaba hacia el lugar indicado, en cierto momento AA comenzó a correr y ante la imposibilidad de detenerlo fue mortalmente herido y falleció posteriormente; c) las actuaciones de la justicia militar se clausuraron el 24/10/1973; d) en autos se recibieron declaraciones de militares que participaron en el operativo, de otros detenidos el mismo día que lo fue AA y de familiares; e) surge de un testimonio que habría fallecido a consecuencia de torturas recibidas en una unidad militar; f) las presentes actuaciones se dirigen a determinar las razones de la detención, cómo transcurrió la misma en diferentes unidades militares y las circunstancias previas a su muerte, así como las causas de ésta, para establecer si fue provocada, y en su caso, el o los responsables de tal hecho; g) la investigación que desarrolle la sede no está sujeta a prescripción, que refiere al delito, y 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"; h) 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 falto de justicia y no puede ampararse sin vulnerar groseramente normas esenciales...”; i) en el mismo sentido, la sentencia de la CIDH dictada en el caso Gelman c/ Uruguay ha sido clara en cuanto a la obligación de investigar que tienen los Estados Parte de las graves violaciones de derechos humanos y de sancionar a sus responsables no pudiéndose excluir el cumplimiento de tal obligación invocando institutos tales como los de la prescripción, caducidad, etc. Incluso tales investigaciones no reposan en la voluntad de la víctima sino que corresponde al Estado, en virtud de su poder-deber general de persecución penal; j) “y sin que ello signifique un prejuzgamiento sino solamente un punto de partida para el análisis de los hechos denunciados, casos como el que se investiga en autos pueden calificarse, de concluirse que 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 vulneratorio de los derechos humanos más elementales...crímenes contra la humanidad”; k) la detención de AA, como la de los demás detenidos en ese procedimiento, obedeció a razones políticas y por sus actividades indicales; l) las defensas letradas alegan que el art. 123 del CP nunca se ha aplicado en la jurisprudencia uruguaya invocando un fallo de 2001. Pero dicha norma fue aplicada por la SCJ en autos “Gavazzo Pereira, José Nino y Arab Fernández, José Ricardo” (por 28 delitos de homicidio muy especialmente agravados en reiteración real).

V) Los recursos. La Dra. Figueredo interpuso Reposición y Apelación (fs. 424/428 vto.) con los siguientes agravios: a) la jurisdicción penal surge del art. 31 del CPP, que la limita a delitos y faltas; b) en virtud del art. 117 CP, la investigación refiere a hechos que no pueden constituir delitos porque en todo caso se han extinguido, lo que la torna inconducente y contraria a derecho; c) es inexcusable deber de la Sede relevar la prescripción de oficio; d) el Dr. Gonzalo Fernández afirmó que “ha operado la lamentable consolidación de la impunidad de los agentes públicos que incurrieron en violaciones de derechos humanos durante la pasada dictadura militar uruguaya”, “sin perjuicio de que, de acuerdo a las normas corrientes del Código Penal, también han prescrito casi todos los delitos” (citado por Langón, en su trabajo “Sobre la prescripción de los delitos de lesa humanidad”); e) la prescripción es un instituto de derecho material o sustantivo, al punto de que las leyes que la regulan siguen las reglas de la propia ley penal en cuanto a la irretroactividad (art. 16 CP), que es consecuencia del cardinal principio de legalidad (arts. 12 de la Constitución y 16 CP); f) para nuestro derecho hace desaparecer el delito, o cuando menos, opera como una verdadera excusa absolutoria que configuraría una forma especial de causal de impunidad; g) este instituto de “materialidad punitiva” configura “el más importante y complejo de los impedimentos de perseguibilidad de la acción” (Zaffaroni, Derecho Penal. Parte General, Porrúa, 2001, pp. 855, 859); h) recientemente, el Juez Lto. en lo Penal de Pando ha archivado una causa por así solicitarlo el Sr. Fiscal, quien en su dictamen, manifiesta: “Huelga decir que en función de las normas previstas por los

