

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 125/2014

Oficina: Tribunal Apelaciones Penal 2º Tº

Sentencia Nº 125

Ministro Redactor:

Dr. William Corujo Guardia.

Montevideo,15 de mayo de 2014.

VISTA:

Para sentencia interlocutoria de segunda instancia esta causa “ MINISTERIO DE SALUD PUBLICA. Denuncia. IUE: 316-10015/1987” venida a conocimiento del Tribunal Pluripersonal en mérito a los recursos de reposición y apelación en subsidio, interpuestos por las Defensas de los encausados Dras. Graciela Figueredo y Rosanna Gavazzo por AA y BB, y Dr. Gerardo Leys por CC y DDi contra la resolución número 1000 de fecha 19 de agosto de 2013 dictada por la Señora Juez Letrado de Primera Instancia de Fray Bentos de 1º Turno Dra. Livia Pignataro.

RESULTANDO:

Antecedentes.

- a) Expediente P 33/986 (al que estaba acordonado el Ficha 61/84) donde efectúa denuncia penal la Federación Médica del Interior contra el Dr. DD (fs 55), planteándose contienda de competencia por parte de la justicia militar.
- b) Se elevó a la Suprema Corte de Justicia la que, ya vigente la ley de caducidad de la pretensión punitiva del Estado, solicitó que se diera cumplimiento al art. 3 de la Ley 15868 del 22.12.1986; al cumplirse con el mismo el Poder Ejecutivo por mensaje número 7/1988 lo incluyó dentro de la ley(fs 27).
- c)En el expediente P 61/1984 se sustanció libremente la denuncia del Dr. DD por “hecho infamante” y a solicitud del titular de la acción pública, – vista número 734 del 1 de agosto de 1985- solicitó “ la clausura y archivo de estos obrados.

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 125/2014

Oficina: Tribunal Apelaciones Penal 2º Tº

d)En el expediente Ficha P 15/1987 el Ministerio de Salud Pública se formula denuncia penal contra el Dr. DD por presuntos delitos contra la "Administración de Justicia" (art. 177 y 197) y Delitos contra la fe pública (fs 27) lo cuales fueron incluidos dentro de la ley 15848 (fs 58).

e) Se requiere informe del Poder Ejecutivo (fs 57) en abril de 1988 adjuntando los autos (que no regresaron y no se reclamó por ellos; el expediente está sin archivar fs. 63).Se respondió el 14 de junio de 1988 que el caso se encontraba incluído en el artículo 1 de la ley 15848 (fs 58) siendo que es la propia Suprema Corte de Justicia la que lo remite al Juzgado Letrado de Fray Bentos siendo recibido el 30 de setiembre de 2011 (fs 57 vto).

f)Los mismos se encontraban en la Secretaría de Seguimiento de la Comisión para la Paz ubicado y devuelto con la documentación el 29 de setiembre de 2011 por parte de la Presidencia de la República

g) El Sr. Secretario Letrado de la Suprema Corte de Justicia informó que los autos Ficha P 15/1987 fueron enviados a la Presidencia de la Corporación el 29 de setiembre y remitidos ese mismo día al Juzgado de primera instancia.

h)Se realizó un juicio reparatorio ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo por parte de sus familiares en el expediente "EE c/m. De Defensa Nacional." Ficha 40/88.", donde se incorporó, como prueba trasladada, (fs 432) al Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo el expediente nº 11/984 del Juzgado de Instrucción Militar de 5 Turno.

Presentes actuaciones

1.- Por la referida decisión nº 1000 de fecha 19 de agosto de 2013, se resolvió no hacer lugar a la solicitud de clausura y archivo de las presentes actuaciones, formulada por las Defensas de los indagados AA, BB, CC, FF y DD.

2.- Las Defensas de los encausados interpusieron recursos de Reposición y Apelación ,aduciendo en síntesis:

a) La recurrida causa agravio en cuanto no hace lugar a la clausura de las actuaciones en virtud de la incuestionable prescripción de cualquier delito que pudiera surgir de los hechos que ocupan la causa,omitiendo el cumplimiento de la ineludible obligación de relevamiento del instituto en cuestión que el derecho impone.b) La anterior solicitud de clausura y archivo presentada por cada uno de los comparecientes fuera denegada por Resoluciones nº 64 y 81, fundamentando las mismas en le aplicación de la Ley 18.831. c) Tanto el Ministerio Público como la Sede no toman en cuenta las consideraciones sobre inconstitucionalidad efectuadas para el caso concreto de autos, en Sentencia nº

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 125/2014

Oficina: Tribunal Apelaciones Penal 2º Tº

87 de fecha 11 de marzo de 2013, por parte de la Suprema Corte de Justicia, donde se especifica la inaplicabilidad de los arts.2 y 3 de la Ley 18.831. d) Ante la declaración de inconstitucionalidad la Sede cambia los argumentos y funda su decisión denegatoria del archivo en la supuesta falta de legitimación de los comparecientes para invocar el instituto de la prescripción.e) En el caso concreto a la luz de lo dispuesto en el art.31 del C.P.P la investigación se trata de hechos que no pueden constituir delitos ni faltas, en tanto, ha transcurrido un lapso en virtud del cual cualquier delito o falta que pudiera surgir ha dejado de existir. f) En cuanto a la legitimación de los indagados, los mismos forman parte del proceso penal, incluida la etapa de presumario, donde tienen el deber de ejercer todos los derechos que correspondan,incluido el poner de manifiesto ante la Sede la inexistencia de delito alguno por haber operado la prescripción en la especie. g) Conforme lo establecido por Resolución nº 87 de la Suprema Corte de Justicia, la resolución nº 1000 queda sin basamento jurídico ya que fundamentaba la posibilidad de desestimar la clausura y archivo en base a la prescripción invocada, aduciendo además que “El indagado no está en condiciones de promoverla” y continuar con el proceso de autos. h) Por lo expuesto solicitan se revoque por contrario imperio la resolución impugnada,decretando la inmediata clausura de estas actuaciones en virtud de haber operado la prescripción respecto de los hechos ventilados, al no ser de aplicación las disposiciones legales que fundaban la imprescribibilidad de los delitos de la Ley 18831. En su caso de no hacer lugar a lo petitionado, se eleven las presentes actuaciones al Tribunal de Apelaciones en lo Penal para su consideración.

3.- Corrido traslado al Ministerio Público expresó: No se comparten los argumentos esgrimidos por las Defensas de los encausados, ya que considera que la Ley 18831 resulta inaplicable al caso de autos,debiendo aplicarse las normas de Derecho Internacional,a las que se encuentra sometido el Estado Uruguayo en forma voluntaria,sin que ello implique violación de la Constitución de la República,debiéndose continuar con las investigaciones de los hechos denunciados.

El concepto de “terrorismo de Estado” es una noción manejada por la doctrina,la legislación y la jurisprudencia internacionales y no una noción nueva o que haya sido introducida en el Derecho nacional en forma casual.

Del contexto histórico en que se cometieron los delitos surge que los mismos constituyen crímenes de lesa humanidad, cometidos en forma sistemática y planificada por el Estado.

El Estado uruguayo resulta obligado por la Convención Americana de Derechos Humanos desde el momento de la firma de dicho instrumento internacional en virtud de lo establecido en el art.18 del mismo.

Por sentencia de fecha 24 de febrero de 2011 (Caso GG vs. Uruguay) las Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó al Estado uruguayo por incumplimiento de diversas normas establecidas

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 125/2014

Oficina: Tribunal Apelaciones Penal 2º Tº

en la citada Convención, imponiéndole una serie de obligaciones con el fin de remover los obstáculos que impidieran la investigación sobre las violaciones a los derechos humanos acaecidas en la dictadura civico militar entre los años 1973-1985.

Para el cumplimiento de la misma se sancionó con fecha 27 de octubre de 2011 la ley 18,831, sobre la cual fue presentada la inconstitucionalidad de los arts. 1,2 y 3 por parte de los encausados.

Como consecuencia de ello la Suprema Corte de Justicia en mayoría por Sentencia nº 87 de fecha 8 de marzo de 2013, consideró que los arts.2 y 3 de la ley contravienen el texto constitucional, e hizo lugar al excepcionamiento formulado.

No se tiene el honor de compartir los argumentos de la corporación, apoyando la posición del Dr. Ricardo Pérez Manrique y de otros Magistrados del Ministerio Público y Fiscal quienes concluyen en la inaplicabilidad de la norma invocada por resultar contraria al Derecho Internacional vigente que obliga al Estado Uruguayo a su cumplimiento teniendo presente las características especiales de los delitos cometidos y las razones por las cuales se cometieron contra determinada población civil (Lessa humanidad) por tanto imprescriptibles, en el ámbito en el cual fueron cometidos (Terrorismo de Estado).

La retroactividad de la ley penal no es per se contraria a las normas Constitucionales y/o a los Instrumentos Internacionales suscritos por nuestro país en la materia.No existe una norma de rango constitucional que impida al legislador dictar leyes de carácter retroactivo.

El dictado de la Sentencia nº 24, caso GG vs Uruguay, sí obliga a nuestro Estado, porque fue parte de él, pudo ser oído y por tanto no puede pretender desconocer las obligaciones que emanan de dicha sentencia para el Estado uruguayo, no estamos en la especie ante un caso que no nos incumbe sino frente a un caso en el cual se ordenaron inclusive actos de desagravio para las víctimas y reparación patrimonial, lo que fue cumplido sin objeciones por el Estado.

Según el Dr. Perez Manrique, si una norma de Derechos Humanos es susceptible de ser interpretada en varios sentidos razonables, debe el inteprete optar por la variante que reconozca mayor amplitud al derecho o que lo garantice de mejor forma. La modificación constitucional contra un Derecho Humano no tiene sentido en el bloque porque no se aplicará, mejorando así la garantía de la protección de los Derechos humanos. Se aplica la norma más protectora, frente a una norma de la Convención Americana, hay que aplicar la que reconozca mayor amplitud al derecho o la que garantice de la mejor manera.

