

Montevideo, 8 de Diciembre de 2014

VISTOS:

Estos autos caratados "TESTIMONIO DEL EXPEDIENTE 87 289 1985, JULIO CASTRO URES DENUNCIADA" IUE 87 76 2012 seguidos con la Dra. María de los Ángeles Camiño por el Ministerio Público y las defensas de los Dres. Santiago Invidio, Álvaro Magliano, Laura Vignali, Estela Arab, Rosanna Gavazzo, Graciela Figueredo, Sergio Fernández Galván.

RÉSULTANDO:

- 1) Que en los principales, a fs. 1313 se inició el sumario penal. En esa resolución se dispuso la formación de pieza presumarial por separado para investigar conductas delictivas comprendidas en enterramientos clandestinos.
- 2) Por resolución de alzada de fecha 22 de mayo de este año se resolvió que la pieza presumarial debía tramitar con el sumario.
- 3) En este presumario se celebraron audiencias hasta el día 25 de junio de este año.

CONSIDERANDO:

- 1). En estos autos presumariales se han planteado distintas cuestiones incidentales.
 - A) La primer cuestión incidental es la que tiene inicio a fs. 1483 donde los Dres Sergio Fernández, Estela Arab, Rosanna Gavazzo y Graciela Figueredo reclamaron la declaración de prescripción de la causa, por todas las personas que los habían designado.Esta cuestión ha sido resuelta en primera instancia en la pieza 87-109 2014. En efecto. De esa pieza surge a fs. 1494 la referida demanda incidental, a fs. 1497 la resolución interlocutoria, a fs. 1511 las vías recursivas, a fs. 1553 el traslado de los recursos, a fs. 1629 y sts el Ministerio Público evacuó el traslado conferido, a fs.1696 por interlocutoria 1997/2014.

ella. Y se elevaron en alzada.

Corresponde en este punto corregir lo expresado por este mismo despacho, pues, a fs. 1780 punto 2 in fine y 1781 punto 3 in fine.

B) La segunda cuestión incidental tiene inicio a fs. 1517, por los Dres Sergio Fernández y Rosanna Gavazzo por Heber Calvetti y Julio Carmelo Cianciarullo. Este incidente tuvo el siguiente trámite. A fs. 1621 surge que se dio traslado al Ministerio Público. A fs. 1622 surge que el Ministerio Público evacuó el traslado. A fs. 1631 surge que por resolución 565/2014 se resolvió la pretensión en forma negativa. A fs. 1657 consta que las defensas recurrieron la resolución 565/2014. A fs. 1659 surge que se dispuso el trámite de los recursos en pieza separada, a efectos de poder instruir en la presente pieza presumarial. Pues bien. A fs. 1663 de la pieza 87 109 2014 surgen los recursos presentados ante la resolución 565/2014. A fs. 1676 surge que el Ministerio Público evacuó el traslado conferido. De fs. 1696 y sts surge que por resolución 1337/2014 la sede no hizo lugar a los recursos de reposición y franqueó la alzada. Los autos se elevaron, a los efectos vistos, a alzada.

C) La tercer cuestión incidental fue planteada a fs. 1690: nulidad de todas las actuaciones que surgen del expediente. Comparecieron los Dres Sergio Fernández, Estela Arab, Rosanna Gavazzo y Graciela Figueredo pero no por todos sus defendidos sino por: Raúl Blanco, Regino Burgueño, Carlos De León, Félix de los Santos, Albérico Rodríguez, Heber Calvetti, Julio Cianciarullo, Horacio Fantoni, Gustavo Cadarso, Francisco Benditto, Wilson Fernández, Ramón Morales, Carlos Perdomo, Acemar Pérez, Julio Ravecca, Carlos Rodríguez, Raúl Saravia, Hebert Figoli, Julio Fagoaga, Adolfo Sequeira, Carlos Silva, Mario Zerpa, Moisés Cardozo, Juan Cirilo, Roberto Durante, Julio Fernández, José Grasso, Alberto Latorre, Lionel Milone, Edison Reyna, Diego Sader, Sergio Spinelli, Heber Racedo, Diego Cardozo, Gilberto Inuta, Víctor Pertusatti, Jorge Pioli, Oscar Bermúdez, Hugo Ferreira y Romualdo Varela.

