

Montevideo, 10 de Mayo de 2013

VISTO :

Estos autos caratulados "Testimonio de Autos : Arsuaga , Lucia y otras, Denuncia"" IUE 89-108/2013 incidente de prescripción interpuesto por los indagados Orosman Pereya y Asencio Lucero, seguidos con la intervención del Ministerio Público, Dra. Diana Salvo.

RESULTANDO:

1 - Según surge de autos, se presentó Orosman Pereyra y Asencio Lucero, interponiendo la excepción de prescripción y en consecuencia solicitando la clausura y archivo de estas actuaciones entendiendo que había operado la prescripción en estos autos.

Manifestaron que conforme al art 124 del C.Penal y art 72 de la Constitución , los delitos que se están investigando en estos autos, han prescrito, por lo que corresponde declarar su prescripción, aun de oficio.

2 - Conferido el traslado al Representante del Ministerio Público , este entendió que no correspondía hacer lugar a lo solicitado.

Manifestó que los delitos que se denuncian, son perseguibles en virtud de la legislación internacional vigente, ya que trata de delitos contra la humanidad.

Desde la Declaración Universal de Derechos Humanos formulada en 1948 y luego de la experiencia de los Tribunales Militares de Nuremberg y Tokyo existe conciencia de no tolerarse ciertas conductas.

Entendió por los fundamentos expuestos que los delitos denunciados por sus características deben y pueden ser investigados y sancionados sus autores en atención a los Tratados Internacionales , así como porque la sentencia dictada en el caso Gelman vs Uruguay dispuso el cumplimiento de medidas reparatorias particulares que comprenden a las víctimas y reparatorias generales que se proyectan a la sociedad toda.

CONSIDERANDO.

1-La suscrita no hará lugar a la clausura solicitada por los indagados por entender que la prescripción no ha operado en el caso de autos, por lo menos para hacer lugar a la misma en esta etapa procesal, compartiendo los fundamentos expuestos por la Sra Fiscal actuante.

Cabe señalar y de acuerdo al escrito presentado por Pereyra y Lucero, que estos están legitimados plenamente para interponer la excepción de prescripción.

2-En efecto, la denuncia presentada en estos autos por las denunciadas, refiere a presuntos abusos sexuales cometidos en el período de la dictadura que tuvo nuestro país, durante junio de 1973 hasta marzo de 1985, cuando se instauró nuevamente el régimen democrático.

Surge de la denuncia presentada que durante el período dictatorial un grupo de mujeres fue víctima de diversas torturas, cometidos en centros de detención estatales y/o clandestino, entre ellos, ataques a la integridad sexual, consistentes en manoseos, violaciones, tocamientos lascivos, imposibilidad de concurrir al baño, y cuando eran conducidas al baño, debían permanecer con la puerta abierta o acompañadas por un militar. Las denunciadas consignan haber sido sometidas a ya conocidas torturas, como eran el uso de la picana; el submarino (consistente en sumergir a la persona en un tanque lleno de líquido hasta provocarle asfixia); "colgada"(a la persona se la mantiene suspendida en el aire, los brazos hacia atrás, atados por las muñecas); "plantón" (la persona es obligada a permanecer de pie durante muchas horas, sin permitírsele dormir); "interrogatorios"; el uso permanente durante meses de "capucha" (la persona permanece vendada o con la cabeza enfundada en una bolsa de tela), entre otros tormentos, durante el período que duró la reclusión de éstas.

Del escrito presentado, así como de sus testimonios y las declaraciones testimoniales brindadas en autos, se evidencia que estas mujeres, se encontraban en un estado de vulnerabilidad síquica y física, y a pesar de ello, eran sometidas a estos apremios sexuales. Lo que según surge de la pericia realizada por parte del equipo técnico del ITF, ha generado consecuencias emocionales y psicológicas.

En este sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante

CIDH), expresó que la violencia sexual contra la mujer tiene consecuencias físicas, emocionales y psicológicas para ellas, que se ven agravadas en los casos de mujeres detenidas. Para terminar sosteniendo que la violación por sus efectos es una tortura (cf. sent. del 26/11/96 caso "Penal Miguel Castro vs Peru).