Solicita se confirme la interlocutoria recurrida franqueándose la alzada para el Tribunal de Apelaciones que por turno corresponda.

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 125/2014

Oficina: Tribunal Apelaciones Penal 2º Tº

4. Puestos lo autos al despacho de la titular de la Sede para Resolución, por auto nº1246 de fecha 19 de setiembre del 2013 se resolvió mantener la interlocutoria recurrida, concediéndose el recurso de Apelación para ante el Tribunal de Apelaciones en lo Penal que por turno corresponda, elevándose las actuaciones con las formalidades de estilo.

5.-Franqueada la alzada se recibieron los autos por la Sala, pasando a estudio por su orden. Fueron solicitadas por parte del Sr. Ministro Dr. Daniel Tapie Santarelli, como medida para mejor expedirse : 1) Fecha de recibido por parte de la Suprema Corte de Justicia del oficio enviado por la Secretaria de la Presidencia de la República comunicando la resolución nº 322 de fecha 30 de junio de 2011 y la del momento en que materialmente se remitió el expediente al Juzgado Letrado de Fray Bentos, 2) La fecha a partir de la cual se comenzó la búsqueda de las actuaciones en el Juzgado Letrado de Fray Bentos y en su caso, remisión de las actuaciones cumplidas.

6. Con fecha 8 de mayo de 2014 por Oficio nº 376/P, fue remitido por parte del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Fray Bentos de 1º Turno, el expediente : "Extracción del archivo y búsqueda de expedientes: P/61/84, P/35/85, F/196/87 y P/33/86 con relación a la resolución nº 322 del 30/06/2011 del Poder Ejecutivo" IUE: 316-164/2011, a efectos de ser agregado a las presentes actuaciones.

7. Por Oficio nº 577 de fecha 9 de mayo de 2014, la Secretaría de la Suprema Corte de Justicia informó que : a) La Corporación recibió el Oficio de la Secretaría de la Presidencia de la República comunicando la Resolución nº 322 de fecha 30 de junio de 2011, el día 19 de julio de 2011, según surge del Acta de Acuerdo de los Sres. Ministros nº 62 del día 19 de julio de 2011, b) los autos Ficha P 15/1987, fueron enviados por la Presidencia de la República a la corporación el día 29 de septiembre de 2011 y remitidos el mismo día al Juzgado Letrado de Primera Instancia de Fray Bentos de 1º Turno, según surge de Acta de Acuerdo de los Sres. Ministros nº 94 del día 30 de septiembre de 2011.

8. Con fecha 9 de mayo de 2014, se solicitó al Juzgado Letrado de Primera Instancia de Fray Bentos de 1º Turno, por Oficio nº 110/2014, la remisión de fotocopia autenticada de la Ficha de trámite P 35/1986 y P 15/1987, las cuales fueron recibidas vía fax en la misma fecha, las que fueron agregadas a las presentes actuaciones con fecha 12 de mayo de 2014.

9. Agregadas todas las actuaciones en Segunda Instancia y previa citación para sentencia, se acordó su dictado en legal forma.

CONSIDERANDO:

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 125/2014

Oficina: Tribunal Apelaciones Penal 2º Tº

1. En cuanto al Derecho de Gentes, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la competencia..

Como señalamos antes que ahora es competencia originaria y exclusiva de la Suprema Corte de Justicia entender entre otros extremos establecidos en el artículo 239 inciso 1 de la Constitución “sobre delitos contra Derechos de Gentes...” disposición que se remonta al art. 96 del Constitución de 1830 (y se reiteró en las sucesivas de 1918, 1934, 1942 y 1952) que equivale al “ius gentium romano” y no es cuestión distinta pero no exclusiva, donde el Derecho Penal Internacional no es más que un segmento del Derecho Internacional Público; el recordado jurista Arlas apuntaba que, al quedar vaciado de contenido, tras derogarse el Título “Delitos contra la seguridad del Estado” (arts. 139 a 145) requería de una ley interpretativa ya que “...no es posible atribuir a la Corte en base a una consideración doctrinaria de lo que es “delito contra el derecho de gente”, de lo contrario todos los delitos relacionados con el Derecho Internacional Público, sin excepción alguna, son de competencia de la Suprema Corte de Justicia en forma exclusiva lo que de por sí ya generaría en ésta y en otras causas donde se invoque puesto que no se distingue en qué delitos sobre Derecho Internacional Público tiene jurisdicción originaria y exclusiva (Derecho Procesal Penal páginas 142- 143 Tomo I CED 1963; Dr. Ruben Correa Freitas Derecho Constitucional Contemporáneo Tomo II 3 Edición FCU páginas 223-224).

¿Debe compatibilizarse con los principios, derechos y garantías que ya existen en la Constitución nacional o por el contrario los hechos que se encuadrarían como crímenes internacionales deberían ser resueltos exclusivamente por las normas penales del derecho internacional o, por lo menos, por ellas en cuanto existan?

El problema se plantea en especial con el principio de legalidad y la violación al principio nullum crimen, nulla poena sine lege previa : pues bien la solución del conflicto de normas constitucionales a favor de aquella que prevea mayores garantías es una solución acorde con los postulados de un Estado de Derecho, donde la gravedad de los delitos no debe llevar a la disminución de las garantías básicas y la argumentación que ese principio en el plano internacional favorece al opresor, tiene la intrínseca contradicción que ahora el opresor al dejar de serlo para ser juzgado, es tan solo un imputado que el orden constitucional, si se precia de tal, en un respeto a la igualdad en la ley y ante la ley, debe otorgarle las mismas garantías.

Porque quienes postulan que ante la ausencia de tipos específicos debe acudir a las que existían en el derecho internacional o fueron concebidas por la costumbre internacional – que afecta la seguridad y la confianza- impactan con la porfiada realidad que en el mismo ámbito internacional no existe

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 125/2014

Oficina: Tribunal Apelaciones Penal 2º Tº

uniformidad acerca no solo de los elementos típicos que configuran las diferentes figuras de crímenes internacionales, sino también de las diferentes modalidades de cada figura y esos crímenes internacionales a los que se alude no tienen sanción penal por lo que debería forzarse una solución como sería aplicar un tipo internacional sin pena, en una figura semejante si la hubiera, del derecho nacional en lo que no es otra cosa que la fulminación ipso facto de todas las garantías del proceso penal porque devalúa de un notable primitivismo jurídico.

Y en nuestro país la realidad no fue diferente hasta que se aprobaron las leyes nacionales con un precepto y una sanción bien posteriores en el tiempo por lo que no pueden operar retroactivamente..

En 2003 escribía el autor compatriota Dr. José Luis González que la “única referencia normativa dentro de la legislación nacional se encuentra en el derecho internacional público, luego de haber sido ratificada la Convención de París de 9 de diciembre de 1948 para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio, que Uruguay aprobó mediante la ley 13.482 de fecha 7 de julio de 1966. Plus ultra del tiempo transcurrido y del compromiso asumido por las partes en adoptar.... Las medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente Convención y especialmente a establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio” (art. V) el Estado uruguayo mantiene una pétrea posición y continúa sin efectuar modificaciones en su legislación interna que permitan cumplir con la Convención” (Persecución Penal Nacional de crímenes internacionales en América Latina y España. Kai Ambos – Ezequiel Malarino. Konrad-Adenauer-Stiftung. 2003 página 497), por cual aún cuando se sostuviera, agrega este redactor, como veremos, la dificultosa tarea de sostener que todos los Tratados se aplican self executing – no obstante se legislaron en forma puntual delitos previsto en diversos tratados y no siempre han sido los mismo tipos como veremos más adelante, con las dificultades que supone que tengan una pena, etc.- en la Constitución uruguayo rige aún el principio de legalidad- por lo que la aprobación legislativa no es bastante si el delito previsto no se encuentra también como delito en nuestro Código Penal.

Si no hubiera necesidad de tipificar delitos ni de legislar delitos de lesa humanidad no tendría sentido esa obligación que asumen los Estados como sucedió con la Corte Penal Internacional siempre que se hayan cometido después de la entrada en vigor del Estatuto en el territorio del Estado parte como ya lo expusieron nada menos que Eserer y Krickler.

Ello sin perjuicio de no desconocer que existe una conciencia universal en parte de occidente de respeto a los Derechos Humanos y la subjetividad en el ámbito internacional siendo posible la responsabilidad penal de la persona frente a las normas internacionales.

2. ACERCA DE LA LEGITIMACIÓN DE LA DEFENSA PARA RECURRIR UNA INTERLOCUTORIA EN ESTADIO PRESUMARIAL (art. 113 C.P.P.).-

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 125/2014

Oficina: Tribunal Apelaciones Penal 2º Tº

a).- El art. 114 del C.P.P. establece que, el Juez instructor, debe ejecutar prontamente todos los actos necesarios para el esclarecimiento de los hechos, desde que se inicia el proceso (art. 113 C.P.P.), hasta que se dispone el procesamiento del indagado o el archivo de los antecedentes (artículo 112 C.P.P.); ese conjunto de actividades, que constituyen la instrucción preparatoria (art. 36 inciso 3 C.P.P.), tiende a la adquisición y resguardo de prueba, y el Juez de instrucción constituye el eje sobre el que reposa el proceso penal patrio en esta etapa, sin perjuicio de la que se reserva a las partes.-

b).- El artículo 113 del C.P.P. ha provocado cambios sustanciales en la estructura presumarial.-

En primer término, una sola decisión del legislador ha derribado bibliotecas eruditas y años de discusión académica acerca de la constitucionalidad o no del presumario, si su naturaleza era un procedimiento o un proceso: el inciso final expresa "en esta etapa del proceso " por lo que se despeja cualquier tipo de dudas al respecto.-

c).- En segundo término, establece los Derechos de las Partes (Título IV Capitulo I; II (del imputado, ahora indagado, III) Del Defensor, IV (damnificado y responsable civil).-

Se culmina una etapa en la que librada al criterio del Magistrado Instructor, se permitía o no la asistencia letrada a la declaración de su cliente o a la propia instrucción.-

Se edicta: "Bajo su más seria responsabilidad funcional, los jueces velarán por la igualdad procesal entre fiscales y defensores, en esta etapa del proceso".-

A juicio del redactor ello permite discernir dos situaciones claramente diversas: a) la responsabilidad funcional en caso de no observarse la obligación referida; b) la cuestión de la nulidad absoluta en caso de vulnerarse los derechos del justiciable generándole indefensión (art. 101 nal.3 C.P.P., sentencia número 172 del 10 de junio de 2.005 de esta Sala, con anterior integración; sentencia número 361 del 17 de noviembre de 2.005, con la actual integración).-

Y ambas no necesariamente conjuntas.