De la demanda incidental se dio traslado a fs. 1692.

A fs. 1698 surge que el Ministerio contestó el traslado conferido. Fuera de término (fs. 1703v). A fs. 1756 en forma improcedente el Ministerio Público volvió a expedirse sobre la pretensión de nulidad. Por auto 2027/2014, de fs. 1750, se denegó la declaración de nulidad pretendida. De fs. 1811 surge la recurrencia contra la resolución 2027/2014, presentada en tiempo. A fs. 1825 y sts contestó los recursos el

D) La cuarta cuestión incidental tiene inicio a fs. 1693 y consiste en un recurso de reposición contra el auto 3216/2013 de fs. 1543 y de reposición y apelación contra el auto 808/2014 de fs 1659.

A fs. 1697, de los recursos, se dio traslado.

A fs. 1698 el Ministerio Público evacuó el traslado en forma extemporánea (fs. 1732).

E) La quinta cuestión incidental inicia a fs 1704. Comparece la Dra Rosanna Gavazzo por el Sr. Daniel García. Reclama la clausura por prescripción.

A fs. 1754 se dio traslado al Ministerio Público.

A fs. 1755 el Ministerio Público evacuó el traslado.

A fs. 1780 por decreto 2027/2014 no se hizo lugar a la prescripción.

A fs. 1811 se recurrió con reposición y apelación. En tiempo.

A fs. 1824 de los recursos de confirió traslado.

A fs. 1825 el Ministerio Público evacuó el traslado. La Sra fiscal allí hizo caudal de la jurisprudencia internacional y nacional, del concepto de delito de lesa humanidad, del terrorismo de Estado, del derecho internacional convencional y consuetudinario.

F) La sexta cuestión incidental aparece planteada a fs. 1707. Comparece la Dra. Graciela Figueredo por Heber Cappi, Sergio Caubarrere, Juan Da Silva. Reclama clausura por prescripción de la acción penal.

A fs. 1754 se dio traslado al Ministerio Público.

A fs. 1755 el Ministerio Público evacuó el traslado conferido, en tiempo.

A fs. 1780 por auto 2027/2014 no se hizo lugar a la pretensión.

A fs. 1811 se interpuso reposición y apelación. en tiempo.

A fs. 1824 se confirió traslado al Ministerio Público.

A fs. 1825 evacuó el traslado el Ministerio Público, en tiempo.

2). En relación a la nulidad planteada este despacho no hará lugar al recurso de reposición. La actividad procesal desarrollada no llegó a dañar de forma alguna a los reclamantes, por lo que el principio de trascendencia impide que se haga lugar a lo pretendido. La única actuación probatoria posterior al 22 de mayo de este año es inocua respecto de los reclamantes. El principio de trascendencia impide atender la reclamación de nulidad (Revista de Derecho Penal 11 casos 757, 760, 765, 766, 767, 768. RDP 12 casos 249, 251, 252, 253. RDP 14 casos 123, 124, 125. RDP 16 caso 304. RDP 18 casos 179, 180, 181, 182. RDP 19 casos 287, 288, 290. RDP 20 casos 230, 231. RDP 21 caso 222). Esta reclamación de nulidad, en la medida en que pretende la nulidad de todo lo actuado,

no persigue corregir errores procedimentales que cercenen garantías sino alargar el proceso, dilatarlo, más allá de lo que ha ocurrido con estas causas cuyos hechos básicos ocurrieron el siglo pasado. Es inevitable relevar el ánimo defensorista dilatorio.

