

Visto:

La solicitud de clausura y archivo presentada en autos por las Dras Graciela Figueredo y Estela Arab en calidad defensas letradas del Cnel. ® Nelson Coitinho, Cnel. ® Hugo Garcíacelay y Sgts. ® Felix Machado y Julio Cesar Igarzabal.

Atento:

Que dicha solicitud se presenta invocando la representación de los militares que están siendo indagados en estos obrados alegando la prescripción que dicen haber operado por la investigación de un supuesto delito de homicidio.

Que dicha solicitud se presenta invocando la representación de los militares que están siendo indagados en estos obrados alegando que ha operado la prescripción.-

Afirman que es de aplicación el art. 117 del C.P. en la investigación de un delito de homicidio que supuestamente se haya cometido.

Señalan que en aplicación del art. 119 del C.P., computándose el plazo de prescripción desde la consumación del delito el plazo previsto por el art. 117 ha transcurrido dado que han pasado más de veinte años.

Refieren que para lograr la condena de los indagados y de los investigados, se recurre al art. 123 del C.P. norma que jamás se ha aplicado en la jurisprudencia uruguaya, y por la cual se eleva el plazo de prescripción en un tercio.

Al respecto cita sentencia del año 2001 que avala su posición negando la aplicación de esta norma a casos como el que nos ocupa porque niega que los indiciados revistan la calidad que requiere la norma citada para elevar el lapso de prescripción.

Refieren que, aún aplicando el art. 123 del C.P. el lapso de prescripción se ha cumplido el 28 de octubre de 2011.

Señalan por último que se ha desconocido el instituto de la prescripción en la ley 18.831, cuestionando su constitucionalidad, donde en dicho cuerpo legal se establece que no se computará el plazo de prescripción entre los períodos que reseña dicha normativa.

Concluyen que, siendo un instituto de orden público, la prescripción debe ser declarada de oficio por la sede cuando advierte su acaecimiento por lo que, completado el plazo previsto por la ley, debe declararse la misma y disponer la clausura y archivo de las actuaciones.

De la solicitud se dio vista al Min Pco quien evacuando la misma expresó que no corresponde acceder a lo solicitado. Fundando su posición señala que no existe disposición legal que le imponga al juez interrumpir la indagatoria de un delito por cuanto la obligación que le compete a la justicia es la de investigar para llegar a la verdad de los hechos que se denuncian en sus respectivas sedes. Cita y transcribe parte de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos del caso Gelman vs Uruguay relativa a la obligación de investigar, obligación que está a cargo de todos los organismos del Estado.

Agrega que dado el estado de presuntorio de las actuaciones, los comparecientes no están legitimados para plantear la clausura de las actuaciones sino que esta posibilidad solo la detentan en este momento el Min Pco y el Juez.

Considera además que la ley citada por los comparecientes, tampoco puede considerarse su planteo en esta instancia procesal,

Por auto nro 1748 se dispuso autos para resolución subiendo a tales efectos en fecha 16 de agosto-

En autos se investiga la muerte del ciudadano Julián Basilio López, de 53 años, detenido el 31 de diciembre de 1975 por pertenecer al Partido Comunista del Uruguay. Su detención fue efectuada por miembros de las Fuerzas Armadas y es trasladado al llamado Grupo de Artillería nro 1 donde es interrogado por el indiciado Nelson Coitinho, en ese momento oficial S2 de la unidad. Conforme al relato que se consigna en el expediente conformado por el sumario tramitado en la unidad militar y luego en el juzgado militar de instrucción de 5to turno, se refiere que cuando el detenido sale de la sala de interrogatorio, escoltado por el indiciado Hugo Garciacelay, hacia su celda y en cierto momento el detenido se tira por la escalera hacia abajo golpeándose con los escalones y cayendo al final de la misma provocándose lesiones que llevaron a su deceso. El también indiciado Félix Machado fue el encargado de llamar al enfermero, Julio Igarzabal quien constató el delicado estado de salud y luego su muerte minutos después lo que confirmó el médico militar Nelson Marabotto.

Estas actuaciones tramitadas ante la justicia militar de instrucción culminaron con la clausura de las actuaciones en fecha 22 del mismo mes y año.