Decíamos que es absolutamente indiscutible el Derecho " cuando una persona es conducida o citada a una sede judicial como indagada por la comisión de un presunto delito, antes de tomarle la primera declaración, SE LE INTIMARÁ LA DESIGNACIÓN DE UN DEFENSOR QUE LO PATROCINE Y SI NO LO HICIERE SE DESIGNARÁ DEFENSOR DE OFICIO".-

Queda derogado, entonces, el artículo 126 del C.P.P. por dos órdenes de mérito, a saber: a) "si el indagado lo ha solicitado" ya no es legal en tanto el legislador ha entendido de orden público,

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 125/2014

Oficina: Tribunal Apelaciones Penal 2º Tº

indisponible, el derecho a ser asistido por un abogado Defensor; b) deroga el artículo 78, parcialmente y en cuanto edicta "El Defensor será designado por el imputado al tiempo de la declaración ratificatoria, ya que, ahora, se impone desde que es citada o conducida como indagado a sede judicial (queda excluído, por ende, la participación del Defensor en la esfera administrativa); c) deroga al artículo 75 en el inciso 2º: si no existen tres abogados bien se convocará al Defensor de Oficio al lugar, se trasladará, en su caso, al indagado al lugar donde aquél se encuentre -obviamente dentro del plazo constitucional - sin perjuicio de lo previsto en el artículo 78 del C.P.P. e) finalmente porque todo el contenido previsto por el artículo 126 del C.P.P. está absorbido y largamente ampliado, en el ejercicio del derecho de Defensa, en la redacción del artículo 113 C.P.P.-

d).- Y las actuaciones previstas son : a) acceso al expediente durante todo el desarrollo del presumario y entendiendo por tal la etapa de instrucción que se extiende desde la iniciación del proceso penal (art. 113 C.P.P.), hasta la providencia que disponga el archivo de los antecedentes, por falta de mérito para procesar, o el procesamiento del indagado (art. 112 C.P.P.); instrucción que tiene por objeto los actos necesarios para el esclarecimiento del hecho ilícito (art. 114 C.P.P) y procurar la prueba de los hechos constitutivos del delito (art. 133 C.P.P.), b) proponer el diligenciamiento de pruebas (lo que NO significa que el órgano jurisdiccional, director del proceso, este obligado a acceder sino que valorará su admisibilidad, de conducencia y/o pertinencia) ; c) interrogar testigos.

No se trata, ni más ni menos, que ejercer las atribuciones del Defensor (art. 79 C.P.P.) previstas legalmente.-

Y entre ellas la de recurrir, cuya legitimación actualmente es indiscutible.-

Pero antes de abordar esta cuestión queríamos formular dos puntualizaciones acerca de la nulidad absoluta que genera recibir la declaración del indagado sin defensa letrada: a) el art. 113 C.P.P ha derogado el artículo 124 C.P.P. (incomunicación) ¿ cómo ejercer ese derecho indisponible si no se me permite estar asistido de un abogado? ¿Cómo ser informado de mi derecho a no declarar, cómo ser informado de la semi-plena prueba reunida, o no, en las actuaciones, si conviene o no a la estrategia de defender mis derechos si un profesional no me asiste? ¿no es acaso un flagrante caso de indefensión previsto en el art. 101 inc 3 del C.P.P?

Se ha dicho - y desde ya nos apresuramos a puntualizar que no tenemos la verdad en un puño, pero si tenemos convicción en la posición que sustentamos- por quienes niegan esa posibilidad que el legislador ha creado el artículo 113 del C.P.P. para que el defensor tenga consagrado el derecho a participar en el proceso.

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 125/2014

Oficina: Tribunal Apelaciones Penal 2º Tº

Discrepamos radicalmente con tal concepción: el Derecho de Defensa no es un Derecho del Abogado es un derecho del justiciable; es para el ciudadano para quien se consagran estos derechos (artículos 8, 10, 11 a 13, 15, 23, 26, 28, 72, 332 de la Constitución) es para que conozca qué elementos de cargo existen contra él y cómo contrarrestarlos; si le conviene mentir y de qué forma, si le conviene decir la verdad pero ocultando el alma de los hechos, como expresaba Onetti.-

De manera que ese primer argumento, a nuestro juicio, cae, inexorablemente, por confundir a quien tutela la Constitución y la ley.-

En segundo término, se ha expresado que no sería nula la declaración recibida sin Defensa: suficiente sería con dejar constancia de la citación al Abogado Defensor (vía fax, cedulón telefónica, etc) ya que el órgano jurisdiccional cumplió su cometido.-

Tampoco tenemos el honor de compartir tal criterio. El órgano habrá cumplido la mera formalidad pero los derechos sustanciales del ciudadano habrán sido vaciados de contenido.- Y esa comunicación en nada salvará la indefensión en la que se ubica al indagado.-

Si el Magistrado comunica al Abogado Defensor la necesidad que concurra a asistir a su cliente y deja constancia en forma en el expediente habrá cumplido su responsabilidad funcional en ese extremo.-

Ahora.-

Ello no exonera la indefensión en la que se ubica si se actúa sin el abogado Defensor (art. 113 C.P.P., art. 101 nal. 3 C.P.P.)

El actual art. 113 C.P.P. cuya vigencia data de mayo de 2004 modifica, el art. 116 del C.P.P.-

Sobre la inexistencia de la actual redacción del art. 113 C.P.P. fue que la Suprema Corte de Justicia, en sentencia número 19 del 9 de febrero de 2.004, en autos "MUIÑOS FRANCHI, Ruben Hugo y otros . Casación.- Ficha 158/2000, denegó esa legitimación, apoyado en el art. 116 C.P.P..-

Incluso la Suprema Corte de Justicia expresaba: "Podría sostenerse incluso que el presumario penal (arts. 112 a 117 C.P.P.) como actividad de naturaleza jurisdiccional, no es propiamente proceso, por cuanto no existen "partes" en tal etapa del procedimiento (subrayado nuestro).-

Estas cuestiones están revertidas por la nueva y sustancial modificación del artículo 113 del C.P.P.: ya es "proceso" y existen "partes" que tienen todos los derechos inherentes a la calidad de parte.-

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 125/2014

Oficina: Tribunal Apelaciones Penal 2º Tº

¿Es apelable la resolución? Hemos concluido que sí por las razones expuestas: el indagado es parte y el Defensor, naturalmente, lo es y tiene expresamente consagrado su Derecho a controlar de las decisiones judiciales (art. 79 C.P.P.)

El principio es la apelabilidad de las interlocutorias (art. 251 eiusdem) y ésta conlleva la suspensión salvo texto expresamente en contrario.-

Ahora.-

La apelabilidad con efecto suspensivo es incompatible con la finalidad del presuntorio y en ciertos casos, con la urgencia que requiere: sería suficiente con interponer los recursos de reposición y apelación, en subsidio para paralizar la instrucción y, eventualmente, liberar un responsable de delitos.-

Sostener, como lo hace la Señora Juez a quo, semejante tesis sería impactar contra cualquier instrucción (así un delito homicidio, un delito de violación, se interpondría un recurso de reposición y apelación y debería dejarse libre al indagado y elevar las actuaciones lo cual no resiste el menor análisis) desconociendo que el sistema jurídico es un todo armónico, donde el punto más gravoso como lo sería un procesamiento con prisión el auto es apelable con sólo efecto devolutivo (art. 132 de conformidad con el art 161 y 297 del CPP y art. 252 del CGP como norma complementaria en función del art. 6 del C.P.P.).

Por otra parte si carecían de legitimación no debió franquear la alzada como se hizo.

3.EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EL IUS COGENS. LA RELATIVIDAD DE SU VIRTUALIDAD, LOS VALORES TRADICIONALES.

A. Decía Don Luis Jiménez de Asúa, un republicano de sobresalientes aristas jurídicas, que había que ser sumamente cauteloso con la aplicación del ius cogens- una forma del derecho natural no siempre escrito y menos aun garantista- ya que “la lista “crímenes contra la paz”, “crímenes de guerra” y de “crímenes contra la Humanidad” que son los que han sido sometidos al Tribunal Internacional – que no era otra cosa, en buena parte al decir de nuestro Catedrático en la materia , Dr. Gonzalo D. Fernández, el juicio de los vencedores militares contra los vencidos en Kai Ambos. Impunidad y D.P. Internacional 2 Edición Konrad- Adenauer- Stiftung)- no es otra cosa que un enunciado, sin descripción de tipos, que se hace después de cometidos los hechos...” y sería tan inaceptable como aplicar las normas que nacen del “sano sentimiento del pueblo” como pretendía Ruiz Funes y destacaba que los crímenes de guerra se enunciaban en la “Carta” y que ello quedaba admitido por la analogía dándose a éstos y a las penas un efecto retroactivo, comenzándose a violentar el principio de legalidad donde la costumbre tiene un efecto evidente.