Y este caso es trasladable a la denuncia presentada en autos, pues si bien en algunos casos, no hubo violación, las mujeres detenidas eran obligadas a permanecer desnudas, vigiladas por los hombres armados.

La CIDH sostuvo que la violencia sexual se configura con acciones de naturaleza sexual que se comenten en una persona sin su consentimiento, que además comprende la invasión física del cuerpo humano, aun cuando no haya penetración o contacto físico alguno (párrafos 306 a 308).

Son numerosos Tratados y Convenciones Internacionales, ratificados incluso por nuestro país, que recogen la violencia sexual como una cuestión de género.

Así el Convenio de Ginebra del 12/8/1946; el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12/8/49; El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional aprobado el 17/6/1998, art. 7.1; La Convención Belem do Pará; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Cedaw) aprobada en el año 1979 por la Asamblea General de Naciones Unidas.

Y en el caso Uruguay, concretamente la CIDH en el caso Gelman c/ Uruguay, dictada el 24/2/2011, refiere en varios párrafos a la situación especial de violencia contra la mujer, entendiéndola como Terrorismo de Estado (61, 97, nota de pie N° 25).

Ahora bien, también la Suprema Corte de Justicia de nuestro país, en pronunciamiento dado respecto a la inconstitucional invocada de la Ley N° 15.848 de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado y en relación a la vigencia de las normas internacionales en nuestro derecho, adoptó la tesis monista. Lo que implica la incorporación automática de las normas internacionales en el derecho interno sin necesidad de transformación alguna, ello tanto respecto de las normas internacionales como de las reglas del derecho internacional consuetudinario.

Como consecuencia de esto, las normas internacionales pueden ser invocadas ante los tribunales nacionales y deben ser aplicadas por éstos en casos en que

resulten pertinentes, aun en defecto de la legislación de origen interno.

La suscrita transcribirá parte de la sentencia emitida por la Suprema Corte, pues es de una claridad meridiana y que recoge la doctrina y jurisprudencia más avanzadas respecto al tratamiento de los Derechos Humanos.

Así se ha expresado que "La Corporación comparte la línea de pensamiento según la cual las convenciones internacionales de derechos humanos se integran a la Carta por la vía del art 72 por tratarse de derechos inherentes a la dignidad humana que la comunidad internacional reconoce en tales pactos.

En este sentido, Real enseña que, en nuestro Derecho, es clarísima la recepción constitucional del justnaturalismo personalista, recepción que emana de conjugar los arts. 72 y 82 de la Carta. Este acogimiento expreso de la esencia humanista del justnaturalismo liberal convierte a sus elevadas finalidades en principios generales del Derecho positivo, de transcendencia práctica, de los que no puede prescindir la sistematización técnico jurídica (Real, Alberto Ramón: El Estado de Derecho , en Estudios jurídicos en memoria de Eduardo J. Couture , Montevideo, 1957 pág. 604)

Real sostiene: "En Uruguay, los principios generales de derecho inherentes a la personalidad humana, tienen expreso y genérico reconocimiento constitucional y por tanto participan de la suprema jerarquía normativa de la Constitución rígida: quedan pues al margen del arbitrio legislativo y judicial y se benefician con el control de la inaplicabilidad de las leyes inconstitucionales, en caso de desconocimiento legislativo ordinario (Los Principios Generales de Derecho en la Constitución Uruguaya, 2da edición, Montevideo, 1965, pág. 15).

