

VISTOS:

Para resolución estos autos donde la defensa del Cnel (r) Jorge Silveira ha solicitado la clausura y archivo de las actuaciones alegando que ha operado la prescripción del delito.

ATENTO:

1) Que desarrollando su petición la defensa letrada manifiesta que su representado ha comparecido en autos en calidad de indagado razón por la cual considera que se encuentra habilitado para pretender la clausura por la causal invocada.

Refiere que los hechos denunciados han ocurrido hace mas de veinte años por lo que considera que ha prescrito el delito que hubiera podido configurarse en tanto según su cómputo dicho plazo se cumplió el 1 de marzo de 2005.

En tanto el indiciado fue procesado por la sede penal de 19° turno en el año 2006, esta circunstancia no afecta la prescripción que se invoca porque, de acuerdo a lo sostenido por la compareciente, transcurrió el lapso completo de prescripción antes del acaecimiento del procesamiento señalado. Concluye que la causal de prescripción del art. 121 del C.P. no puede ser invocada.

Pide en definitiva que, atento a que la prescripción es un instituto de orden público, que debe ser declarado de oficio, toda vez que se advierta su acaecimiento, se declare la prescripción y se proceda a la clausura y archivo de las actuaciones.

2) Que por providencia nro. 2645 se confirió traslado del recurso al Min Pco, quien lo contestó a fs. 348-349 expresando que la interrupción de la prescripción se dio desde que el indiciado fue enjuiciado por la comisión de delitos de lesa humanidad y por los cuales está recluido en prisión.

Cita doctrina en respaldo de sus dichos y reclama en suma que se desestime la solicitud y se disponga la continuación de las actuaciones.

3) Que la sede mantendrá la recurrida en atención a los fundamentos que a continuación se expresan:

l) En anteriores pronunciamientos dictados en otros autos donde se ha alegado, por las mismas defensas argumentos similares, la sede se ha expedido

rechazando la prescripción en línea argumental que se reiterará en estos obrados sin perjuicio de analizar las particularidades del caso de marras,-

El denunciante, Rodolfo Porley Corbo, fue privado de libertad en diversas oportunidades hasta que en el año 1975 fue nuevamente detenido y posteriormente procesado por la justicia militar permaneciendo recluido en el Penal de Libertad recuperando su libertad en el año 1979 después de lo cual debió abandonar el país.

El expediente que se tramitó ante los juzgados militares de turno surge agregado a estas actuaciones. Al recuperar su competencia originaria los juzgados penales ordinarios, los autos fueron remitidos a la sede penal de 6to turno quien procedió a archivar los mismos.

Permaneció archivada hasta que en el año 2011 se desarchivó y se reiniciaron las actuaciones en virtud de la denuncia presentada por el Sr Rodolfo Porley y atento a que en julio del pasado año el Poder Ejecutivo revocó los actos administrativos que consideraban incluidos los hechos denunciados en las previsiones de la ley 15.848.

En la presentación de la denuncia, Porley hace un detalle de los hechos que motivan su comparecencia a denunciarlos. Refiere que fue múltiples veces detenido y en esa situación sometido a diversos apremios físicos que detalla. Afirma además que pasó largo tiempo sin que se supiera de su paradero ni de su situación estando en calidad de desaparecido. Las situaciones de detención se sucedieron en los años 1973, 1974, 1975 a 1979, pasando por diferentes unidades militares de detención hasta llegar al Penal de Libertad en el año 1977 y ser liberado en 1979 para ser expulsado del país y por ende debiendo exiliarse permaneciendo en esa calidad hasta el año 1984 en que pudo regresar al país.

Ofreció prueba testimonial del trato recibido en los diversos períodos de detención y de los lugares en que ésta transcurrió.

Los testigos dieron cuenta no solo de los apremios físicos que sufriera el denunciante sino que estos eran el trato corriente para todos los detenidos, incluidos los testigos, - víctimas a su vez - de similares situaciones como las denunciadas.