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 125/2014

Oficina: Tribunal Apelaciones Penal 2º Tº

Y se lamentaba Jiménez de Asúa que “sería por demás desmoralizador que un Derecho que se pretende superestatal fuera de calidades inferiores y de mayor primitivismo que el legislado en los Estados que ha de subordinarse a ese Superestado o se parifique el iusnaturalismo con los principios del Derecho con el Derecho Natural al empirico- histórico (Tratado de Derecho Penal Tomo II. Filosofía y la ley Penal Ed. Losada. Bs. As. Páginas 1287 a 1301).

B. La flexibilidad del Principio Constitucional de legalidad mengua el Estado de Derecho y no puede ir en desmedro de otros derechos que serán defendidos sin necesidad del decaecimiento de aquél.

Porque la flexibilidad del principio de legalidad implica una grave restricción a las garantías judiciales que puede ser invocado en honor de lo más elevado como los Derechos individuales de la humanidad como ese sentido- según el poder de turno bien lo sabemos- puede ser invocado para un fin exactamente inverso, el superior derecho a la seguridad ciudadana a la forma de estilo de vivir de una sociedad en cuyo nombre se cometieron los más atroces crímenes que, al amparo del Derecho, han sido juzgados en Uruguay sin amedrentar las garantías constitucionales que amparan al individuo porque como señaló el recordado Profesor Teitelbaum, de lo contrario, la consecuencia no será la disminución de algunas garantías sino la pérdida de todas.

Roxin ha expresado (Derecho Penal. Parte General Tomo I página 137, Civitas 1997) que “un Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el Derecho Penal sino también del Derecho Penal”.

El artículo 10 de la Constitución – lo hemos sostenido mucho antes que ahora- establece un límite al poder punitivo del Estado y delimita la competencia de los órganos y en él yace el principio de legalidad ya que es la ley cierta, previa y escrita, de conformidad con lo establecido en el artículo 133 de la Carta, mediante ratificación por ley de un Tratado y posterior depósito del instrumento es que puede respetarse el Estado de Derecho: porque no hay delito ni pena sin previa ley que lo establezca, constituyendo un límite al poder de los órganos, amparando un espacio de seguridad y libertad.

El principio de legalidad, en su sentido actual, del cual derivará la prescripción y la no retroactividad de la ley penal más gravosa en forma inescindible, deviene de un principio de la teoría ilustrada del contrato social y suponía una organización política basada en la división de poderes, en la que la ley fue competencia exclusiva de los representantes del pueblo. El ciudadano admite el paso del estado de naturaleza al estado civil en virtud de un pacto, del contrato social en el que asegura su participación y control de la vida política de la comunidad y ella tiene lugar por medio del Poder Legislativo que representa al pueblo del que emana la ley como expresión de la voluntad popular.

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 125/2014

Oficina: Tribunal Apelaciones Penal 2º Tº

Los antecedentes anteriores como la Magna Charta Libertatum inglesa de Juan sin Tierra de 1215 y la Constitutio Criminalis Carolina Germánic de 1532 no revestían el carácter moderno del principio de legalidad , el primero es fundamentalmente una garantía procesal que no excluía la costumbre y la segunda no prohibía la analogía contra el reo: por ende a partir de la revolución francesa se convierte el principio de legalidad en ese limite infranqueable del poder punitivo del Estado dotado como garantía de libertad de los ciudadanos.

Los elementos que integran el principio de legalidad pueden entenderse en un doble sentido: a) el sentido formal que supone reserva absoluta y sustancial de ley, es decir, en materia penal solo se puede regular mediante una ley los delitos y las penas; b) en el sentido material que implica una serie de exigencias que son la taxatividad de la ley y la no retroactividad de las leyes penales salvo que sean más favorables al justiciable como lo disponen nuestros artículos 15 y 16 del Código Penal siendo mucho más evolucionado que lo edictado por la CADH en este punto, así como la prohibición de la analogía en materia penal, la prohibición de creación judicial de normas penales y la prohibición de que la materia penal se regule por normas consuetudinarias en dos aspectos que atañen a la cuestión que deberemos abordar más adelante, sin tener que ser descalificados de ignorancia supina (pero no balsámica) por sostenerse que el ius cogens ya establecía la imprescriptibilidad y sólo lo que hicieron los Tratados fue declararla por lo que no se trataría de una retroactividad olvidando o confundiendo que puede ser una conducta antijurídica pero no típica garantía ésta irrenunciable, desconociendo que se han dictado en nuestro país la imprescindible lex scripta, scrticta, certa e praevia para diversos crímenes creados por los Tratados internacionales porque el tipo penal se constituye per ser en ese límite invulnerable como garantía para todos los ciudadanos, por lo que se parte de una falsa premisa para descalificar en lugar de argumentar jurídicamente- existe norma previa (esa “norma vaga y ambigua, porque para poderse aplicar a diferentes situaciones modifican o derogan nuestro derecho interno... hay que tener mucho cuidado en la materia” además de destacar que todas las normas internacionales tienen un fuerte contenido programático “al decir del Profesor Dr. Gonzalo D. Fernández . “En Perspectiva” lunes 31.3.1997 hora 09.15).

“La consagración expresa del jus cogens aparece en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 lo que dispone en su artículo 53 que “es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite en contrario acuerdo y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter. Y agrega en su artículo 54: “ Si surge una nueva norma interpretativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminara”.

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 125/2014

Oficina: Tribunal Apelaciones Penal 2º Tº

El gran problema como veremos de inmediato es que mañana (ya está ocurriendo y lo narraremos de inmediato) puede ser extendido a cualquier otro que, con una valoración más restringida o más lata, fuese considerado como ofensivo para la humanidad o para determinadas personas o un grupo de personas o la sociedad de determinado país.

En el mismo sentido se pronuncia en su voto el Señor Ministro Dr. José Balcaldi Tesauro: “En el principio de legalidad se suelen advertir tradicionalmente una dimensión técnica y una dimensión política. En el primer aspecto, dicho principio proporcionaría la esencial garantía de la seguridad jurídica: que los ciudadanos sepan - en la medida de lo posible, dados los mecanismos a través de los cuales se adquiere tal conocimiento - qué conductas pueden realizar y cuáles no, con qué penas pueden ser sancionadas sus infracciones de las normas, en qué marco procesal y con qué condiciones de ejecución”. (Cf. "Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo", Ed. José María Bosch - Barcelona, 1992, pág. 252).

En igual sentido opinan Jiménez de Asúa y Jescheck : Dice el primero que la no retroactividad de la ley primitiva y la extra actividad de la ley más favorable es máxima de Derecho Constitucional, que se deduce de la regla unánimemente reconocida de que los hombres deben ser juzgados y condenados por "ley anterior a su perpetración" (Cf. "La ley y el delito Principios de Derecho Penal", Ed. Hermes, 1954, pág. 165).

Jescheck, por su parte, expresa que uno de los principios rectores del Estado de Derecho es el de que las normas que regulan un supuesto de hecho, no pueden luego modificarse en perjuicio de la situación jurídica del ciudadano pues, además, el delincuente, sólo puede motivarse por el mandato normativo cuando éste está configurado como ley en el momento de la comisión del hecho. Por eso entiende que lo decisivo para la irretroactividad es la idea de la seguridad jurídica ("...Tratado de Derecho P determinado género de prueba...").-

Las leyes que modifican la extensión de los plazos de prescripción de los reatos no presentan por el hecho de ser dictadas irregularidad alguna, porque el cuerpo normativo vigente, incluida la Constitución de la República no prohíbe su promulgación, lo que se establece en la ley es su inaplicabilidad a hechos anteriores a su vigencia, que es cosa muy diversa.-

Ahora, si se dicta la norma y se incluyen efectos retroactivos en perjuicio del reo y de sus derechos adquiridos se vulnera el principio constitucional de seguridad jurídica y el de garantía de la protección de los derechos que consagra la Carta Magna”.

Y bien.

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 125/2014

Oficina: Tribunal Apelaciones Penal 2º Tº

A juicio del redactor es obvio que si no se crean los tipos penales con anterioridad a su aplicación (precepto y sanción) se quiebra el principio de legalidad, matriz de un Estado liberal y la forma de gobierno democrático republicano, y se reniega –vaya paradoja- del principio de culpabilidad y del principio de cognoscibilidad ya que el reproche de culpabilidad se construye sobre la decisión de realizar el injusto además de abolir el principio de prohibición de la analogía, del favor libertatis y por ende, sintéticamente, el Estado de Derecho (vide. Eliseu Frígols i Brines “El Principio de irretroactividad y la sucesión de leyes penales. Una perspectiva desde el derecho comparado. Ed EJC 2002) .

Entonces, a juicio del redactor, el denominado “bloque de constitucionalidad” tiene su punto de apoyo en que el EL DERECHO NO PUEDE NEGARSE A SI MISMO y lo integran en pie de igualdad las garantías para todos los ciudadanos(salvo que se adhiera al concepto de Jakobs en el sentido que se deben cumplir ciertos requisitos mínimos para ser ciudadanos y quienes no los cumplen serán tratados no como tales sino como enemigos, teoría promocional- funcionalista que demuele la base de los principios democráticos; una suerte regresiva a la jurisprudencia norteamericana anterior a las enmiendas XIII y XIV donde la Declaración de la Independencia pese a que establecía que “todos los hombres eran creados iguales”, los afroamericanos, descendientes de esclavos no eran ciudadanos) entre ellas, la garantía al debido proceso, a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho, al principio de legalidad del que deriva la prescripción extintiva del delito, la no retroactividad de la ley más perjudicial y también la declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 , entre otros instrumentos ratificados por nuestro país, que establecen con toda claridad que nadie puede ser condenado por actos u omisiones que en el momento no eran delictivas”.

Pretender aplicar tipos penales que no existían al momento de su comisión es aplicar directamente el derecho penal del enemigo donde sus garantías no importan, garantías que fueron producto de siglos de lucha contra las tendencias autoritarias por lo que, entonces, no puede hablarse de un debido proceso, destruyendo los derechos inherentes a la personalidad humana que se dice defender.