3). En relación al efecto suspensivo de los recursos, se mantiene la recurrida 3216/2013 de fs. 1543 por los argumentos expuestos en la misma resolución atacada. La jurisprudencia ha relevado el efecto no suspensivo de la recurrencia (Revista de Derecho Penal N° 15 caso 202, TAP 2° turno sentencia 211/2002 Ministros Dardo Preza Restuccia, Alfredo Gómez Tedeschi, William Corujo). Precisamente en este tipo de procesos se ha procurado enlentecer y detener las instrucciones a efectos de que el juicio muera antes de comenzar. Mediante continuo planteamiento de incidentes sucesivos en presuntorio (de los cuales se pretende efecto suspensivo): La Justicia Uruguay caso 15273, TAP 3° S. 106/2006 de 13 de marzo de 2006. Estos trámites no han sido la excepción.

4). En cuanto a los recursos contra el auto 808/2014, la sede no realizará más diligencias probatorias en espera del principal, por lo que, de esta forma se hace lugar, en lo medular, a la pretensión de los Sres defensores. Por virtud de los principios procesales repasados, el despacho quiere evitar la menor posibilidad de que se produzca indefensión de los citados a declarar. Por lo tanto, dispondrá la suspensión de los trámites.

Por un lado, el superior procesal ha dispuesto que esta investigación se acorde al sumario. En esto llevan razón los recurrentes. Por tanto, esperará el despacho el regreso los autos sumariales para proseguir, en lo posible, lo que quede pendiente en estas piezas.

Por otro lado, ante la posibilidad de que algo de lo actuado en las instancias superiores, desde el 22 de mayo de este año en adelante, pueda interesar en alguna medida a la defensa de los citados en estas piezas, procede que este despacho declare que suspenderá la instrucción que venía desarrollando.

Por lo demás, las emergencias de fs. 1539, 1727, hacen que otra diligencia probatoria, en este momento no sea viable fácticamente, ni productiva. Es necesario señalar que los interrogados en su mayoría se han negado a declarar pero ello constituye un derecho que les asiste como indagados.

Esto supone entonces que las reclamaciones contra lo dispuesto por los decretos 3216/2013 y 808/2014, fs. 1543 y 1659, quedan sin contenido.

5). En relación a los incidentes iniciados a fs. 1704 y 1707 no se hará

consecuencia.

A lo expuesto por este despacho en el decreto 2027/2014 de fs. 1780 y sts, especialmente fs. 1784 y sts, cree el despacho del caso agregar doctrina y jurisprudencia en apoyo de la argumentación de la pervivencia de la acción.

Gustavo Daniel Franceschetti, de la Asociación Argentina de Derecho Penal, profesor adjunto de derecho penal I en la Facultad de Derecho de la Universidad de Rosario sostuvo que los fallos de la CSJN en los casos "Simón", "Arancibia", "Videla", "Mazzeo" etc no violan la normativa interna de garantías porque los hechos acaecidos estaban regidos por el Derecho Internacional penal, que tiene sus propias reglas y principios, que la costumbre internacional y los tratados deben ser admitidos con su importancia como fuentes del derecho en este tema, que se debe salir de lo estrecho del iuspositivismo para ir al iusnaturalismo porque el apego a las normas vigentes demostró ser el óbice para poder hacer justicia, que el derecho no puede quedar al margen de la idea de justicia, se basó en la idea de Radbruch de que el injusto no es derecho, que entre la justicia y la utilidad debe elegirse la justicia, que la verdad y la justicia no pueden ser relegadas por la seguridad y certeza cuando los hechos han adquirido una dimensión que la ley interna no previó ni podía prever, que sólo el derecho internacional puede impedir o sancionar los abusos de personas que están detentando el poder desde el gobierno; que existe un consenso social respecto a que ciertas conductas asumidas como políticas de Estado no deben quedar impunes y que esto justifica erigir una nueva rama del derecho para juzgar estas conductas; que el derecho internacional está construido para vencer las barreras vigentes en los derechos internos, invocadas por los que hicieron abuso de poder al margen de toda ley pretendiendo legitimar amnistías o con el simple argumento de mantenerse en el poder por el tiempo suficiente para que opere la prescripción, que los límites del derecho penal liberal fueron concebidos ante un poder punitivo legitimado mientras que el derecho internacional penal busca evitar que esos límites se invoquen en toda su extensión cuando se hizo uso del poder punitivo sin pretensiones de legitimación, como un Estado paralelo; que este derecho penal internacional norma que la costumbre es fuente de derecho penal, la imprescriptibilidad, relajación de las garantías típicas del derecho penal común; y que los delitos de terrorismo, tráfico de estupefacientes, etc, no serán alcanzados por este derecho penal internacional sino que se mantendrán en su parqué local; que los valores de justicia y verdad han logrado, desde el consenso valorativo, romper el hermetismo del positivismo, "Delitos de lesa humanidad, Reflexiones acerca de la jurisprudencia de la SCJN", Asociación Argentina de Profesores de Derecho