En la misma dirección, Risso Ferrand, citando a Nogueira, observa que en "América Latina hay una poderosa corriente cada vez más generalizada que reconoce un bloque de derechos integrados por los derechos asegurados explícitamente en el texto constitucional, los derechos contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos y los derechos implícitos donde el operador jurídico debe interpretar los derechos buscando preferir aquella fuente que mejor protege y garantiza los derechos de la persona humana (Risso Ferrand, Martín: Derecho Constitucional t 1 , 2da ed., pág. 114). Como señala Nogueira, en la medida en que los derechos humanos son inherentes a la dignidad humana, ellos limitan la soberanía o potestad estatal, no pudiendo invocarse esta última para justificar su vulneración o para impedir su protección internacional, no pudiendo invocarse el principio de no intervención cuando se

ponen en ejercicio las instituciones, los mecanismos y las garantías establecidas por la comunidad internacional para asegurar la protección y garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de toda persona y de todas las personas que forman parte de la humanidad (citado por Risso Ferrand, ob. cit., págs. 114 y 115).

En este sentido, el art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, preceptúa que un Estado parte no podrá invocar las disposiciones de su Derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Por estas consideraciones y como certeramente lo señala la Dra. Alicia Castro: "... al momento de dictarse la Ley -y, más "tarde, la sentencia- debían tenerse en cuenta los "derechos expresamente mencionados por el texto "constitucional más los que progresivamente se fueron "agregando por la ratificación de diversos tratados "internacionales de derechos humanos, tales como el "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, "aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas el "16/12/66 y ratificado por Uruguay por Ley No. 13.751 del "11/7/69; la Convención Americana de Derechos Humanos "aprobada en el ámbito americano el 22/11/69, ratificada "por Ley No. 15.737 de 8/3/85 y la Convención contra la "Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o "Degradantes aprobada por la Asamblea General de "Naciones Unidas el 10/12/84 y ratificada por Ley No. "15.798 del 27/10/85. De ese modo, el ordenamiento "jurídico-constitucional uruguayo ha incorporado "derechos de las personas que constituyen límites "infranqueables para el ejercicio de las competencias "asignadas a los poderes instituidos, lo que "necesariamente debe controlar el juez constitucional" (Castro, Alicia, ob. cit., págs. 139 y 140). (cf. SCJ sent. 365/2009 del 19/10/2009 integrada por los Dres Larrieux, Ruibal, Van Rompaey, Gutierrez y Chediak).

3 -De lo que viene exponiéndose surge claro que la denuncia que se está investigando en estas actuaciones, refiere a supuestas violaciones de los Derechos Humanos en período del gobierno de facto. Y esto no implica ningún prejuizamiento, ni si los delitos cometidos tienen naturaleza de lesa humanidad o cualquier otra connotación. Sino que estos elementos surgen del contenido de la denuncia y los relatos efectuados hasta este momento por las víctimas y testigos.

Por lo que en opinión de la suscrita, estos delitos, deben ser investigados, en esta etapa presumarial, tanto por el derecho de las víctimas, como la obligación del Estado de investigar lo sucedido, conforme a las normas de rango constitucional e internacional ratificadas por el Estado uruguayo.

La Constitución en el art 332 establece que los derechos que reconocen derechos a los individuos no dejarán de aplicarse por falta de reglamentación respectiva sino que esta habrá de ser subsanada recurriendo a las leyes análogas, a los principios generales del derecho y a las doctrinas más recibidas.

Es nuestra propia Constitución que impone la protección de estos derechos humanos.

4- Entonces, aceptado el reconocimiento del derecho de las víctimas a un proceso, corresponde determinar si en el caso de autos, puede operar el instituto de la prescripción.

Como se adelantará, dicho instituto no puede tener andamio en el caso de autos, por los siguientes fundamentos. Pues en los delitos que aquí se están investigando tienen una característica especial, que es, el referirse a delitos que en su momento estaban comprendidos por la Ley N° 15.848.

El art 1 de la mencionada ley establece , "Reconócese que, como consecuencia de la lógica de los hechos originados por el acuerdo celebrado entre partidos políticos y las Fuerzas Armadas en agosto de 1984 y a efecto de concluir la transición hacia la plena vigencia del orden constitucional, ha caducado el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado respecto de los delitos cometidos hasta el 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 este sentido, el fallo dictado por la CIDH en el caso Gelman vs Uruguay, dictada el 24 de febrero de 2011, establece en sus párrafos 253 y 254 que:

"Para ello, dado que la Ley de Caducidad carece de efectos por su incompatibilidad con la Convención Americana y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en cuanto puede impedir la investigación y eventual sanción de los responsables de graves violaciones de derechos humanos, el Estado deberá asegurar que aquélla no vuelva a representar un obstáculo para la investigación de los hechos materia del presente caso ni para la identificación y, si procede, sanción de los responsables de los mismos y de otras graves violaciones de derechos humanos similares acontecidas en Uruguay.