4. Además , y permítaseme una breve digresión, no es cierto que los derechos humanos se expandan como regla universal.. El Consejo de Derechos Humanos de la ONU, a propuesta de Rusia y con el apoyo de China, India y los países asiáticos y musulmanes en general, aprobó una declaración de reconocimiento de los “valores tradicionales” de las sociedades. Esa declaración es el primer documento formal con que cuentan las sociedades que culturalmente no adhieren a la noción europea de “derechos humanos”, Expertos se oponen a la resolución por entender que puede ser utilizada para intentar restringir los derechos LGBT, y de la mujer alrededor del mundo.

Rusia, quien fue el propulsor, ha estado utilizando el concepto de valores tradicionales para hacer eso mismo en su tierra. Múltiples eventos gay, incluyendo las celebraciones de orgullo, han sido prohibidas

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 125/2014

Oficina: Tribunal Apelaciones Penal 2º Tº

al ser declaradas incompatibles con los valores tradicionales o religiosos, o como intentos de “devaluar la dignidad humana”

El defensor de derechos LGBT ruso, Nikolai Alexeyev, le indicó a Gay Star News, “Tales conceptos de ‘valores tradicionales’ es exactamente lo que se utiliza en las cortes rusas en contra de los derechos gay y aplicado nacionalmente. Rusia está interesada en tener una resolución internacional que pueda justificar la prohibición de eventos futuros LGBT, como la celebración de orgullo de Moscú.

Esta resolución le otorga la oportunidad a cada país para mal interpretar los derechos humanos en la dirección que ellos escojan. Socava la naturaleza Universal de los derechos humanos. Por otro lado John Fisher de ARC Internacional, quien realiza campaña a favor de los derechos LGBT en las Naciones Unidas, le comunicó a GSN, “Esta resolución eleva los valores tradicionales como un principio de la ley internacional de derechos humanos, e intenta usarla como un medio de imponer los valores del estado de forma que es inconsistente con la declaración universal de valores humanos. Esto es parte de una agenda negativa de Rusia para avanzar su propia perspectiva conservadora en lo que constituye tradición y su relación con los derechos humanos. Creemos que las Naciones Unidas debe comprometerse a mantener el principio de derechos humanos y no permitir que estados promuevan su propia perspectiva en cuanto a moralidad y tradiciones para usarlos para atentar contra los mismos derechos humanos”.

La evocación de un concepto estático y vago de la “tradición” no sólo no tiene en cuenta estos cambios, sino que fosiliza a la sociedad. El riesgo es que, en lugar de promover los derechos humanos y las libertades fundamentales, la resolución del CDH y su llamamiento a “una mejor comprensión y apreciación de los valores tradicionales” puedan servir de excusa para enterrar los derechos bajo la carga del relativismo cultural con la consiguiente amenaza, en el proceso, de revertir los derechos de la mujer y excluir a las personas LGBT del ámbito de los derechos humanos. Por ejemplo, en el Kurdistán Iraquí, donde se han invocado la tradición, las costumbres, la moralidad y para justificar la continuación de la mutilación genital femenina., se haya aplicado de manera mediocre.

Y esos “valores tradicionales” para convertirlos en un instrumento de las actividades de represión de los gobiernos. En el caso de Rusia, que promovió la resolución del CDH, la incorporación de los valores tradicionales al ámbito de los derechos humanos se produce en medio de la intensificación de la represión gubernamental de la sociedad civil y los medios de comunicación, y forma parte de un esfuerzo concertado para revertir los avances logrados por las mujeres y las personas LGBT en el país. La Casación francesa juzga que ningún principio de derecho tiene una autoridad superior a la ley francesa ni permite declarar la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra, ni prescindir de los principios de legalidad y de no retroactividad de la ley penal más severa cuando se trate de crímenes contra la humanidad (Corte de Casación, Fédération Nationale des désportés et internés résistants er

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 125/2014

Oficina: Tribunal Apelaciones Penal 2º Tº

patriotes et autres con Klaus Barbie, 20 de diciembre de 1985; N 02-80.719 (N 2979 FS, 17 de junio de 2003).

5. Pero no se trata de analizar únicamente lo que ocurre en otras partes, la mayoría lejanas, – que incluye países de América Latina, dicho sea de paso, y abarcan, juntos, más de la mitad de la humanidad en cantidad de población- sino que ante las sentencias (cuya obligatoriedad nos ocuparemos líneas posteriores de la Corte Interamericana de Derechos Humanos) sus contenidos y obligatoriedad ya han sido limitadas, como la de otras potencias, hasta el momento por la República Federativa de Brasil.

La Constitución Brasileña de 1988, en el caso de los tratados de protección internacional de los derechos humanos en el que Brasil es parte, los derechos en ellos garantizados pasan a integrar los derechos constitucionalmente consagrados y directa e inmediatamente exigibles en el plano del ordenamiento jurídico interno (artículos 5 inc 2 y 5 inciso 1).

Desde la promulgación de la enmienda constitucional 45, los Tratados y Convenciones internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por el país pueden ser reconocidos como una enmienda constitucional.

Sin embargo los tratados anteriores están por debajo de la Constitución según resolvió el Supremo Tribunal Federal y la Corte Suprema también se pronunció respecto a la petición del Colegio de Abogado de Brasil que reclamaba la anulación del perdón a los representantes del Estado acusados de violación a los derechos humanos en la dictadura.

Es necesario recordar que en 1979 Brasil dictó una ley de amnistía para perdonar los delitos de quienes participaron a los violadores de derechos humanos cometidos durante el gobierno de fuerza, desde el poder estatal como a los integrantes de la resistencia.

Fue denunciado ante la Comisión y condenado por la Corte Interamericana en el caso “Gómes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia) vs, Brasil por la desaparición forzada de 62 personas como resultado de operaciones del Ejército brasileño emprendidas entre 1972 y 1975 durante la dictadura militar de ese país (1964-1985).

Pues bien al 20 de enero de 2014 el gobierno brasileño, no obstante la indicación de la Corte IDH, rechazó la posibilidad de derogar la ley de amnistía, según aseguró el Ministro de Justicia José Eduardo Cardozo y sí, en cambio, constituyeron tiempo antes una Comisión para la Verdad, ya que el Supremo Tribunal Federal del país refrendó el vigor de la ley de amnistía en 2010 por considerarla constitucional no obstante la condena de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que recomendó su derogación y criticó la falta de acciones judiciales contra los acusados de crímenes durante la dictadura.

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 125/2014

Oficina: Tribunal Apelaciones Penal 2º Tº

En el mes de abril de 2014 la Señora Presidenta, Dilma Rousseff, ratificó la solidaridad con las víctimas pero no afectaría los compromisos asumidos, esto es, una clara referencia a mantener esa ley de amnistía.

Concluyó el país limítrofe que “la Corte Interamericana no está llamada a realizar un examen de la ley de amnistía en relación con la Constitución Nacional del Estado, cuestión de derecho interno que no le compete” siendo que Brasil es el único país sudamericano que no ha procesado a ninguno de los autores de las violaciones cometidas durante las dictaduras que asolaron la región y el primer intento tras la condena de la Corte fue denegado por el juez de primera instancia que rechazó abrir el juicio basado en la ley de amnistía.

Uruguay, en cambio, no solo ha sometido a juicio a los responsables habidos sino que ha extraditado y además ha condenado a responsables de violación a los derechos humanos durante el proceso cívico militar sin menoscabar ninguna de sus garantías y no lo hará, a juicio de este Tribunal de Apelaciones, en abierta violación constitucional de los artículos 10 inc 2 y 72 aplicando retroactivamente la ley para un caso de tipicidad ya dispuesta y con plazos extensísimos sin que desde 1990 el titular de la acción pública, cuyo ejercicio es exclusivo, o los soportes del órgano jurisdiccional HAYAN INTENTADO SIQUIERA SOLICITAR LA REANUDACION DE LA INVESTIGACION y ELLO NO LE SERA CARGADO AL INDAGADO (un término algo promiscuo donde nuestra legislación habla de reo, indagado, imputado sin rigor jurídico pero atañen a sus mismos derechos en el caso) menos con aplicación de una ley retroactiva en su perjuicio.

Ello va en consonancia con la concepción de Sancinetti quien admite la prescripción cuando existe un restablecimiento de la vida democrática y se actúa bajo un Estado Constitucional de Derecho y no operó una actuación de los órganos estatales encargados de ello como ocurrió en el presente caso que desde 1990 donde no se intentó siquiera reabrir la causa – por ejemplo consultando nuevamente al Poder Ejecutivo o promoviendo la inconstitucionalidad de la ley-, consecuencias que no puede soportar el justiciable..

Entonces. “La jurisprudencia de la CIDH no constituye fuente de derecho internacional y una sentencia no podrá apoyarse en un precedente jurisprudencial o en la doctrina como tal porque como ya se dijo ni la jurisprudencia ni la doctrina son fuentes principales del derecho internacional y solo pueden tenerse en cuenta como medios auxiliares para aclarar preceptos jurídicos dudosos ... las mismas carecen de coercibilidad, y si el Estado no la cumple lo único que puede hacer la Corte es informar a la Asamblea General de la Organización, para la correspondiente sanción moral..” (Ligia Molina Arguello en II Seminario Internacional sobre la Independencia Judicial en Latinoamérica. 1,2 y 3 de abril de 1996 páginas 97-102).

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 125/2014

Oficina: Tribunal Apelaciones Penal 2º Tº

No es acertada la interpretación que del caso “Velásquez Rodríguez” realiza Perenti (Inaplicabilidad sobre las normas de Prescripción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Sistema Interamericano de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional” página 211 a 227) cuando pretende que allí se determinó el deber de sancionar penalmente conductas violatorias de los derechos humanos a los individuos, confundiendo una vez más la diferencia entre la jurisdicción de derechos humanos con la jurisdicción penal ya que aquella juzga exclusivamente los hechos a la luz de los derechos humanos a fin de establecer si son respetados o no y si se deben reparar y/o indemnizar en tanto en la jurisdicción penal debe fallar en función de la ley respecto de la responsabilidad de un individuo.