Penal y Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, Ediar 2009, pp 61, 62, 63, 64, 65.

Roberto Gargarella, Profesor de derecho constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires, señala que no se puede aceptar como derecho válido a cualquier norma dictada bajo cualquier circunstancia, por el solo hecho de que cuenta con el respaldo de la fuerza detrás: que la autoamistía militar en Argentina contó con el respaldo de la fuerza y llegó con "vigencia" a la democracia, que este tipo de normas puede alcanzar una facticidad pero no validez, no son derecho porque son meramente normas respaldadas por la fuerza estatal pero carecen del sostén del consenso, son normas meramente fácticamente vigentes; no se puede aceptar como derecho válido lo que es fuerza pura, p. 67 a 70, "Delitos de lesa humanidad..."

Guillermo Lláudet Mazza, miembro de la Asociación argentina de Profesores de derecho penal ha recordado que el discurso jurídico de los DDHH, encarnado en el plano del Derecho positivo universal y regional a partir de 1945, produce efectos directos e inmediatos en el plano normativo, ideológico y político, instituye límites que ninguna mayoría nacional puede desconocer y legítima o deslegítima las acciones y omisiones estatales relativas a las personas, que los derechos humanos no frenan la omnipotencia de los Estados imperiales pero sí los deslegítiman y les recuerdan que cuando dicho poder cese, el derecho y la justicia los estarán esperando sin que exista ninguna norma interna que pueda impedirlo; que la teoría de Radbruch acerca de que la injusticia extrema no es derecho tiene en la actualidad una fuente positiva y claro legado histórico del iusnaturalismo que intenta limitar la voluntad absoluta del poder de turno; trae a colación las teorías que dicen que la Constitución debe interpretarse evolutivamente, conforme el cambio de los valores de la sociedad y la atención que requieren aquellos momentos históricos en los que operan cambios sustanciales de los paradigmas valorativos y por consiguiente interpretativos; el autor celebra el dictado de las sentencias en los casos "Simón" y similares, desde la idea de protección de los DDHH, p. 77 a 85.

Carlos Mahiques, de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal, Profesor de la Pontificia Universidad Católica de Buenos Aires, recuerda la dicotomía entre derecho penal social y derecho penal liberal, que el derecho penal liberal nació para controlar los desbordes del poder estatal a partir de la Revolución Francesa. Dice que el derecho penal liberal no conservó su forma pura por mucho tiempo, que apenas el Estado asumió la tarea de protección de la sociedad y de su entramado, surgió la idea de protección de la sociedad, que