En consecuencia, el Estado debe disponer que ninguna otra norma análoga, como prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, non bis in idem o cualquier excluyente similar de responsabilidad, sea aplicada y que las autoridades se abstengan de realizar actos que impliquen la obstrucción del proceso investigativo".

¿Esto qué quiere decir? Que no es admisible que si los delitos que se están investigando en esta causa están comprendidos en la Ley N°15.848 por el referido fallo, se habilite, se haga lugar, se prevea, se viabilice, el instituto de la prescripción. Pues desde la más moderna doctrina, el derecho debe centrarse en la protección efectiva de los derechos humanos de las víctimas.

Y esta sentencia, se esté de acuerdo con ella o no, es obligatoria, para el Estado uruguayo, y eso es para cualquier funcionario público, incluido el juez.

Por otra parte, y en uso de sus facultades de supervisar el cumplimiento de los fallos, la Corte Interamericana dispuso que " El Uruguay es Estado Parte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante "la Convención Americana" o "la Convención") desde el 19 de abril de 1985 y reconoció la competencia contenciosa de la Corte en esa misma fecha.

De conformidad con lo establecido en el artículo 67 de la Convención Americana, las sentencias de la Corte deben ser prontamente cumplidas por el Estado en forma íntegra. Asimismo, el artículo 68.1 de la Convención Americana estipula que "Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes". Para ello los Estados deben asegurar la implementación a nivel interno de lo dispuesto por el Tribunal en sus decisiones...En consecuencia, la Corte considera pertinente recordar:

- a) el carácter obligatorio de la Sentencia dictada en el presente caso y determinados alcances de la obligación de los Estados de ejercer el control de convencionalidad, y
- b) determinados estándares aplicables a la cuestión de si, respecto de los delitos cometidos durante la dictadura y que fueron amparados por la Ley de Caducidad, son aplicables los términos ordinarios de prescripción, así como la manera en que debe ser entendido el principio de irretroactividad de la ley penal en relación con lo ordenado en la Sentencia, el Derecho Internacional, la

naturaleza de los hechos cometidos y el carácter del delito de desaparición forzada.

La obligación de cumplir lo dispuesto en las decisiones del Tribunal corresponde a un principio básico del derecho sobre la responsabilidad internacional del Estado, respaldado por la jurisprudencia internacional, según el cual los Estados deben acatar el tratado internacional de buena fe (*pacta sunt servanda*) y, como ya ha señalado esta Corte y lo dispone el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, aquellos no pueden, por razones de orden interno, dejar de asumir la responsabilidad internacional ya establecida. Las obligaciones convencionales de los Estados Parte vinculan a todos los poderes y órganos del Estado, es decir, que todos los poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo, Judicial, u otras ramas del poder público) y otras autoridades públicas o estatales, de cualquier nivel, incluyendo a los más altos tribunales de justicia de los mismos, tienen el deber de cumplir de buena fe con el derecho internacional.

Los Estados Parte en la Convención no pueden invocar disposiciones del derecho constitucional u otros aspectos del derecho interno para justificar una falta de cumplimiento o de aplicación de las obligaciones contenidas en dicho tratado...".

Cabe recordar que nuestro país, como señaló la sentencia de la CIDH, no solo ratificó el Pacto, sino que también se sometió a la jurisdicción de la Corte. En efecto, Uruguay ratificó la Convención Americana de Derechos Humanos, a través de la ley 15.737 aprobada por el Parlamento Nacional el 8 de marzo de 1985. Dicha ley fue promulgada por el Poder Ejecutivo, siendo Presidente de nuestro país, el Dr. Julio María Sanguinetti y publicada en el Diario Oficial el 22 del mismo mes y año.