En el multicitado caso en el numeral 134 se establece que “En efecto la protección internacional de los derechos humanos no debe confundirse con la justicia penal. Los Estados no comparecen ante la Corte como sujetos de acción penal. El Derecho Internacional de los derechos humanos no tiene por objeto imponer penas a las personas culpables de sus violaciones, sino amparar a las víctimas y disponer la reparación de los daños que les hayan sido causados por los Estados responsables de tales acciones”

Si se lee todo su fallo (La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Juan Travieso. Ed. Abeledo –Perrot página 349 a 401) la memorable integración distingue claramente los dos aspectos, condena al Estado de Honduras porque no se investigó y se concluyó en un Sobreseimiento en una desaparición forzada, sin disponer que debían desconocer la cosa juzgada, el ne bis in idem, la reapertura de la investigación judicial para reprimir penalmente porque no es de su competencia sino que en el numerales 179 y en particular el numero 181 estableció que “Incluso si en el supuesto de que circunstancias legítimas del orden jurídico interno no permitieran aplicar sanciones correspondientes a quienes sean responsables de delitos de esta naturaleza...” deberá continuar la investigación para determinar su destino, investigaciones en el caso concreto que atañen en este caso a la esfera judicial blindadas por el instituto de la Prescripción por inacción de los órganos encargados dentro de un Estado democrático y desde la última consulta efectuada en 1988- y habiéndose enviado el 6 de febrero de 1990 sin fundamento alguno el expediente a la Presidencia de la República, desentendiéndose de su existencia- sabiendo, posteriormente, que se estaban excluyendo casos para que sus responsables fueran juzgados y condenados si correspondieran.

Y en consonancia con este breve párrafo referido está la decisión donde se “Declara que Honduras ha violado ... los deberes de respeto y garantía del derecho a la integridad personal... el derecho a la vida..” obligándolo a indemnizar a los familiares de las víctimas sin ingresar, más que con la sabiduría de hacer referencia a las limitaciones de los derechos adquiridos por los violadores de crueles delitos, ni aludir a temas penales, ni menos a la obligatoriedad de seguir su jurisprudencia como precedente integrante de la parte resolutive (Rafael Nieto, Hector Gros Espiel, Rodolfo Piza, Thomas Buergental,

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 125/2014

Oficina: Tribunal Apelaciones Penal 2º Tº

Pedro Nikken, Héctor Fix-Zamudio, Rigoberto Espinal).

En idéntico sentido y recientemente el reconocido jurista Ezequiel Malarino (Activismo judicial, punitivización y nacionalización en Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos y el Derecho Penal Internacional, páginas 25 a 60) señala que la Corte sólo está autorizada a declarar la responsabilidad internacional de un Estado si constata la lesión de una disposición de la Convención por parte de ese Estado (luego de los ajustes realizados a los procedimientos de la Carta de la OEA en los años noventa, los informes tanto de la Comisión como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, son presentados directamente ante el Consejo Permanente a través de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, y no ante la Asamblea General. De esta forma, el Consejo Permanente lo que hace finalmente es proponer a la Asamblea General la adopción de una resolución ya consensuada sobre el informe de la Corte, no estableciéndose debate alguno sobre el contenido mismo de éste ni mucho menos sobre el estado de cumplimiento de las sentencias por parte de los Estados). En los últimos años la Asamblea General ha permitido la modalidad de la intervención en éstas de los Presidentes de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo cual les ha permitido en breves minutos llamar la atención de los Estados sobre algunos asuntos más relevantes tanto de la situación de los derechos humanos en el continente como del funcionamiento de estos órganos.

De lo contrario, se convertiría nuestro sistema en el del precedente obligatorio migrando del romano al sistema del common law (Fernández Lecchini en Revista Judicatura N 52 página 53) lo que resulta inadmisibles para nuestro sistema constitucional que se rige por la independencia técnica de nuestros magistrados, forjados en la fragua del Dr. Eduardo J. Couture y Justino Jiménez de Aréchaga, entre muchos otros, con una rica tradición jurídica, en una profesión – como ser Juez en Uruguay- que consiste en una actividad reglada y a tiempo completo incompatible con cualquier otra actividad remunerada salvo la Enseñanza Pública Superior (art. 251 de la Constitución de la República).

Además del propio artículo 69 del CADH no se “deduce fuerza obligatoria para los demás Estados no parte del proceso, ni que el Pacto hubiera concebido un sistema jurisprudencial fuente de derecho...” sino que “la Corte Interamericana fue reescribiendo la Convención Americana tanto en aspectos relacionados con los derechos de las personas como en asuntos referidos a la competencia y la función del tribunal ella creó nuevas reglas o nuevos derechos humanos y modificó algunos existentes, extendió su competencia sobre hechos ocurridos con anterioridad a la entrada en vigor de la Convención Americana para el Estado en cuestión, extendió la eficacia jurídica de sus decisiones contenciosas más allá del caso concreto...” (Separata de Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 19 año. 2013. Konrad Adenauer Stiftung, páginas 600 a 604).

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 125/2014

Oficina: Tribunal Apelaciones Penal 2º Tº

Y ello producto de las aristas negativas del activismo judicial .

Así como a comienzos del siglo XX alarmó, en la acepción negativa de la expresión, el “gobierno de los jueces” producto del conflicto que surgió entre el Tribunal Supremo Federal y el Congreso y la Presidencia respecto de las iniciativas intervencionistas promovidas por Franklin Delano Roosevelt (El Poder de los Jueces. Madrid 1997 páginas 36-37), hoy se asiste a ese activismo que Malarino denomina de interpretación progresiva auténtica (por oposición a la negativa que es la tergiversada) donde atañe a la interpretación del texto que tiene en cuenta el significado objetivo del término en el momento de su aplicación: el texto sigue siendo el fundamento y el límite de la actividad del juez. El principio democrático exige que toda restricción de un derecho o libertad de la persona sea aprobada por la instancia que es más frecuentemente representa al pueblo: el parlamento.

Porque una cuestión es declarar la responsabilidad internacional del Estado transgresor (art. 63 de la CADH) y nada más, y otra diversa ingresar en la competencia de los tribunales nacionales además con competencia penal que es una competencia que la CIDH no tiene y así lo reconocía con recordadas integraciones la propia Corte, la notable diferencia entre el objeto del proceso internacional y los diferentes objetos de los procedimientos internos (tal como lo sostuvo este redactor en la primera jornada desarrollada en el CEJU sobre el fallo de la CADH en el denominado caso Gelman): el proceso penal es un proceso efectuado por el Estado contra un individuo que presuntamente ha transgredido la ley penal con el objeto de decidir la responsabilidad penal de ese individuo y cada proceso tiene un sentido jurídico diferente. En el multicitado caso de “Velásquez Rodríguez” la Corte constató el incumplimiento del Estado de Honduras pero no tuvo como efecto la reapertura del proceso judicial interno desconociendo la cosa juzgada, ne bis in idem, prescripción, no retroactividad de la ley más gravosa, etc., sino que se limitó a la sanción al Estado de Honduras (vide: La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Travieso Bs, As. 1996 página 351 y siguientes) ya que no se puede revisar ni menos reclamar que se modifique el fallo de la Suprema Corte de Justicia de un país sino solicitar que se declare que el Estado violó la Convención de la cual la Corte es la intérprete “última” lo que no quiere decir que se deba seguir su jurisprudencia.

No vamos a extendernos sobre la despejada pretensión de la jurisprudencia creando derecho sin fundamento en el texto porque como recuerda Malarino citando nada menos que a Norberto Bobbio: “Nunca nos alegramos cuando la interpretación evolutiva o creadora era invocada por los juristas nazis” con lo que se desvanecería esta tesis de crear sin texto porque, por ejemplo los Estados no lo hacen, “reconozco que ninguna norma me autoriza a crear derecho pero lo hago para defender los valores de la humanidad, estoy del lado de los buenos y por eso mi activismo es bueno”, argumento de pura ideología ajeno a lo estrictamente jurídico dependiendo de la ideología de cada quien y de la circunstancia política (poderío económico, militar, etc) de cada Estado.

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 125/2014

Oficina: Tribunal Apelaciones Penal 2º Tº

Pero ni el activismo judicial negativo ni la aplicación de la retroactividad de la ley penal más gravosa es reconocida por la Corte Europea de Derechos Humanos de las Naciones Unidas al negar que hubiese violación del art. 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Politicos cuando las violaciones de derechos humanos se hubiesen producido antes de la entrada del en vigor del PIDCP para el Estado en cuestión.

En suma el pensar apasionado se refleja en la decisión de la Gran Sala del Tribunal en el caso Del Rio Prada (Communiqué de presse del Secretario del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 21 de octubre de 2013) donde se vulneró el art. 7 ya que no existía pena escrita, previa y cierta donde, por actos terroristas a la integrante de ETA se la condena a tres mil años de prisión, por sumatoria de penas, pero que el Código Penal vigente de 1973, en el momento de la comisión de los hechos era de 30 años como máximo, se le aplicó además una redención de pena de 9 años por trabajo en prisión y se pretendió aplicarle la redención en forma retroactiva a cada una de las penas impuestas posteriormente y no sobre el límite de los 30 años señalando sin ambages, el Tribunal, la vulneración que no hay pena sin ley previa que lo establezca ya que atañe al derecho a la libertad y seguridad si se le aplicaba en forma retroactiva.

Como tampoco es seguido por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas al negar que hubiese violación al art. 2.3 del PUDC y P cuando las violaciones a los derechos humanos se hubiesen producido antes de la entrada en vigor del PIDCP para el Estado en cuestión ya que para violarse el Pacto éste tiene que estar vigente en el momento de la violación (Separata citada página 604) .