artículos 310, 117 inc. 1 literal a) y el 123 del Código Penal, esto es tomando en cuenta el plazo máximo de prescripción, los presuntos delitos denunciados ya se encontrarían extinguidos por prescripción”; i) el derecho es uno solo y debe ser aplicado con equidad, lo cual no se ha respetado en estos procesos (legalidad, irretroactividad de la ley, prescripción debido proceso, etc.); j) manifiesta la sentenciante, que para que pueda aplicarse el cómputo de la prescripción, como otros institutos de derecho, debe existir una plena vigencia de los derechos. No hay duda que ello es así; indicando que luego del año 1985 se impidió la investigación de los hechos, por lo que concluye que “no es computable el plazo de prescripción mientras rigió la ley de caducidad”; k) ello significa, lisa y llanamente, aplicación de la Ley 18.831, cuya inconstitucionalidad manifiesta no se tuvo en cuenta desde que colide con el principio de legalidad y el de irretroactividad de la ley penal; l) en definitiva, la impugnada omite relevar la prescripción (art. 124 CP) 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. Se aboca a una actuación que desborda su jurisdicción (art. 31) y desconoce la inexistencia del presupuesto del presumario (art. 114 eiusdem).

VI) Al evacuar el traslado respectivo (fs. 430/439), la Sra. Fiscal pidió el rechazo de los recursos. Sostuvo entonces: a) el objeto de la indagatoria es cómo se produjo la muerte de AA, quien fuera detenido en la vía pública el 19/8/1973 por las FFAA junto a otras personas (HH e II) por ser militantes del MLN-T y fueron trasladados al Grupo de Artillería N° 1 donde se les sometió a interrogatorios realizados bajo apremios físicos; b) al justamente impedido no le corre término para la prescripción. 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 JJ y a KK). c) 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. No hubo desinterés de los denunciados en la prosecución de las actuaciones, sino que la indagación se estancó por causa de la ley. d) 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); e) 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”; f) desde Nuremberg (1945), el juzgamiento de los delitos de lesa

humanidad es un mandato imperativo e irrenunciable, encima del derecho interno; g) la CIDH, cuyo dictamen es obligatorio para Uruguay (caso Gelman) resolvió que el deber de investigar es una obligación de medios y no de resultado, que “Cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél. Lo cual les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un <control de convencionalidad> entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, interprete última de la Convención Americana”.

VII) Por Res. Nº 2893 de 12/11/2012 (fs. 442/444), la A quo mantuvo la recurrida por sus fundamentos y franqueó la Alzada. Sostuvo además que en la recurrida no se invocó ni siquiera indirectamente la ley 18.831 sino el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana, así como el derecho a un recurso efectivo.

Recibidos los autos, se citó para sentencia (fs. 408 y ss.).

CONSIDERANDO

I) Por unanimidad de sus integrantes, la Sala habrá de confirmar la recurrida, si bien por diversos fundamentos a los expresados en Sent. Nº 41 emitida el mismo día (antes) de conocerse la primer declaración de inconstitucionalidad de los arts. 2º y 3º de la Ley Nº 18.831 (LJU 147, c. 16.474).

II) Está fuera de discusión que para el cómputo de la prescripción, no es computable el período de facto: "...El principio general de que al justamente impedido no le corre término es aplicable al caso al tratarse de un principio general que se inscribe en los derechos inherentes a la persona humana, con recepción en los artículos 7, 72 y 332 de la Constitución..." (ADCU XXI, c. 911).

La Sala de 2º T. (Sent. Nº 263 de 26/8/2010), declaró en el mismo sentido: "...En lo que tiene que ver con el período de interrupción de los derechos y garantías de los justiciables, es evidente que no puede correr término alguno a los mismos, si es manifiesto que existía una imposibilidad material de su ejercicio.

"En el caso, el titular de la acción penal es el Ministerio Público, pero, obviamente, no se aprecia como el mismo podría ejercerla libremente.

"Más allá de la situación de quien correspondiera juzgar el caso, la médula está en el actor, y si el mismo no contaba con la posibilidad de ejercer su poder deber, no le corrió plazo.

"Por lo tanto, resulta contrario a la lógica natural de los hechos que, un funcionario público, dependiente del Ministerio de Educación y Cultura, por más que contara con independencia técnica, pudiera llevar adelante una acción tendiente a la investigación de este tipo de asuntos.

"Por tal razón, el titular de la acción penal estuvo impedido con justa causa, de promover y ventilar este caso, en esas circunstancias"

Por lo mismo, al margen de la aplicabilidad o no del art. 123 CP (TAP 2º sent. cit.), a juicio de la Sala tampoco es aceptable computar el período subsiguiente, durante el cual, antes de que así fuera reconocido legalmente (art. 1º de la Ley Nº 18.831), ni las víctimas ni el titular de la acción pública estuvieron en plenas condiciones de perseguir los delitos encapsulados por el art. 1º de la Ley

15.848, declarada inconstitucional por la Suprema Corte de Justicia en el 2009 (Sent. 365/2009), en proceso (Sabalsagaray) donde P. Ejecutivo y P. Legislativo, se allanaron (Resultando IV).