La denuncia trata, en suma, de una persona detenida que fue sometida a diversos tratos lesivos de su integridad física. Debe partirse de considerar que el Estado es responsable respecto de las personas que mantiene privadas de libertad, por las razones que fuere, de garantizar la integridad física de los detenidos.

La Corte Interamericana ha establecido que las personas privadas de libertad tienen el derecho de ser tratadas dignamente. Dado que el Estado es responsable por las instalaciones de detención y tiene pleno control sobre los detenidos, es el Estado el que debe garantizar los derechos de los detenidos, incluido el derecho a la integridad personal. En consecuencia, el Estado tiene el deber de garantizar que las condiciones de detención sean acordes a la dignidad personal de los detenidos, las malas condiciones de detención, *“dependiendo de la intensidad de las mismas, su duración y las características personales de quien las sufre... pueden causar sufrimientos de una intensidad que excede el límite inevitable de sufrimiento que acarrea la detención, y...conlleva sentimientos de humillación e inferioridad”* en clara violación del art. 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos .

El derecho a la integridad personal está incluido en la lista de derechos que no pueden suspenderse contenida en el art. 27.2 de la Convención ni establecerse ninguna excepción respecto de tales derechos aún en situaciones de excepción.

La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura señala en su art. 5 que *no se invocará ni admitirá como justificación del delito de tortura la existencia de circunstancias tales como el estado de guerra, amenaza de guerra, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interior, suspensión de garantías constitucionales, la inestabilidad política interna y otras emergencias o calamidades públicas*. El delito de tortura es imprescriptible y los gobiernos son responsables por los actos de regímenes anteriores si no adoptan las medidas adecuadas para combatir la impunidad y asegurar una reparación. De igual forma, las amnistías no pueden aplicarse al delito de tortura ya que, *“conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad de los crímenes de lesa humanidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana e indudablemente afectan derechos*

consagrados en ella. Ello constituye per se una violación de la Convención y genera responsabilidad internacional del Estado.” (caso Almonacid Arellano y otros c. Chile) La Corte Interamericana ha señalado expresamente que la prohibición absoluta es aplicable no sólo a la tortura sino también a las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, prohibiciones que considera tienen el carácter de ius cogens. (El sistema regional interamericano- La tortura en el derecho internacional – Guia de jurisprudencia- CEJIL- pag.113-117)

En consecuencia, los hechos ocurridos dentro de una institución estatal deben ser investigados porque, de haber intervenido agentes del Estado y de resultar que por la actuación de tales agentes se dispensaron tratos lesivos a la integridad física del detenido, es el Estado responsable de dicho accionar.

La investigación de los hechos, la indagatoria del personal militar actuante en las diversas reparticiones militares en las que permaneció el denunciante, las declaraciones de los testigos de los apremios denunciados, la verificación del lugar escenario de estos hechos, el entorno histórico en que tales acciones se verificaron, la documentación de organismos oficiales referente al tema que se incorporara en autos -expediente militares, información de prensa, etc- conforman el proceso de actuación de esta sede judicial a fin de determinar si los hechos denunciados ocurrieron y en su caso determinar el o los responsables de los mismos.

Se alega por la compareciente, defensa letrada del indagado, que ha operado la prescripción. Al respecto debe partirse de considerar que esta causal de extinción, en este caso del delito, mas allá de la naturaleza procesal, sustancial o incluso mixta que se ha dado en doctrina, tiene su fundamento, al decir de Maggiore, en que el Estado, ante la fuerza natural del tiempo que cubre de olvido los hechos criminosos, anula el interés represivo, apaga las alarmas sociales y dificulta la prosecución de las pruebas, abdica del ejercicio de su potestad punitiva o, en su caso, de aplicar la pena ya infligida (Der. Penal, Parte 3° vol II pag. 363). Por su parte, J. Bustos Ramírez expresa que después de pasado un determinado tiempo se estima innecesaria la pena, no sólo por razones de tipo preventivo-general o especial, sino también en virtud del concepto mismo de necesidad de la pena

(Manual de Der. Penal Español pag 460)