La Corte Interamericana tiene que aplicar las reglas de la Convención Americana y de los demás tratados bajo su control, ella puede incurrir en errores como cuando prohíbe la aplicación del artículo 9 de la CADH y esa decisión es definitiva porque no hay instancia superior, pero esto no significa que la regla inmutable de la irretroactividad de la ley penal no siga siendo la norma edicta en el artículo 9 y deba ser aplicada por el Estado contra el cual se pide, porque ello sería hasta modificar los principios consagrados en la Constitución reservada para el soberano .

El art. 1 de la Convención establece que: “Los Estados Partes en esta convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna...”

En el artículo 29 dispone que “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

a) Permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 125/2014

Oficina: Tribunal Apelaciones Penal 2º Tº

b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

c) Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma republicana representativa de gobierno y

d) Excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

Pero además la República Oriental del Uruguay ha suscrito desde siempre los Tratados internacionales como la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados incluyendo en citado artículo 29, como si nuestro país se amparara en el orden interno sino en sus obligaciones que, como vienen de detallarse, emanan de sus compromisos internacionales y, naturalmente, de la Constitución de la República y la interpretación hay que hacerla en forma tal que no conduzca "de manera alguna a debilitar el sistema de protección consagrado en la Convención" y siempre teniendo en cuenta que el objeto y fin de la misma "son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos" (Corte I.D.H., El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana [arts. 74y 75], Opinión Consultiva OC-2/82 del 24-IX-1982, serie A, nro. 2, párr. 29). (Opinión Consultiva 4/84; 19 de enero de 1984).-

También Uruguay es parte de la Corte Penal Internacional.

Y del Pacto de Derechos Civiles y Políticos que dispone , entre otras obligaciones:

Art 5: 1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado , grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él.

2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.

En cuanto al Estatuto de Roma establece que en su art. 20 que "Nadie será procesado por la Corte en razón de conductas constitutivas de crímenes por los cuales ya hubiera sido condenado" añadiendo en su artículo 24 la irretroactividad de la ley penal por una conducta anterior a su entrada en vigor.

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 125/2014

Oficina: Tribunal Apelaciones Penal 2º Tº

Y bien se ha dicho que se parte de una suerte de argumento de autoridad porque no se demuestra la premisa de la que se parte: que resulta obligatorio seguir la jurisprudencia de la CIDH ya que siguiendo a Ezequiel Malarino “es preciso señalar, ante todo, que ninguna disposición de la CADH establece que la jurisprudencia sentada en las sentencias u opiniones consultivas de la Corte IDH o en los informes de la Comisión IDH sea obligatoria para las autoridades nacionales.... No puede encontrarse el fundamento de un deber de derecho internacional de seguir la jurisprudencia de los órganos del sistema interamericano”.

El intérprete construye el sentido del argumento, le atribuye predicados a esa premisa que el mismo crea y se convierte en una verdad lo cual no es admisible desde los principios de la racionalidad jurídica.

6. Como dijimos antes los múltiples instrumentos ratificados por Uruguay no dejan espacio para la duda de su cultura jurídica de la noche de los tiempos, impulsor de la CADH integrando la Corte Interamericana con nuestro recordado jurista de nota Dr. Héctor Gros Espiel y ya señalados por los reiterados pronunciamientos de nuestra Suprema Corte de Justicia:

a) Respecto de los delitos de lesa humanidad se destaca la ley 17347, promulgada el 13.6.2001 acerca de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa humanidad” adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 26 de noviembre de 1968;

b) Por la ley 17510 se aprobó el Estatuto de Roma de la Corte Penal internacional, adoptado en Roma, el 17 de julio de 1998 y suscrito el 19 de diciembre de 2000, promulgada en el mes de junio de 2002 y publicada el 8 de julio de aquel año;

c) La ley 18026 – con modificaciones por parte de nuestros legisladores lo que deja en evidencia que no son autoejecutables y que cada tipo tendrá sus propias características, penas y por ende hará a las garantías del ciudadano uruguayo este tipo y no el que disponga el Tratado- estableciendo en el Título II una serie de crímenes considerados de Lesa Humanidad y concreta la imprescriptibilidad que jamás puede operar retroactivamente por lo que se impusieron ex post facto a los hechos que aquí se analizan porque entonces si se demolería el conjunto constitucional de garantías liberales para los ciudadanos. Nuestro legislador optó por establecer tipos diferentes que serán competencia de la justicia uruguaya.

d) Como expresa Malarino en la obra nota infra “el artículo 9 establece: “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable” y no hay excepción a semejante regla y el art. 27.2 rechaza expresamente que esa regla pueda ser suspendida aun en caso de guerra, peligro público u otra emergencia que amenace la

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 125/2014

Oficina: Tribunal Apelaciones Penal 2º Tº

independencia o seguridad del Estado y el art. 11 establece que los estados deben respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención y garantizar su libre y pleno ejercicio a “toda persona que esté sujeta a su jurisdicción” siendo que persona de acuerdo con el art. 1.2 es “todo ser humano”: entonces se abandona un derecho liberal, democrático, republicano para ingresar en la tendencia punitiva que anula derechos fundamentales creando derecho o negando derecho siendo que el artículo 29.a de la Convención Americana prohíbe a toda persona o autoridad que, a través de la interpretación, suprima el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o los límites en mayor medida de lo que ella prevé.

7. En el presente caso la inacción de quienes estaban encargados de velar jurisdiccionalmente por la causa penal (que tenían sin debido control funcional desde 1990) reabrieron la instrucción no por ser un hecho notorio e histórico para la ciudad de Fray Bentos el homicidio del Dr. Roslik y las circunstancias que lo rodearon, no por iniciativa del titular de la acción pública o en el peor de los casos por el órgano jurisdiccional, a sabiendas que hacía años se estaban juzgando y condenando a decenas de casos donde se habían violado los derechos humanos durante el gobierno de facto (más precisamente desde el año 2005) sino por la resolución número 322 del Poder Ejecutivo de fecha 30 de junio de 2011. Muy especialmente cuando recién en octubre de 2011 el actual soporte del órgano, se ha expresado en el Acuerdo, estima que se trata de delitos graves (fs 59 vto auto número 1161 comenzando la instrucción el 28 de octubre de 2011), lo cuales – si hubieran sido tales- fueron indiferentes también para ésta y los anteriores titulares de la sede, con varias puntualizaciones:

a) En el expediente P 33/986 (al que estaba acordonado el Ficha 61/84) consta la denuncia penal de la Federación Médica del Interior contra el Dr. DD (fs 55), planteándose contienda de competencia por parte de la justicia militar a la que la Señora Juez de Primera instancia de aquella época no hizo lugar y elevó a la Suprema Corte de Justicia la que, ya vigente la ley de caducidad de la pretensión punitiva del Estado, solicitó que se diera cumplimiento al art. 3 de la ley 15868 del 22.12.1986; al cumplirse con el mismo el Poder Ejecutivo por mensaje número 7/1988 lo incluyó dentro de la ley(fs 27); la Suprema Corte de Justicia remite ambas causas (Fichas 33 y 61) al juzgado (fs 57) el 22 de junio de 1989 y por error de la Oficina Actuarial de entonces se devuelve a la Suprema Corte quien lo rechaza expresando que “los mismos no fueron solicitados por la Corporación” (fs 74) no obstante por un mandato verbal del Sr. Juez Letrado de Feria aquella Actuaría lo remite a la Presidencia de la República, mediante oficio del 6 de febrero de 1990 (fs 54 del expediente formado en primera instancia para la búsqueda y desarchivo de estos expedientes) desentendiéndose de su suerte y sin explicación razonable de semejante envío (febrero de 1990 fs 26 vto). Por eso decimos que no existió control jurisdiccional desde 1990 ya que de lo contrario no se entiende la razón por la cual se envían a la Presidencia de la República y no se reclamaron los mismos.

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 125/2014

Oficina: Tribunal Apelaciones Penal 2º Tº

b) Nunca estuvo archivado (fs 61 vto del expediente de búsqueda y desarchivo en informe efectuado por el Sr. Actuario titular actual) ni se decretó su clausura ya que el 27 de octubre de 2011 la Sra. Actuaría deja constancia: “Recibido hoy se agregan actuaciones pendientes de agregación que se encontraban en la sede fs fs 27 y 28” esto es la comunicación de la Suprema Corte de Justicia que el caso quedaba incluido en la ley de caducidad vale decir que esos oficios estaban adjuntos a la ficha de la causa pero sin la causa.

c) En el expediente P 61/1984 se sustanció libremente la denuncia del Dr. DD por “hecho infamante” y a solicitud del titular de la acción pública, – vista número 734 del 1 de agosto de 1985- solicitó “ la clausura y archivo de estos obrados” la que se decretó, sin alternativa jurídica por parte de la entonces titular de la sede, por auto número 503 de fs 161 : “clausúranse los procedimientos y archívense sin perjuicio”;

d) En el expediente Ficha P 15/1987 el Ministerio de Salud Pública formula denuncia penal contra el Dr. DD por presuntos delitos contra la “Administración de Justicia” (art. 177 y 197 del delito imputado a AA ya que toda la denuncia descansa sobre las irregularidades de la autopsia que efectuó) y Delitos contra la fe pública (fs 27) lo cuales fueron incluidos dentro de la ley 15848 (fs 58). También aquí se requiere informe del Poder Ejecutivo (fs 57) en abril de 1988 adjuntando los autos (que no regresaron y no se reclamó por ellos; el expediente está sin archivar fs. 63) Se respondió el 14 de junio de 1988 que el caso se encontraba incluido en el artículo 1 de la ley 15848 (fs 58) siendo que es la propia Suprema Corte de Justicia la que lo remite al Juzgado Letrado de Fray Bentos siendo recibido el 30 de setiembre de 2011 (fs 57 vto).