Pero además, en el instrumento de ratificación de fecha 26 marzo de 1985, depositado el 19 de abril del mismo año en la Secretaría General de la OEA, Uruguay reconoció de pleno derecho la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para entender en todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención.

Entonces, estando el Uruguay sometido, en forma voluntaria, a la jurisdicción de la CIDH, al adquirir el fallo, la calidad de cosa juzgada, la consecuencia es que el mismo es obligatorio, no solo para el caso Gelman sino para cualquier

delito comprendido dentro de la Ley de Caducidad.

En sentencia dictada por la Corte Suprema en Argentina en el caso Espósito, Miguel Ángel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa, referido al conocido caso Bulacio, el 23 de diciembre de 2004, se expreso que :

"Que si bien está fuera de discusión el carácter vinculante de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado Argentino en el sistema interamericano de protección a los derechos humanos (conf. doctrina de Fallos:321:3555), como así también que la obligación de reparar del Estado no se agota en el pago de una indemnización como compensación de los daños ocasionados, sino que comprende además otro tipo de reparaciones como la persecución penal de los responsables de las violaciones a los derechos humanos"

Esta sentencia argentina, reconoce que el fallo de la CIDH vulnera derechos fundamentales del reo, en directa contravención al propio Pacto de San José de Costa Rica. Pero, no obstante ello también se entendió que la obligación del Poder Judicial de acatar el fallo internacional, se debía imponer definitivamente, ordenando la continuación del proceso, no haciendo lugar al recurso interpuesto por la defensa de Esposito.

Incluso, al admitir el recurso extraordinario deducido contra la sentencia que había declarado extinta la prescripción en una causa abierta por hechos que fueron juzgado por aquel Tribunal Interamericano, cuyas decisiones sostuvo la CSJN- resultan de cumplimiento obligatorio para el Estado argentino, por lo cual también ella, en principio debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional.

Por lo tanto, al igual que en Argentina, o incluso en otros fallos dictados contra otros países, las resoluciones de la Corte pueden ir en contra de los principios o normas arraigos en nuestro derecho, pero la decisión de la dicho organismo, tiene la naturaleza cosa juzgada, y no corresponde a este magistrado cuestionar la legitimidad o no de la misma, solo queda su cumplimiento.

Así los fallos de la CIDH son definitivos e inapelables y la propia Convención establece la obligatoriedad de las sentencias al establecer expresamente el

compromiso de los Estados miembros de cumplir las decisiones dictadas en todo caso en que sean partes (art 67).

Por lo tanto las sentencias son de cumplimiento obligatorio para las partes y se deben ejecutar en forma inmediata y directa (Vide Ayala Corso, Carlos - La ejecución de las sentencias de la CIDH - Estudios Constitucionales , Año 5 N° 1 pág 130).

La calidad de cosa juzgada que adquiere una sentencia, ya sea dictada por un órgano nacional o internacional, hace que la misma tenga la nota de inimpugnable, inmutable y coercible.

Y su fundamento radica en que las sentencias deben cumplirse y no pueden estar revisándose , considerando su contenido como una verdad judicial, que es la verdad en el mundo jurídico, o por lo menos el mayor grado de certeza oficial (cf. Barrios de Angelis , Teoría del Proceso, Bs As 1979), encontrando su fundamento en distintas teorías.

Pero lo cierto, es que más allá del fundamento teórico de la cosa juzgada, lo resuelto adquiere la imposibilidad de ser revisado, por lo menos en esta instancia judicial.

Y esta nota que adquiere una sentencia, se impone en el proceso. Y teniendo en cuenta lo resuelto por la CIDH y en especial, luego del pronunciamiento de la Corte, de marzo de este año, en el seguimiento del cumplimiento de la sentencia Gelman, se desprende que dicha sentencia dictada, como se dijera ut supra, no solo refiere al caso Gelman, sino a cualquier delito comprendido en la Ley de Caducidad.