Las presentes actuaciones judiciales se dirigen a determinar las razones de la detención de Julián Basilio López, como transcurrió la misma y específicamente las circunstancias previas a su muerte así como las causas de ésta es el objeto de esta investigación presumarial 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 compeadece 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 el 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. Y no lo está por las siguientes razones. Por un lado porque la prescripción, instituto de derecho penal con fundamento que consagra la extinción del delito o de la pena. Más allá de determinar la naturaleza procesal o sustancial o incluso mixta que se discute en doctrina, el fundamento de la prescripción se ha basado en varias razones explicando por ejemplo, Maggiore, que el Estado – ante la fuerza natural del tiempo que cubre de olvido los hechos criminosos, anula el interés represivo, apaga las alarmas sociales y dificulta la prosecución de las pruebas- abdica del ejercicio de su potestad punitiva y el derecho de aplicar la pena ya infligida (Derecho Penal Parte tercera Volumen II pag 363). Por su parte, J. Bustos Ramírez expresa que después de pasado un determinado tiempo se estima innecesaria la pena, no sólo por razones de tipo preventivo-general o especial, sino también en virtud del concepto mismo de necesidad de la pena (Manual de Der. Penal Español pag 460)

Para que pueda aplicarse el cómputo de la prescripción, como otros institutos de derecho debe existir una 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. Se habían suspendidos el ejercicio de numerosos derechos esenciales, aún de los que no pueden suspenderse bajo regímenes de excepción, entre ellos las garantías judiciales para la protección de los derechos individuales.

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 y era y es opinión unánime sustentada en las diversas resoluciones que tienen que atender tal aspecto.

Luego del año 1985, si bien volvió el poder judicial a detentar la competencia exclusiva en los delitos comunes reservando la competencia de los juzgados militares a delitos cometidos en caso de estado de guerra y de naturaleza militar (art. 253 de la Constitución) y se comienzan a presentar las denuncias por hechos ocurridos en años anteriores, dando cuenta de violaciones de derechos esenciales, los juicios no pueden continuar por la sanción y aplicación de la ley 15.848, llamada de caducidad de la pretensión punitiva del Estado que impedía la investigación de los hechos denunciados. Esta situación se prolongó por años, los procesos iniciados se paralizaron y solo continuaron, como en el caso de Marras, luego que la Suprema Corte de Justicia declaró inconstitucional la citada ley 15.848 permitiendo la instrucción de estas actuaciones. Debe conducirse entonces que, siendo impedida la investigación de un hecho con apariencia delictiva, no puede computarse el plazo de prescripción desde que la inacción judicial no obedeció a desidia ni a desinterés sino a un obstáculo legal que impedía el progreso de las actuaciones. En consecuencia, no es computable el plazo de prescripción mientras rigió la ley de caducidad.

Uruguay aprobó el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales así como el Pacto de derechos civiles y políticos y Protocolo facultativo por ley 13.751 del 11 de julio de 1969,

En fecha 8 de marzo de 1985, por ley 15.737, se aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El art. 2do num, 3 literal a) del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos (PIDCP) y el 25.1 de la Convención Americana hacen referencia al recurso efectivo al que tiene derecho toda persona y que, en la medida que el Uruguay ha ratificado e incorporado la Convención y los Pactos, entre otros instrumentos internacionales, debe cumplir. Se encuentra dentro de las garantías judiciales indispensables y que no pueden suspenderse bajo ningún aspecto. Por tales garantías debe entenderse aquellos procedimientos judiciales que ordinariamente son idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos y libertades de las personas.

El derecho previsto en las normas predichas refiere "a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención" - art. 25.1. A su vez, el PIDCP, refiere en similares términos en la norma mencionada al señalar que toda persona a quien le hayan sido violados sus derechos o libertades, "podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales." Indicando luego que "la autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso y desarrollará las posibilidades de un recurso judicial"

La Corte Interamericana, en opinión consultiva formulada por nuestro país desarrolla este concepto refiriendo que los estados partes se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos, recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas de debido proceso legal, todo ello dentro de la obligación general a

cargo de los mismos estados de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción. “según este principio, la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el estado parte en el cual semejante situación tenga lugar. En este sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios”, establece como hipótesis de estas circunstancias la falta de independencia del poder judicial, o que éste carezca de medios para ejecutar sus decisiones, o cualquier otra circunstancia que “configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión, o por cualquier otra causa no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso de justicia “ (Opinión consultiva OC-9/87 del 6/10/87).