e) Los mismos se encontraban en la Secretaría de Seguimiento de la Comisión para la Paz ubicado y devuelto con la documentación el 29 de setiembre de 2011 por parte de la Presidencia de la República (fs 45 del expediente de extracción del archivo y búsqueda). Y de acuerdo al informe emitido por el Sr. Secretario Letrado de la Suprema Corte de Justicia los autos Ficha P 15/1987 fueron enviados a la Presidencia de la Corporación el 29 de setiembre y remitidos ese mismo día al Juzgado de primera instancia.

f) De manera que el o los justiciables no es o no son responsables de velar por la celeridad de las actuaciones de las autoridades en el desarrollo del proceso penal ni por la falta de la debida diligencia de las autoridades estatales. No se puede atribuir al indagado en un proceso penal que soporte la carga del retardo en la Administración, lo cual traería como resultado el menoscabo de los derechos que le confiere la ley (Albán Camejo, 22 de noviembre de 2007 n 119 sentencia de la CIDH que revierte, con un sentido crítico de sus posiciones anteriores, lo sostenido en el caso Bulacio).Peor aún cuando el Poder Ejecutivo a partir de 2005 comienza a excluir casos de la ley donde si se quería accionar se pudo consultar al mismo, advirtiendo allí que las causas no estaban en el juzgado y

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 125/2014

Oficina: Tribunal Apelaciones Penal 2º Tº

definitivamente cuando la denominada ley de caducidad de la pretensión punitiva del Estado fue declarada inconstitucional por la Suprema Corte de Justicia de Uruguay en el año 2009: se pudo pero no se hizo, nada podrá invocarse por haber decidido no accionar por inconstitucionalidad en estos casos, por lo cual no puede continuarse, ahora, a costa de los derechos humanos protectores del justiciable (porque son pro hómine y no contra hómine) .

8.Extender por orden de una Corte el plazo de prescripción (o aún de una imprescriptibilidad preexistente, como se ha sostenido, empero sin tipo ni sanción, etérea, denigrando las mínimas garantías, cuestión que ha sido solucionada, afortunadamente, por nuestra legislación en los últimos años) en criterio de este Tribunal, con la anterior y actual integración, es darle no solo efecto retroactivo en perjuicio del reo sino avasallar sus derechos adquiridos y consagrados en el art. 10 y 72 de la Carta y de rango legal en consonancia con estos los artículos 1,15 inc 1, 85 del Código Penal que rige desde 1934 en nuestro país esto es no puede hacerse observación que haya sido creado deliberadamente para favorecer la impunidad.

Como expresa en su voto el Señor Ministro Dr. José Balcaldi Tesauro: “De modo que no pueden haber vacilaciones en esta materia. No es en la doctrina de los penalistas extranjeros, donde hay que ir a buscar un criterio seguro para este problema, puesto que en algunos regímenes jurídicos, ese principio tiene base jurídica meramente legal y las leyes ordinarias represivas que se sancionen pueden variar las soluciones en cada caso, de acuerdo con circunstancias o permanentes criterios de política criminal. Pero, entre nosotros, esa garantía de la seguridad, valor aludido por el art. 7º de la Constitución, debe considerarse comprendida entre las establecidas genéricamente por el artículo 72. Tiene jerarquía constitucional y está exenta de la discrecionalidad del legislador ordinario...” (REAL, Alberto. Los principios Generales de Derecho en la Constitución Uruguaya. Montevideo, Año 1965, págs. 52 y ss.)

“...si hay una ley cuya irretroactividad sea indiscutible, ella es la ley penal. El cometido de la irretroactividad está nada menos que en la tutela de la libertad del ciudadano: cada cual debe poder hacer impunemente lo que la ley no le prohíbe. El valor del principio es tan grande que se ha hecho de ello, en el proyecto presentado a la Asamblea constituyente, uno de los puntales de la constitución...” (Carnelutti, Francesco. Cuestiones sobre el Proceso Penal. Traducción de Santiago Santís. EJE, Buenos Aires, pág. 379).

Y añade más adelante: “De no existir un límite como criterio general (incluida la imprescriptibilidad que como tal no deja de ser uno), sería algo indefinido, contrariando, en ese caso, los principios generales en cuanto al ejercicio de cualquier tipo de derecho, puesto que, su no ejercicio o el desinterés los llevan a desaparecer, salvo aquellas excepciones expresamente establecidas previamente.-

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 125/2014

Oficina: Tribunal Apelaciones Penal 2º Tº

Frente a tal dilema se armonizan ambos intereses, lo que en concreto, no es otra cosa que definir las reglas de convivencia social, cosa que la nación concretó con los parámetros regulados por las normas legales vigentes específicas en la materia (artículos 15, 16, 117 a 124, 129 y 130 del Código Penal)".

En efecto, a juicio de este redactor, si se interpretara todo como en mal recordado caso "Bulacio" donde debería ser excluido del régimen general de prescripción el ámbito de la imprescriptibilidad alcanzaría una dimensión mucho mayor que la establecida no ya por la CADH sino por el derecho penal internacional: sería imprescriptible porque ejerció una defensa muy dilatada ya que como sostuvo la Corte Suprema argentina "hacer caer sobre el imputado los efectos de la infracción de ese deber... que ella se haya producido por la desidia judicial o por la actividad imprudente del letrado que asume el cargo la defensa técnica produce una restricción al derecho de defensa difícil de legitimar a la luz del derecho a la inviolabilidad de dicho derecho conforme al art. 18 de la Constitución... no es el imputado quien debe velar por la celeridad del proceso ni sufrir las consecuencias del incumplimiento ajeno".

Por su parte el Señor Ministro Dr. Daniel Tapié Santarelli manifestó citando al Profesor Bayardo Bengoa : " la prescripción es un instituto de orden público, que puede declararse de oficio, aún cuando el reo no lo hubiera opuesto expresamente. – art 124 del Código Penal, por ende es irrenunciable y puede oponerse en cualquier momento de la causa "La prescripción del delito presupone de suyo que no se haya dictado sentencia definitiva" (vide Tomo III, pág 222).En el caso en estudio, los indagados solicitaron la clausura y archivo de las actuaciones por haber operado la prescripción y al mismo tiempo..... (y tras la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 2 y 3 de la ley 18831) nuevamente todos los indagados con sus abogados reiteraron la solicitud de clausura y archivo por haber operado la prescripción por la que suscribo".

9.Las garantías son para todos los ciudadanos.

Se han cumplido con los principios de buena fe y que lo pactado obliga pero no se puede imponer sobre la norma que protege derechos humanos y menos cuando han sido adquiridos como surgen de los artículos 8 na 4, 9, 27 y 29 de la propia Convención

En cuanto al artículo 28 de la Convención de Viena sobre derecho de los Tratados: "Las disposiciones de un tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo". Y, justamente, no se aprecia la intención distinta que se alega ni consta de modo alguno por ende debe operar hacia el futuro, acorde con el principio internacional de irretroactividad de los tratados.

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 125/2014

Oficina: Tribunal Apelaciones Penal 2º Tº

Esa seguridad jurídica, dice Bacigalupo (Teoría y Práctica del Derecho Penal Tomo II Madrid 2009 página 908) que es “un valor constitucional pero depende de la existencia de una norma sobre la prescripción que permita prever su aplicación por los tribunales...” y, en especial, expresamos nosotros por el justiciable porque la prescripción, en tanto cesación de la potestad punitiva del Estado por el transcurrir de un periodo de tiempo fijado con anterioridad por la ley, dice al orden público y debe ser declarada de oficio porque la fecha de este crimen tiene fecha y resulta de rechazo que en primera instancia se sostenga que no es este el momento para pronunciarse sobre ella: la prescripción es una norma autoritaria, impuesta por el legislador para que se abstenga de toda acción represiva y no se construyó ex profeso para brindar especial protección a los responsables de los delitos cometidos durante el periodo de fuerza sino que existe desde 1934.

La prescripción es de naturaleza material, al decir de Mir Puig y las modificaciones legislativas de los plazos o condiciones de prescripción serán irretroactivas si perjudican al reo y retroactivas si lo favorecen (Derecho Penal Parte General 4 ed. Página 774).

El ciudadano AA fue condenado por el delito Homicidio de FF, sin que ninguna parte la cuestionara, aún antes de la polémica ley de caducidad de la pretensión punitiva, y se realizó un juicio reparatorio ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo por parte de sus familiares.

Pues bien esa sentencia de condena fue dictada el 29 de abril de 1986 siendo que el régimen democrático se instauró el 1 de marzo de 1985 sin que existiera la ley de caducidad de la pretensión punitiva del Estado (la ley 15848 es del 22 de diciembre de 1986) ni obstáculo alguno para ser impugnada, si estimaba adecuado. Es notorio que ese juicio comenzó dentro del período de facto pero culmina una vez iniciado el período democrático y sin vigencia de la ley de caducidad por lo no se impugnó pudiendo hacerse siendo condenado por el delito de Homicidio el Mayor AA.

Ese expediente – por el contrario- se incorporó, como prueba trasladada, (fs 432) al Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo donde operó la acción reparatoria, tras una contienda de competencia planteada por la Justicia Militar la Suprema Corte de Justicia la dirimió a favor de la justicia ordinaria (sentencia I-132 de 16 de julio de 1990). Por lo que ambos extremos se han cumplido: juicio y condena para AA , sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, y una acción reparatoria patrimonial hacia su familia.

Por lo fundamentos expuestos el Tribunal

RESUELVE:

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 125/2014

Oficina: Tribunal Apelaciones Penal 2º Tº

Revócase la sentencia interlocutoria de primera instancia: a) declarando, en su lugar, que los indagados tienen legitimación activa para interponer los presentes medios impugnativos; b) existió cosa juzgada respecto de AA por haber sido condenado por el delito de Homicidio; y c) declarando la prescripción de los restantes hechos que integran la presente causa.

Téngase presente lo expresado en el numeral 7 de los Considerando.

Notifíquese personalmente.

Comuníquese, ofíciase, cometiéndose a la sede de primera instancia . Y, oportunamente devuélvase al juzgado de origen.