Ello por cuanto , surge de la propia demanda instaurada, del propio fallo en cuanto a remisiones a otros fallos y, por último, de la clara resolución del mes de marzo del corriente año. Concluyendo que existe la obligación del Estado de investigar estos delitos y que no pueden existir obstáculos para ello.

Así, la demanda promovida estableció un petitorio claro y concreto en cuanto pide determinar la responsabilidad por la desaparición forzada de María Claudia García de Gelman y su hija, y de otras graves violaciones de derechos humanos similares acontecidos en Uruguay.

Esto último , implica que la sentencia no solo tenga un alcance a la desaparición

forzada de María Claudia García , sino también a otras graves violaciones de derechos humanos similares acontecidas en Uruguay.

Pero , también surge del propio fallo, en cuanto el párrafo 253 y 2544 de la sentencia, ya mencionados.

Como señala Risso , esto confirma también los efectos generales de la sentencia, siguiendo la jurisprudencia constante de la CIDH (cf sent 1473/2001 caso Barrios Altos vs Perú; sent 15/6/2005 caso Comunidad Moiwana vs Suriname).

Y si había alguna duda, con la Resolución de la CIDH del 20/3/2013 ya citada donde se dice "&La Sentencia dictada por la Corte Interamericana es vinculante para el Estado, por lo cual, en cumplimiento de la misma, todos sus órganos e instituciones, incluyendo el Poder Judicial en todos sus niveles, deben continuar adoptando todas las medidas que sean necesarias para investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos que por su naturaleza sean imprescriptibles, en los términos de los párrafos considerativos 183 a 194, 230 a 246, 252 a 256, 274 y 275 de la Sentencia y de los párrafos considerativos 43 a 103 de esta Resolución", no cabe duda al interprete en cuanto a que la sentencia debe cumplirse y no solo para el caso concreto Gelman.

Entonces, habida cuenta que nuestro país se encuentra sometido voluntariamente a los fallos de la Corte Interamericana, está plenamente integrado al sistema mundial y regional. Y como señala Zaffaroni esto implica que las normas de los tratados de derechos humanos completan las leyes de superior jerarquía que deben aplicarse en la construcción teórica del derecho penal (Manual de Derecho Penal, pág. 154).

En consecuencia, siendo la sentencia dictada por un órgano, al cual nuestro país se encuentra sometido, no queda otra solución que acatar el mismo, bajo pena de responsabilidad del Estado. Y acatar el fallo en esta etapa implica instruir la denuncia presentada, dejando de lado la defensa esgrimida por los denunciados.

Risso expresa que luego de dictada la sentencia de la CIDH en el caso Gelman, esta tiene diversos efectos , entre ellos, los que surgen del punto 11 de la parte dispositiva que dispone : "El Estado debe garantizar que la ley de Caducidad de la Pretensión punitiva del Estado, al carecer de efectos por su incompatibilidad con la Convención Americana y la Convención Interamericana sobre

Desaparición Forzada de Personas, en cuanto puede impedir u obstaculizar la investigación y eventual sanción de los responsables de graves violaciones a los derechos humanos, no vuelva a representar un obstáculo para la investigación de los hechos materias de autos y para la identificación y , si procede , sanción a los responsables de los mismos , de conformidad con los párrafos 253 y 254 de la sentencia".

Cuando se plantea una posible prescripción, el juez se enfrenta a las disposiciones de la sentencia internacional que dice que ciertas situaciones no pueden impedir la responsabilidad y por otra parte, normas de derecho interno, incluso algunas propias del art. 8.4 de la Convención, que establecen limitaciones a la responsabilidad penal, surge la interrogante que es lo que debe hacer el juez. Pues bien, concluye el autor, que la solución de principio es que se debe cumplir íntegramente con las sentencias (nacionales e internacionales) y no podrán invocarse normas internas para eludir las obligaciones internacionales (art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados) . Expresa el autor que "ningún juez podrá negarse a investigar invocando prescripción del delito, cosa juzgada o ne bis in ídem , ya que estos elementos pueden ser obstáculo para la responsabilidad penal de quienes cometieron estos delitos, pero no pueden tener incidencia alguna sobre el derecho a la verdad y la investigación" (cf. Jurisprudencia constitucional uruguaya, en Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales: El control de la convencionalidad, 2011, pag 182 y ss).