Todo ello, no obstante su mentada ratificación por la vía de dos plebiscitos: “Hay quienes postulan que la sentencia Gelman no puede ser cumplida pues contraría la voluntad del cuerpo electoral uruguayo. Pero para afirmar eso deberían demostrar que existe algún principio que asegure a los Estados el poder o la posibilidad de sustraerse a los fallos adversos mediante la invocación -cierta o falsa, no interesa- de su impopularidad. Ello es insostenible.

“Los fallos jurisdiccionales no pueden quedar inermes frente al querer mayoritario. Fuera de que en el derecho constitucional comparado se han registrado algunos casos de <apelación popular>, lo cierto es que la aparente democrática que exhibe la solución mentada (en orden a que las sentencias deben ser mayoritarias) se desvanece a poco que se profundice el análisis.

“Desde épocas tempranas del constitucionalismo liberal se aceptó -sin reservas- la idea de que la Jurisdicción debe resolver las controversias mediante la aplicación independiente, técnica e imparcial del derecho objetivo. Pues resulta extraordinariamente disfuncional condicionar el cumplimiento de los fallos al respaldo mayoritario del acto jurisdiccional. Por ello, porque se aspira a que los pleitos sean decididos con arreglo a los parámetros de la racionalidad, se ha reputado necesario institucionalizar un Estatuto de la Judicatura blindando a los jueces de la presión de las mayorías...” (Daniel Ochs, El fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Gelman contra Uruguay, Estudios Jurídicos. Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay, N° 9/2011, pp. 107/108).

III) En público reconocimiento por el Estado (21/3/2012), acerca de su responsabilidad institucional e internacional en el caso Gelman, Uruguay (representado por máximas jerarquías de sus tres Poderes) admitió formal y expresamente la existencia del Plan Cóndor y del terrorismo de Estado. Asimismo, se comprometió a perseguir la responsabilidad criminal, asumiendo la falta de recurso efectivo para las víctimas y de ejercicio pleno de la acción penal, obstaculizado por la inconstitucional Ley 15.848, “interpretada” por la Ley N° 18.831 de 27/10/2011, que pretendiera zanjar toda discusión acerca de

la “irretroactividad” e “imprescriptibilidad” (arts. 2º y 3º). Pero que antes (art. 1º), relevó lo que desde Sabalsagaray había quedado restablecido: “...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”.

Que la Ley de Caducidad se erigió en obstáculo a la investigación de denuncias como la de autos, es indiscutible y relevante para coincidir en el rechazo del incidente. Lo había señalado el sistema interamericano, reiteradamente: “...el Comité de Derechos Humanos también se pronunció al respecto en el procedimiento de peticiones individuales y en sus informes sobre países. En el Caso Hugo Rodríguez vs. Uruguay señaló que no puede aceptar la postura de un Estado de no estar obligado a investigar violaciones a derechos humanos cometidas durante un régimen anterior en virtud de una ley de amnistía y reafirmó que las amnistías para violaciones graves a los derechos humanos son incompatibles con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, indicando que las mismas contribuyen a crear una atmósfera de impunidad que puede socavar el orden democrático y dar lugar a otras graves violaciones de los derechos humanos.

“...El Comité también se refirió a la Ley de Caducidad en Uruguay en ocasión de sus observaciones finales realizadas en los años 1993 y 1998. En esas observaciones el Comité señaló que la Ley de Caducidad violaba los artículos 2-3 (derecho a un recurso efectivo a todas las víctimas de violaciones a los derechos humanos), el artículo 7 (tratamiento cruel de las familias de las víctimas) y el artículo 16 (reconocimiento de la personalidad jurídica) del Pacto. También recomendó al Estado uruguayo tomar las medidas legislativas necesarias para corregir los efectos de la ley de Caducidad y asegurar que las víctimas de dichas violaciones tengan acceso a un recurso útil y efectivo ante las instancias jurisdiccionales nacionales” (apartados 206 y 207 de la Sentencia de la Corte IDH en Gelman vs. Uruguay).