Ahora bien, para que pueda aplicarse el cómputo del plazo prescripcional durante el cual se ha dado la inacción del Estado en la persecución criminal, debe existir plena vigencia y ejercicio de todos los derechos. Durante los años en que transcurrió la dictadura militar -1973-1985- numerosos derechos individuales estaban limitados, suspendido su ejercicio, aún de aquellos que no pueden suspenderse ni siquiera bajo un régimen de excepción, entre ellos, los derechos de protección judicial. Fue tan palmaria la falta de garantías judiciales que caracterizó esa época que no hubo duda en la jurisprudencia actual que ese lapso no pudo contabilizarse a los efectos de la configuración de prescripción respecto de delitos ocurridos en ese tiempo.

Luego del año 1985, la justicia ordinaria volvió a detentar la competencia exclusiva respecto a los delitos comunes reservando la jurisdicción militar únicamente para los delitos cometidos en tiempo de guerra y de naturaleza militar, como lo preceptúa el art. 253 de la Constitución. Se comienzan a plantear antes las sedes judiciales denuncias por hechos ocurridos en los años anteriores, todos ellos dando cuenta de violaciones de derechos esenciales. Pero estos procesos no pueden continuarse por la sanción e inmediata aplicación de la ley 15.848, llamada de caducidad de la pretension punitiva del Estado, que impedía la prosecución de los procesos "respecto de los delitos cometidos hasta el 1° de marzo de 1985 por funcionarios militares y policiales, equiparados y asimilados por móviles políticos o en ocasión de sus funciones y en ocasión de acciones ordenadas por los mandos que actuaron durante el período de facto" (art.1 de la ley). Esta ley determinó, como se dijera, la detención de todo proceso judicial iniciado para la investigación de delitos denunciados cometidos entre los años 1973 y 1985, comprendidos en la definición de la norma precitada, y su consiguiente archivo. Asimismo, que ya no se intentara por otras víctimas formular denuncias por hechos similares porque el resultado, invariablemente, era el archivo. Es recién en el año 2005, cuando el Poder Ejecutivo excluye determinadas acciones de la ley 15.848, que se inician algunos procesos y se enjuician los responsables y luego, paulatinamente se van habilitando otros accionamientos, sea por el accionar del Poder Ejecutivo como

por la declaración de inconstitucionalidad de la citada ley. Finalmente, como se señalara supra y esta vez con carácter genérico, en el pasado año 2011 se declaró la nulidad de los decretos de otros Poderes Ejecutivos que habían impedido el progreso de las acciones judiciales lo que derivó en la reanudación de numerosas causas por largo tiempo y por las razones referidas archivadas. En otros casos, como el presente, la formulación de la denuncia-

Conforme estos condicionamientos de orden legal impuestos y vigentes por ese lapso, es de toda evidencia que los accionantes carecieron de un recurso efectivo para hacer valer sus derechos. El Estado, por su parte, titular de la pretensión penal, se limitó en el ejercicio de la misma vulnerando de esta manera los derechos de los ciudadanos a quienes debía garantizar en su derecho al acceso a la justicia.

Es de toda evidencia entonces que no puede computarse un plazo de prescripción en perjuicio de los accionantes cuando la inacción no obedeció a desidia ni a desinterés sino a un obstáculo legal que impedía el progreso de las acciones.

Debe tenerse presente que Uruguay aprobó el Pacto internacional de derechos económicos sociales y culturales así como el Pacto de derechos civiles y políticos y Protocolo facultativo por ley 13.751 del 11 de julio de 1969.

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

Pero antes, como estado miembro de la OEA, Uruguay aprobó la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, dada en el año 1948.

En el art. XVIII de dicha Declaración se consagra el derecho a la justicia, y es establece que toda persona tiene derecho al acceso a recursos judiciales cuando ha sido víctima de violación de sus derechos humanos. En similar alcance a lo previsto posteriormente por la Convención Americana en su art. 25, este artículo de la Declaración abarca el derecho de toda persona a comparecer ante un tribunal competente, imparcial e independiente, cuando se ha violado alguno de sus derechos, para reclamar la realización de una investigación que determine si ha habido o no violación de sus derechos y a obtener, de ser así resuelto, la correspondiente reparación por el daño causado.