En el mismo sentido se ha dicho que: "El sometimiento de un estado parte de la CADH a la competencia contenciosa de la Corte IDH depende del reconocimiento que este haya efectuado de tal competencia.

Así, aquel estado que la ha reconocido se encuentra comprometido a cumplir la decisión de la Corte IDH cuando él mismo es parte en el caso sometido al conocimiento de esta" (cf. Sistema Interamericano de Protección de los derechos humanos y el derecho penal Internacional, Konrad Adenauer, pág. 63).

Este criterio ha sido seguido por la Fiscalía de Corte en nuestro país, en dictamen emitida en los autos caratulados "Machado Badaracco , Tranquilino; Un delito de Homicidio ; Excepción de Inconstitucionalidad" IUE 2-42822/2008)

En consecuencia, habiéndose sometido el Uruguay a la jurisdicción de la CIDH,

el Estado debe cumplir de buena fe sus obligaciones generadas por el derecho internacional. No puede el Estado, dejar de cumplir so pretexto de normas de rango legal o constitucional , como lo es en el caso de autos, el instituto de la prescripción, criterio seguido por la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia , sentencias como seguimiento u opiniones consultivas.

5- Por último, y aun cuando se entendiera que dicha sentencia no tiene la calidad de cosa juzgada, y que la misma solo refiere al caso Gelman, también debe el juez entrar al análisis del llamado control de convencionalidad, al cual la propia CIDH se refiere.

Este control consiste en verificar la adecuación de las normas jurídicas internas que aplican en casos concretos a la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos y a los estándares interpretativos forjados por la CIDH. (cf. El Control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas, Víctor Bazán pág. 18).

En efecto, este control a diferencia del control de constitucionalidad, es un control difuso, pues está a cargo de todos los magistrados. E implica, en definitiva, que frente a dos normas, como podría ser una norma de rango nacional y otra establecida en la Convención, el juez debe controlar y aplicar la norma prevista en la Convención.

De esta manera, se asegura que cualquier miembro del Estado, cuando va a aplicar una norma debe hacer este contralor previo, Y cuando haya una discordancia deberá aplicar la convención.

Así en numerosos fallos se ha recogido este criterio de contralor. Por ej. Monasido vs Chile, en 2006, donde se establece que los jueces están sometidos a sus leyes pero deben hacer un contralor de la convencionalidad. Lo mismo que en 2007, respecto a Trabajadores de Perú; en 2010 en el caso Cabrera, García y Montiel Flores y más recientemente y vinculado a nuestro país, la ya multicitada sentencia de Gelman.

La propia CIDH ha señalado que "Por otro lado, se ha acuñado en la jurisprudencia interamericana el concepto del "control de convencionalidad", concebido como una institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional, en este caso el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la

jurisprudencia de este Tribunal. Pero cuando un Estado es Parte en un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, también están sometidos al tratado, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, de modo que decisiones judiciales o administrativas no hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de las obligaciones internacionales. Es decir, todas las autoridades estatales, están en la obligación de ejercer ex officio un "control de convencionalidad" entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. 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. De tal manera, el Estado "es el principal garante de los derechos humanos de las personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, [en su caso,] reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos".

De tal modo, el control de convencionalidad es una obligación propia de todo poder, órgano o autoridad del Estado Parte en la Convención, los cuales deben, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, controlar que los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción sean respetados y garantizados. Así adquiere sentido el mecanismo convencional, el cual obliga a todos los jueces y órganos judiciales a prevenir potenciales violaciones a derechos humanos, las cuales deben solucionarse a nivel interno teniendo en cuenta las interpretaciones de la Corte Interamericana y, solo en caso contrario, pueden ser considerados por ésta, en cuyo supuesto ejercerá un control complementario de convencionalidad.