IV) A idéntica solución confirmatoria se arribaría por: a) acatamiento de la sentencia de la Corte IDH en Gelman c/Uruguay (apartado 194: “La Justicia, para ser tal, debe ser oportuna y lograr el efecto útil que se desea o se espera con su accionar y, particularmente tratándose de un caso de graves violaciones de derechos humanos, debe primar un principio de efectividad en la investigación de los hechos y determinación y en su caso sanción de los responsables”) como la Corte Suprema de Justicia Argentina en el caso Bulacio: “Miguel Espósito es un funcionario policial argentino imputado de

haber dado muerte, en 1988, por apremios en una dependencia policial, al joven Walter Bulacio.

“Todas las instancias judiciales argentinas (incluida la Corte Suprema federal) concluyeron en que la causa estaba legalmente prescrita (por cuanto no encontraron que la tortura y el homicidio padecido por Bulacio fuesen parte de una práctica sistemática y por ende subsumible en el estatuto de los delitos de lesa humanidad, por ello imprescriptibles) y así lo declararon.

“La Corte Interamericana de Derechos Humanos, empero, encontró internacionalmente responsable a la República Argentina y la condenó a instruir la investigación, juzgar y, eventualmente, sancionar a los responsables.

“Llegado el caso nuevamente a la Corte Suprema argentina, ésta consignó que, paradójicamente, el fallo supranacional entrañaba agravio a varios derechos fundamentales del reo, en directa contravención al propio Pacto de San José de Costa Rica. Pero, no obstante, entendió que la obligación de acatarlo se debía imponer definitivamente y ordenó entonces la continuación del proceso. Dijo textualmente la Corte Suprema de Justicia de la Nación:

<Que, en cambio, el fallo de la Corte Interamericana soluciona la colisión entre los derechos del imputado a una defensa amplia y a la decisión del proceso en un plazo razonable –íntimamente vinculado con la prescripción de la acción penal como uno de los instrumentos idóneos para hacer valer ese derecho...se plantea la paradoja de que sólo es posible cumplir con los deberes impuestos al Estado argentino por la jurisdicción internacional en materia de derechos humanos restringiendo fuertemente los derechos de defensa y a un pronunciamiento en un plazo razonable, garantizados al imputado por la Convención Americana. Dado que tales restricciones, empero, fueron dispuestas por el propio tribunal internacional a cargo de asegurar el efectivo cumplimiento de los derechos reconocidos por dicha Convención, a pesar de las reservas señaladas, es deber de esta Corte, como parte del Estado argentino, darle cumplimiento en el marco de su potestad jurisdiccional...> (Petracchi y Zaffaroni)” (Ochs, ob. cit., p. 104).

b) O mediante ejercicio por la Sala del control de convencionalidad impuesto por la Corte IDH a todos los jueces uruguayos (Gelman, apartado N° 193): “Cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”).

Dicho control de convencionalidad es admitido -bien que paulatinamente- desde hace tiempo- en Argentina, Chile, Perú, Colombia, etc. Así por ejemplo: “En seguimiento de lo dictaminado por la Corte Interamericana, la Corte Suprema de Argentina ha sido enfática y consistente en establecer el deber del Estado de prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos. Es relevante la actuación de la Corte Suprema cuando el 24 de agosto de 2004 resolvió el recurso de hecho deducido por el Estado argentino y el gobierno de Chile en la causa seguida en el caso de Arancibia Clavel, a quien en primera instancia se responsabilizó entre otros crímenes, por el asesinato en Buenos Aires del general Carlos Prats y su esposa, para que luego la Cámara de Casación cuestionara el tipo penal aplicado para la condena y determinara que la acción penal había prescripto. La Corte Suprema, con base en los actos criminales atribuidos a Arancibia Clavel y probados en el proceso (homicidios, torturas y tormentos y desaparición forzada de personas), determinó que <en función de los principios que emanan de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos> no eran aplicables las normas ordinarias de prescripción. El máximo tribunal argentino reafirmó los principios fundamentales del deber de garantía establecidos por la Corte Interamericana citando in extenso la sentencia del caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. La Corte Suprema expresa muy claramente el enfoque de que la imprescriptibilidad emerge ante todo de que los crímenes contra la humanidad son <generalmente practicados por las mismas agencias de poder punitivo operando fuera del control del derecho penal, es decir, huyendo al control y a la contención jurídica> Y que teniendo en cuenta que las desapariciones forzadas de personas las cometieron en Argentina <fuerzas de seguridad o fuerzas armadas operando en función judicial> no puede <sostenerse razonablemente que sea menester garantizar la extinción de la acción penal por el paso de tiempo en crímenes de esta naturaleza> Basándose explícitamente en decisiones de la Corte Interamericana, concluyó la Corte Suprema en este caso: “...la aplicación de las disposiciones de derecho interno sobre prescripción constituye una violación del deber del Estado de perseguir y sancionar, y consecuentemente,

compromete su responsabilidad internacional” (Diego García Sayán, Justicia interamericana y tribunales nacionales, Anuario de D. Constitucional Latinoamericano, Konrad-Adenauer, 2008, pp. 387/388).