El sistema interamericano ha afirmado en reiteradas oportunidades que no es la mera existencia formal de recursos lo que demuestra la debida diligencia del Estado y el cumplimiento de esta norma referida sino que esos recursos existan y sean efectivos. De tal modo que si un Estado a través de sus órganos correspondientes deja impune violaciones de los derechos humanos impidiendo el pleno ejercicio de los derechos por parte de la víctima, en el caso, a acceder a la justicia para que se dé curso a una investigación seria, imparcial y completa, ese Estado incumple con los deberes positivos que le impone el derecho internacional en materia de derechos humanos, derecho que, como se señalara, el Uruguay ha reconocido desde la firma de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del año 1948 y que los sucesivos instrumentos interamericanos de protección posteriores, entre ellos la Convención Americana y los Protocolos adicionales como otros instrumentos internacionales han desarrollado sobre las mismas bases.

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

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

derechos de toda persona que interponga tal recurso y desarrollará las posibilidades de un recurso judicial”

La Corte Interamericana, en opinión consultiva formulada por nuestro país desarrolla este concepto refiriendo que los Estados partes se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos, recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas de debido proceso legal, todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción. “según este principio, la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado parte en el cual semejante situación tenga lugar. En este sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios”, establece como hipótesis de estas circunstancias la falta de independencia del Poder Judicial, o que éste carezca de medios para ejecutar sus decisiones, o cualquier otra circunstancia que “configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión, o por cualquier otra causa no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso de justicia “ (Opinión consultiva OC-9/87 del 6/10/87).

No puede perderse de vista, al analizar estas situaciones denunciadas, que el derecho internacional de los derechos humanos tiene rango constitucional y debe ser aplicado por sobre leyes que incluso sean contrarias a lo que en éstos se establezca. Esta positivización de los derechos humanos resulta vinculante para todos los poderes del Estado. (conf. Alicia Castro “La ley nro 15.848 (de caducidad) y la Constitución. Una sentencia que no pudo clausurar el debate”- en Rev de Derecho Publico.nro 35, junio de 2009 Pag 144-145),

La Suprema Corte de Justicia uruguaya recogió este concepto en sentencia donde declara la inconstitucionalidad de la ley de caducidad, nro 365 del 19/10/2009. Señala que "... comparte la línea de pensamiento según la cual las convenciones internacionales de derechos humanos se integran a la Carta por la vía del art. 72, por tratarse de derechos inherentes a la dignidad humana que la comunidad internacional reconoce en tales pactos. En este sentido, Real enseña que, en nuestro Derecho, es clarísima la recepción constitucional del jusnaturalismo personalista, recepción que emana de conjugar los arts. 72 y 82 de la Carta. Este acogimiento expreso de la esencia humanista del jusnaturalismo liberal convierte a sus elevadas finalidades en principios generales del Derecho positivo, de trascendencia práctica, de los que no puede prescindir la sistematización técnico-jurídica (Real, Alberto Ramón, "El 'Estado de Derecho' (Rechtsstaat)", en *Estudios jurídicos en memoria de Eduardo J. Couture*, Montevideo, 1957, p. 604). El citado autor sostiene: "En el Uruguay, los principios generales de derecho 'inherentes a la personalidad humana', tienen expreso y genérico reconocimiento constitucional y por tanto participan de la suprema jerarquía normativa de la Constitución rígida: quedan, pues, al margen del arbitrio legislativo y judicial y se benefician con el control de inaplicabilidad de las leyes inconstitucionales, en caso de desconocimiento legislativo ordinario" (*Los Principios Generales de Derecho en la Constitución Uruguaya*, 2ª edición, Montevideo, 1965, p. 15). En la misma dirección, Risso Ferrand, citando a Nogueira, observa que "en "América Latina hay una poderosa corriente cada vez más "generalizada que reconoce un bloque de derechos "integrado por los derechos asegurados explícitamente en "el texto constitucional, los derechos contenidos en los "instrumentos internacionales de derechos humanos y los "derechos implícitos, donde el operador jurídico debe "interpretar los derechos buscando preferir aquella "fuente que mejor protege y garantiza los derechos de la "persona humana" (Risso Ferrand, Martín, *Derecho Constitucional*, Tomo 1, 2ª edición ampliada y actualizada, octubre de 2006, p. 114)." "...Como señala Nogueira, en la medida en que los derechos humanos son inherentes a la dignidad humana, ellos limitan la soberanía o potestad estatal, no pudiendo invocarse esta