penal como social y que por esto apareció el derecho penal democrático, pp 87, 88 obra que se viene citando "Delitos de lesa humanidad, reflexiones acerca de la jurisprudencia de la SCJN" Ediar 2009. Agregó que el derecho penal democrático protegía a la sociedad mediante la protección de los bienes jurídicos pero con respeto de las garantías individuales. Recordó que el Tribunal de Nüremberg apeló al argumento moral contra la aplicación escandalosa de la legalidad formal, p. 89. Recuerda que toda Constitución establece las normas básicas de convivencia social que responden a consensos básicos y valores culturales comunes; que la base fundamental de reglas contenidas en la Constitución es actualizada permanentemente por la actuación de los actores sociales, que los consensos valorativos materiales pueden denunciar la necesidad de modificar los consensos valorativos formales; que entre las normas valorativas formales están las de garantía individual pero entre las valorativas materiales está la que exige la no impunidad de ciertas conductas; que a partir de la jurisprudencia de la Corte y de los Tribunales internacionales aparece un consenso valorativo material de preeminencia de los postulados del Derecho internacional penal por sobre los principios básicos del derecho penal, cuando se presentan hipótesis de colisión; en el Estado de derecho contemporáneo pareciera que el consenso valorativo material relativo a los principios y garantías propios de la concepción liberal del derecho estaría trasuntando un cambio de paradigma, en la misma concepción del derecho penal democrático, por cuanto se ha comenzado a habilitar el relajamiento de garantías esenciales cuando se trata de crímenes contra la humanidad, ob. cit. pp. 89-93.

Ahora bien. El despacho no cree en la validez del relajamiento de las garantías individuales. Cree en que el derecho logrado con violencia, con extorsión, con presión insoportable que desde unos grupos de presión cae sobre los legisladores, como el que se dio respecto de la ley 15848 (tal cual surge de la discusión parlamentaria y del propio texto legal) no habilita la producción de las consecuencias jurídicas normales del paso del tiempo, entre las que está la prescripción.

En la sentencia 878/2014 de 27 de octubre de 2014, la Suprema Corte de Justicia en mayoría no hizo lugar a la solicitada declaración de inconstitucionalidad de la ley 18831.

En la sentencia 894/2014, de 29 de octubre de 2014, la Suprema Corte de Justicia, con distintos argumentos, no hizo lugar a la pretendida declaración de inconstitucionalidad de las leyes 18026 y 18831, que se pretendiera en presuntorio penal por violación de DDHH.

Es relevante la tendencia jurisprudencial a no impedir la instrucción de

estos asuntos, originados en denunciadas violaciones a DDHH ocurridas en Uruguay a partir de las últimas décadas del siglo pasado. Corresponde que el despacho no haga lugar a los recursos de reposición relacionados con la pretensión de declarar prescriptas las acciones penales.

6). Por los argumentos expuestos y lo dispuesto por las normas colacionadas y los arts 252 y 292 y sts del CPP

SE RESUELVE:

I. NO HACER LUGAR A LOS RECURSOS DE REPOSICIÓN RESPECTO DEL INCIDENTE INICIADO A FS. 1690 Y ELEVAR EN APELACIÓN LOS AUTOS A SU RESPECTO.

II. NO HACER LUGAR AL RECURSO DE REPOSICIÓN ÍNTERPUESTO CONTRA LA RESOLUCIÓN 3216/2013 DE FS. 1543.

III. NO HACER LUGAR AL RECURSO DE REPOSICIÓN RESPECTO DEL DECRETO 808/2014 DE FS. 1659. Y ELÉVENSE EN APELACIÓN A SU RESPECTO.

IV. NO HACER LUGAR AL RECURSO DE REPOSICIÓN RESPECTO DEL INCIDENTE INICIADO A FS. 1704. Y ELÉVENSE EN APELACIÓN A SU RESPECTO.

V. NO HACER LUGAR AL RECURSO DE REPOSICIÓN RESPECTO DEL INCIDENTE INICIADO A FS. 1707. Y ELÉVENSE EN APELACIÓN A SU RESPECTO.

VI. NOTIFÍQUESE AL MINISTERIO PÚBLICO Y A LAS DEFENSAS.

Dr. Juan Carlos FERNANDEZ LECCHINI
Juez Ldo. Capital