En ese supuesto, el "control de convencionalidad" constituye una herramienta útil, adecuada y necesaria para lograr el cumplimiento y debida implementación de la sentencia internacional, en la medida en que esta institución permite aplicar no sólo el Derecho Internacional y particularmente el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sino también posibilita cumplir con la obligación internacional derivada de la sentencia interamericana de conformidad con el artículo 68.1 de la Convención Americana. De ahí se deriva

la importancia que adquiere un adecuado ejercicio y entendimiento del "control de convencionalidad" para el debido cumplimiento de una sentencia interamericana (cf. Resolución de la CIDH 20/3/2013, Caso Gelman vs Uruguay).

Señala Humberto Nogueira que los Estados solo pueden excusarse del cumplimiento de un tratado internacional, cuando éste se ha celebrado en forma inválida, cuando el Estado no ha concurrido a través de las autoridades constitucionalmente establecidas para comprometer la voluntad del Estado en cada etapa prevista por la Constitución o no se ha seguido el procedimiento formal establecido en ella. El Estado no puede establecer unilateralmente obstáculos al cumplimiento de sus obligaciones internacionales (art. 27 de la Convención de Viena), porque los tratados no son preceptos legales, como bien lo determina y diferencia el art. 82 nal. 2 y porque el control de inaplicabilidad se refiere solo a los aspectos de contenido de los preceptos legales no a su procedimiento de incorporación al ordenamiento jurídico. Asimismo, el control de constitucional es imposible respecto a un tratado ya que no depende de la validez de una norma (cf. Las Constituciones latinoamericanas, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, pág. 174).

Nuestra jurisprudencia nacional ha admitido el control de la convencionalidad, así "Como dijo la Sala (Sent. 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 aun antes incorporada a la Constitución por vía del art 72 (cf sent. SCJ 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. Sent 380/2010). En el caso de la víctima, se trata de una expectativa que el propio Estado debe satisfacer (Corte IDH, Gómez Palomini vs Perú 22/11/2005 y Blanca Romero y otros vs Venezuela, 18/11/2005 y de la Masacre de Pueblo Bellos vs Colombia (31/1/2008). 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 del 11/3/04) (cf. TAP 1, sent. 84/2013).

Como se señalara la Convención fue ratificada por ley en nuestro país, y en ella se establece diversos derechos, a la vida, a la integridad personal, a la libertad personal y a la obligación de sancionar estas violaciones en forma seria y efectiva reconocidos en los artículos 3, 4, 5, 7 y 1.1 de la Convención.

Por lo tanto, de haber alguna norma de derecho interno, en este caso vinculado a la prescripción, que colida o impida dar cumplimiento a la Convención, debe primar la norma internacional por los fundamentos ya expuestos.

En conclusión, como señala Risso "La sentencia de la CIDH es muy clara en cuanto a que no pueden presentarse obstáculos a las investigaciones y excluye expresamente las hipótesis de cosa juzgada, prescripción de delitos y non bis in idem. Es evidente que en ningún caso podrá invocarse ninguna de estas situaciones para detener o no reanudar las investigaciones. Es claro el derecho de las víctimas a saber qué pasó y, en el caso de los desaparecidos, a que se busquen seriamente los restos.

Por lo tanto ningún juez podrá negarse a investigar invocando prescripción del delito, cosa juzgada o non bis in idem, ya que estos elementos podrían (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.....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)...Las sentencias de la CIDH podrán no compartirse, podrán criticarse pero, como toda sentencia, deben ser cumplidas en su totalidad" (cf Cumplimiento de la sentencia de la CIDH... Pag. 11 y ss.).

En virtud de los fundamentos expuestos se resuelve;

No hacer lugar a la excepción de prescripción interpuesta por Orosman Pereyra y Asencio Lucero y en su mérito continuar con las actuaciones presumariales.

Consentida o ejecutoriada vuelvan para resolver lo que corresponda al estado de estos obrados.

Notifíquese.

Dra. Julia Elena STARICCO
CAMPODONICO

Juez Letrado