última para justificar su vulneración o para impedir su protección internacional, no pudiendo invocarse el principio de no intervención cuando se ponen en ejercicio las instituciones, los mecanismos y las garantías establecidas por la comunidad internacional para asegurar la protección y garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de toda persona y de todas las personas que forman parte de la humanidad (citado por Martín Risso Ferrand, ob. cit., págs. 114 y 115).

Esta normativa internacional se incorpora directamente al ordenamiento jurídico señalando la Dra Alicia Castro que dichas normas sobre derechos humanos conforman un orden público internacional denominado *ius cogens*, según el cual tales normas no requieren siquiera ratificación del Estado, prevalecen sobre las normas nacionales de cualquier rango y son de aplicación inmediata y directa por las autoridades nacionales, incluyendo a los Tribunales.

Posteriormente, la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Gelman vs Uruguay*, que resulta de aplicación obligatoria para el Estado uruguayo, en igual sentido a lo antes referido, ha señalado que los Estados deben cumplir con las obligaciones internacionales emergentes de la Convención: “como consecuencia de esta obligación, los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de derechos humanos.”

Agregando además que “cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquel, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado sino también la interpretación que del mismo ha hecho la

Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.

En lo que refiere a la acción judicial, la sentencia referida indica que la misma, para ser tal, “debe ser oportuna y lograr el efecto útil que se desea o se espera con su accionar y, particularmente, tratándose de un caso de graves violaciones de derechos humanos, debe primar un principio de efectividad en la investigación de los hechos y determinación y en su caso sanción de los responsables.”

En suma, es deber del Estado proteger y garantizar la vigencia de los derechos humanos, consagrados y regulados con rango constitucional y, en caso de graves vulneraciones o violaciones de tales derechos, se impone la obligación de investigar y sancionar a sus responsables.

En igual sentido se ha pronunciado Hector Gros Espiell, quien fuera presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en referencia al cumplimiento de sentencias condenatorias dictadas por la CIDH respecto de un Estado, que "si el hombre es el objeto y fin del Derecho, y el Estado es un mero instrumento para asegurar, en el orden y la libertad, el pleno desarrollo de la persona humana, el derecho interno y el derecho internacional deben estar ordenados a ese fin. Los sistemas constitucionales nacionales son el presupuesto para el desarrollo libre de la vida humana dentro del derecho, pero no el único y excluyente presupuesto. El poder judicial de los Estados tiene la última palabra para la protección de los derechos humanos en lo interno. Las Cortes Supremas son "supremas" con respecto a los tribunales nacionales, únicas previstas generalmente por las Constituciones. Pero más allá del derecho interno están el derecho internacional y los órganos de contralor por él creados para verificar el cumplimiento o el incumplimiento de las obligaciones internacionales que, a ese respecto, el Estado posee." Agregando "no es posible, al fin del segundo milenio, que una posición antihistórica como la que criticamos, que desconoce el valor de lo humano y el progreso jurídico y político que ha caracterizado lo referente a la protección internacional de los derechos humanos pueda sostenerse seriamente" (Héctor Gros Espiell- "La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos- Análisis Comparativo" pag. 162-163).

Por todo lo antes expuesto y por imperio de los instrumentos internacionales que

ha suscrito este país, es forzoso concluir que si se ha vulnerado un derecho como el de protección judicial, aún en vigencia de los demás derechos esenciales, como lo fue claramente la aplicación sistemática de la ley 15.848, privándose a los denunciantes de un recurso efectivo que les amparara contra actos que violan sus derechos fundamentales, esta situación de conculcación de ese derecho no puede desplegar consecuencias perjudiciales para el denunciante. Pero además el Estado, responsable de haber privado de un recurso efectivo debería reparar los daños causados por esa vulneración.