Conceptos estos reseñados claramente trasladables a la situación de los denunciantes durante todo el tiempo en que rigió la ley de caducidad. Ha de verse que el derecho de plantear denuncia por presuntas violaciones a derechos individuales no se encontraba prohibida, de hecho las mismas se presentaron durante el correr de los años pero ninguna de ellas pudo sustanciarse en un proceso regular, cumpliendo sus sucesivas etapas hasta llegar a una sentencia de condena o de absolución o de archivo por falta de mérito y ello por cuanto la existencia de otra norma legal, la ley 15.848, impedía el ejercicio de la acción, transformándose esta circunstancia en una barrera al acceso a la justicia. No resulta forzoso concluir que los titulares de las acciones penales entabladas que, mediante aplicación de la llamada ley de caducidad veían paralizado sus procesos judiciales, no les era conferido por el Estado un recurso efectivo para hacer valer sus derechos o denunciar las violaciones de los mismos.

El acceso a la justicia presupone que la “justicia” es impartida a personas, organizaciones o instituciones y que suelen presentarse obstáculos de índole diversa para llegar a ser escuchado y atendido por los operadores de justicia. En toda sociedad civilizada, el Estado debe garantizar a sus ciudadanos la posibilidad de reivindicar la posibilidad de reivindicar sus derechos ante los tribunales, así como también la posibilidad de contar con una defensa adecuada cuando es llamado a responder ante esos mismos tribunales. Esta misma dimensión jurídica del acceso a la justicia es ampliamente reconocida en los textos constitucionales, ya sea de manera indirecta a través del principio de que “todos los habitantes son iguales ante la ley” o de manera más expresa mediante alguna fórmula normativa que garantice el derecho a la tutela efectiva judicial. En la medida que normas internas excluyan a determinados individuos del acceso a la justicia en los términos en que se reseñan, impidiéndoles llevar adelante sus pretensiones, negándoles un recurso efectivo, debe concluirse no solo que el Estado incumplió con su deber general de protección y garante de los derechos individuales negándoles el acceso a la justicia sino que también vulneró normas internacionales que le obligaban expresamente a actuar en tal sentido. 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 este 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 de derecho.

A mayor abundamiento, y en el mismo sentido, la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictada en el caso de Gelman vs 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 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, llevar adelante esta actividad independientemente del parecer de la víctima no pudiendo refugiarse, como acaba de señalarse, en limitaciones que fije su propio sistema jurídico para la inobservancia de este poder-deber de persecución.

Pero además, 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 J. López 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 más elementales como lo son la vida, la integridad física, la libertad, entre otros.

Citando a Faraldo Cabana, la Corte Interamericana de Derechos Humanos expresa "...estas actuaciones de órganos del Estado que suponen la utilización perversa del aparato estatal para su puesta al servicio de la violación sistemática y organizada de derechos humanos son también objeto de Derecho Internacional y del Derecho Penal Internacional cuando pueden encuadrarse entre los crímenes contra la humanidad. Eso sucede en el momento en que a la realización de delitos contra bienes jurídicos individuales básicos como la vida, la libertad, la dignidad o la integridad física de las personas se añade el propósito de destruir de forma organizada y sistemática a un grupo identificable de la población con la tolerancia o participación del poder político de iure o de facto".

La detención de J. López, como la de otros detenidos en operativos militares que se desarrollaban en ese tiempo, obedeció a razones políticas.

Por último, las defensas letradas alegan que el art. 123 del C.P. nunca se ha aplicado en la jurisprudencia uruguaya invocando un fallo judicial del año 2001.

La actual jurisprudencia no participa de esa posición expuesta por la defensa, basta leerla sentencia dictada por la SCJ en recurso de casación de mayo del pasado año 2011 en los autos "Gavazzo Pereira, José Nino y Arab Fernández, José Ricardo- por veintiocho delitos de homicidio muy especialmente agravados en reiteración real", donde hace aplicación de la norma referida.

Por lo expuesto y lo dispuesto por los arts. 10, 67, 69, 78, 113 y concordantes del C.P.P. y normativa citada, se resuelve: no ha lugar a la solicitud de clausura y archivo continuándose con las presentes actuaciones