V) Como dijo la Sala (Sent. N° 380/2010) “La sanción al culpable de un delito constituye un derecho humano de la víctima, que amerita una tutela efectiva. La Convención Americana sobre DDHH ratificada por la Ley 15.737, o aún antes, incorporada a la Constitución por vía de su art. 72 (cfm. SCJ, S. 365/09), establece la obligación de cada Estado de proveer a los sometidos a su jurisdicción una debida protección judicial cuando alguno de sus derechos haya sido violado. En el caso de la víctima, se trata de una expectativa que el propio Estado debe satisfacer (Corte IDH, Gómez Palomino vs. Perú, 22/11/2005 y Blanco Romero y otros vs. Venezuela, 18/11/2005, y De la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, 31/01/2008). Se dice que el Estado incurre en responsabilidad internacional cuando sus órganos judiciales no investigan seriamente y sancionan si corresponde a los autores (Comisión IDH, Informe 32/04, caso 11.556, de 11/3/04)...la protección judicial se manifiesta en el derecho que tiene toda persona a un “recurso” sencillo y rápido (Comisión IDH, Informe 52/97, caso 11.218 de 18/11/98), con el alcance que ese término (“recurso”), es sinónimo de acceso, vía judicial o proceso (Bidart Campos, Tratado elemental de derecho constitucional, t. III, Bs. Aires, 1986, pp. 517 y 526)”. (Cafferata, Proceso penal y DDDH, CELS, 2007, p. 54).

En todo caso, la eventual prescripción de los delitos no constituye impedimento para la investigación: “El juez competente se enfrentará a un caso concreto, con las particularidades que cada caso tiene, y advertirá: a) por un lado, que debe cumplir la sentencia internacional que dice que ciertas situaciones no pueden impedir la responsabilidad, y b) por otra parte, normas de derecho interno (e incluso en algún caso el propio artículo 8.4 de la Convención) que establecen limitaciones a la responsabilidad penal. ¿Qué debe resolver el juez si entiende que hay una contradicción...? ¿Cómo se solucionan estos casos? En Uruguay, en el marco de una cultura jurídica fuertemente vinculada a las orientaciones francesas clásicas, en general se pretende una solución general que dé la respuesta para todos los casos que surjan en la realidad. Pues bien, la solución de principio es que se debe cumplir íntegramente con las sentencias (con las nacionales y las internacionales) y no podrán invocarse normas internas para eludir las obligaciones internacionales (artículo 27 de la Convención de Viena).

“De todas formas, cada caso tiene particularidades propias y, con la solución general referida, el juez deberá cumplir con la sentencia, pero tendrá también

sobre la mesa los derechos humanos de los presuntos violadores de derechos humanos y todo lo que surja del caso en particular. Y es sobre estos parámetros que en cada caso se deberá buscar la mejor solución y la que resulte conforme a derecho”; pero “...ningún juez podrá negarse a investigar invocando prescripción del delito, cosa juzgada o ne bis in idem, ya que estos elementos pueden (se verá más adelante) ser obstáculo para la responsabilidad penal de quienes cometieron estos delitos, pero no pueden tener incidencia alguna sobre el derecho a la verdad y a las investigaciones.” (Martín Risso Ferrand, Cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Estudios Jurídicos N° 9/2011 cit., pp. 93/94).

Porque si bien la regla es lo inverso, en algunos casos, la intervención judicial puede darse con independencia que se vislumbre acción, o sea, posible responsabilidad criminal.

Así, por ej., el recurso o garantía constitucional del habeas corpus, atiende antes a la protección de un derecho (libertad ambulatoria, art. 17 de la Carta), que al quehacer delictivo (prisión indebida). Forma parte de la jurisdicción penal, conocer en hallazgos de restos humanos, provocar la intervención forense cuando se da cuenta del fallecimiento sin asistencia, etc. También es el juez penal quien debe disponer sobre los efectos e instrumentos del delito (art. 105 lit. a) CP), aun cuando extinguido (principio de conexión, art. 45 y razonabilidad, art. 5° CPP).

Por cuyos fundamentos; el Tribunal, RESUELVE:

CONFÍRMASE LA INTERLOCUTORIA RECURRIDA.

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE.-