Esta es, entre otras, una de las razones por las cuales se condenó a Uruguay en la sentencia dictada en el caso Gelman vs Uruguay, porque se les impidió a las víctimas el acceso a la justicia para reclamar contra actos violatorios de sus derechos fundamentales.

Es obvio que un acto estatal ilegítimo, en tanto que violatorio de derecho internacional como lo fue la ley 15.848, no puede desplegar efectos jurídicos lícitos. Aceptar que la prescripción respecto de los hechos denunciados como delitos transcurrió mientras los denunciantes no podían accionar es a todas luces un contrasentido y evidentemente violatorio de normas procesales generales.

El hecho que Uruguay integre la comunidad de Estados que acepta las normas interamericanas y universales de protección de derechos humanos, le obliga a aplicar todas las consecuencias que de ellas se derivan y aceptar las decisiones de sus órganos tales como la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en tanto antes aceptó y sigue vinculado por la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

Siendo como se señaló que la normativa internacional tiene rango constitucional, jerárquicamente se encuentra por encima de la ley interna, siendo ésta la que establece los parámetros dentro de los cuales los delitos prescriben y, como se señalara supra, no puede invocarse una ley interna cuando ésta controvierde las disposiciones internacionales asumidas desde larga data.

II) En otro aspecto del análisis también puede concluirse que la aplicación de la norma sobre prescripción que pretende la defensa no debe consierarse.

En la investigación de hechos como los que se desarrollan en estos obrados,

donde se denuncian como violaciones graves de derechos humanos perpetrados desde el aparato estatal, se revela la necesidad de relativizar la aplicación de ciertos principios generales del derecho penal en cuanto impiden abordar adecuadamente la criminalidad manifestada. Así, el mismo derecho penal se ha modificado para enfrentar el terrorismo organizado, el tráfico de drogas, determinada delincuencia económica o de delitos sexuales, traduciéndose el ejercicio del derecho penal en estos casos en una disminución de las garantías procesales y la extensión de determinados límites del derecho penal material (así, se habilitan medios de prueba específicos, se establecen presunciones que el imputado debe controvertir, se extiende la esfera de la conducta punible a actos preparatorios, etc). En ese mismo sentido, es posible considerar que los delitos cometidos con el preavalecimiento del poder estatal deberían tener igual consideración que los antes referidos ya que, de otro modo, tratándose de delitos de, al menos, igual grado de lesividad y generalidad, se verían privilegiados en su tratamiento ante aquellos.

Siguiendo en el análisis de la relativización de ciertos principios del derecho penal, merece considerarse la tesis de la “ilicitud legal” expuesta por Gustav Radbruch, en tanto resulta totalmente aplicable en las presentes actuaciones.

El citado autor señala que la existencia de ley es una condición del orden y genera seguridad jurídica. Pero, agrega, la seguridad jurídica no es el único valor ni el decisivo que el derecho debe realizar. Junto a la seguridad jurídica se deben considerar también otros dos valores: adecuación al bien común y la justicia. Observa que esos valores pueden estar en conflicto. La seguridad jurídica puede contradecir a la justicia. “El conflicto entre justicia y seguridad jurídica se debe resolver dando prioridad al derecho positivo, impuesto y asegurado por el ejercicio del poder, aunque su contenido sea injusto y contrario al bien común, salvo cuando la contradicción de la ley positiva con la justicia resulta en tal grado intolerable, que la ley, como “derecho injusto”, debe ceder ante el derecho”, agregando, “ es imposible trazar una línea nítida que separe los casos de injusto legal de los de leyes de contenido injusto, aunque sin embargo, válidas; pero, de todas maneras, es posible trazar otra frontera con toda nitidez: allí donde no existe

ni siquiera el deseo de justicia, donde la igualdad, que constituye el núcleo de la justicia, es conscientemente negada en el establecimiento mismo del derecho positivo, precisamente allí solo estaremos no solamente ante “derecho injusto”, sino ante la pérdida absoluta de la naturaleza jurídica” - (G. Radbruch, *Rechtsphilosophie* pag. 352-353). Esta posición fue recogida en fallos jurisprudenciales señalándose que no puede aplicarse preceptos legales que se encuentren en abierta contradicción con normas de derecho de rango superior en tanto esa vulneración del derecho pone de manifiesto una infracción grave y manifiesta de la idea de justicia y humanidad.

III) Finalmente, debe también considerarse que cuando una ley se encuentra en contradicción con otra, ambas pasibles de ser aplicadas en un mismo supuesto, debe atenderse a aquella que más favorezca a la persona, que en mayor medida contemple los derechos de la misma. Dicha solución deriva del principio *pro homine*, o favor persona, consagrado en el art. 31.1 de la Convención de Viena sobre los Tratados que establece, como regla general de interpretación que “un Tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuírsele a los términos del Tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por Uruguay el 16/12/1966, establece en su art. 5 num 1- que “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” En tanto que, el num. 2- expresa “no podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos 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”

El principio *pro homine* reconoce diversas formas de aplicación:

- En caso de concurrencia de normas vigentes de distinto rango, sea nacionales o

internacionales se preferirá la aplicación de aquella que contenga mejores protecciones independientemente de que las otras normas sean de igual, inferior o superior jerarquía.

- A su vez, en caso de sucesión de normas, cuando una norma posterior puede derogar a otra anterior de igual o inferior jerarquía. En virtud del principio se mantendrá la norma anterior en el tiempo –independientemente de su jerarquía- en tanto consagre protecciones que debieran conservarse.

- Incluso cuando no hay colisión de normas, sino concurrencia de las mismas ambas con un sentido tutelar, habrá de aplicarse la que mas contemple la persona o la víctima.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que el Uruguay debe ejercer un control de convencionalidad entre las normas internacionales consagradas en la Convención Americana de Derechos Humanos y las normas internas que rigen en el Estado debiendo en consecuencia aplicar aquellas normas que en mayor grado protejan a la persona y contemplen sus derechos y desestimar las que contravengan tales postulados. En tal sentido, resaltó que la Suprema Corte de Justicia, ha ejercido un adecuado control de Convencionalidad al decidir que la ley 15.848, de caducidad de la pretensión punitiva del Estado es inconstitucional. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha entendido, en fallo dictado en el caso *Gelman vs Uruguay*, que dicha ley ha significado un obstáculo para la investigación de las graves violaciones a los derechos humanos. En ese sentido, ha señalado que la ley de Caducidad es manifiestamente incompatible con la Convención Americana, en tanto impide la investigación y sanción de graves violaciones y no pueden seguir significando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyeron esas violaciones. Es obligación del Estado, conforme lo señala la citada sentencia, garantizar que ningún obstáculo normativo o de otra índole impida la investigación de tales hechos y en su caso la sanción de los responsables.

IV) En cuanto a la necesaria investigación de los hechos que motivan estos autos, la Corte Interamericana (CIDH) en el ya citado fallo, ha observado que no ha primado, en la investigación del caso *Gelman* – lo que puede reproducirse en las

diversas causas en que se investigan vulneraciones sistemáticas de derechos humanos como la presente causa- el principio de efectividad en la investigación de los hechos y determinación y eventual castigo de los responsables.

En relación a este tópico, señala que toda persona (incluida víctima y familiares) tiene, de acuerdo a lo dispuesto por los arts. 1.1, 8.1, 25 de la Convención, el derecho a conocer la verdad, por lo que aquellos y la sociedad toda deben ser informados de lo sucedido, derecho que también se consagra en instrumentos internacionales de las Naciones Unidas y de la Asamblea General de la OEA. Al respecto, el Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, recogido en diversas Resoluciones señala que las víctimas y sus familias tienen el derecho imprescriptible a conocer la verdad acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones y, en caso de fallecimiento o desaparición, acerca de la suerte que corrió la víctima. Incumbe a los Estados adoptar las medidas adecuadas, incluidas las medidas necesarias para garantizar el funcionamiento independiente y eficaz del poder judicial, para hacer efectivo el derecho a saber. En el caso “Circuito Camps” y otros (Miguel Osvaldo Echecolatz) tramitado ante el Tribunal Oral en lo Criminal Federal (La Plata) Argentina, en sentencia dictada en setiembre de 2006 se expresa, en Considerando IV.b “las alusiones que muchas veces se escuchan respecto de casos como los aquí juzgados en cuanto a la necesidad de “reconciliación”, de “mirar para adelante” y de la inutilidad de “revolver el pasado”, son exactamente el punto opuesto a aquel derecho como “productor de verdad”... único sobre el cual puede construirse válidamente la memoria, paso inicial indispensable para algún tipo de reparación y por sobre todo para prevenir nuevos exterminios...”

De igual manera, en sentencia dictada por el Jdo Lto en lo Penal de 19° turno, en caso “Plan Cóndor” donde se enjuiciara a José Nino Gavazzo y José Ricardo Arab se expresa en similar sentido: “el escudo de silencio levantado por los indagados y testigos militares, con sus tres puntas fundamentales, esto es, “no tengo conocimiento”, “yo era administrativo” y “el responsable está muerto”, cede ante el derecho- deber a saber, el cual no pertenece a personas individuales, ni siquiera a familias directamente afectadas, sino a la Sociedad en su conjunto. No

se trata exclusivamente de un derecho a conocer, a buscar la verdad como actividad humana, sino el deber de todos de recordar lo acontecido, como obligación ética.” “En tal sentido, la CIDH encaró por primera vez “el derecho a saber” en la sentencia del 3 de noviembre de 1997 (caso Castillo Páez) y volvió a tratarlo en la sentencia del 25 de noviembre de 2000 (Caso Bamaca Velázquez), habiendo sido el tema objeto de consideración en tres “votos razonados” concurrentes...”

Kai Ambos, catedrático de derecho penal, derecho procesal penal y derecho penal europeo e internacional alemán, señala que la justicia de transición es sobre todo y predominantemente justicia para las víctimas. Expresa que las víctimas no solo tienen intereses, como parte de una amplia noción de justicia, sino también derechos, a saber, un derecho a la justicia y otros derechos inferidos directamente de la noción de justicia como concepto jurídico. Estos derechos, agrega, han sido elaborados con gran detalle por la jurisprudencia de los derechos humanos especialmente por la CIDH. Sintetiza más adelante los derechos que alude tienen las víctimas: - a la verdad, al esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, esto es, a la vez, un derecho de carácter colectivo que permite a la sociedad tener acceso a información esencial para el desarrollo de los sistemas democráticos y un derecho particular para los familiares de las víctimas. Puede concluirse, expresa, que el derecho a la verdad es una norma consuetudinaria emergente y un principio general del derecho. Otro derecho de las víctimas es a la justicia, esto es, bien sea por alguna forma de protección judicial o mediante acceso al sistema jurídico del Estado infractor – el cual tiene el deber de investigar, perseguir y sancionar a los responsables u, otra alternativa, mediante un foro –público- alternativo donde la víctima pueda confrontar y desafiar a los autores. Un tercer derecho que menciona este prestigioso jurista alemán es a la reparación, la cual, manifiesta, usado como un término genérico, abarca la restitución plena – *restitutio in íntegrum*- la compensación, la rehabilitación, la satisfacción y garantías de no repetición así como otras medidas tendientes al pleno reconocimiento del estatus de víctima y, en lo posible, el restablecimiento de sus derechos. (“El Marco jurídico de la justicia

de transición” pag. 41 y sigtes en Justicia de Transición, publicación de la Fundación Konrad Adenauer Stiftung).

Por lo expuesto y lo dispuesto por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales, Pactos Internacionales y Protocolo Facultativo, Carta de las Naciones Unidas, arts. 18, 72 y 332 de la Constitución, arts. 5, 252 del C.P.P. art. 120 y 121 del C.P., **RESUELVO:** A la solicitud de clausura de las actuaciones no ha lugar.