

SEÑORES MINISTROS DEL TRIBUNAL DE APELACIONES EN LO PENAL DE 4TO TURNO.

LA FISCAL LETRADO NACIONAL EN LO PENAL DE 10MO TURNO en autos caratulados "A. P. H. - Reiterados delitos de privación de libertad especialmente agravados en régimen de reiteración real" IUE: 89-583/ 2015 viene a interponer el RECURSO DE CASACION, en la presente causa conforme a lo que se pasa a exponer:

I) ANTECEDENTES-

Con fecha 9 de setiembre de 2016 me fue notificada la sentencia N° 410 del 9 de setiembre de 2016 por la cual se resolvió revocar la providencia que dispuso el procesamiento de H. A. P. y en su mérito se decretó su excarcelación provisional bajo caución juratoria.

II) ASPECTO FORMALES

Los Arts. 260 y 270 del CPP establecen que el recurso de casación procede contra las sentencias dictadas en segunda instancia, debiendo fundarse exclusivamente en infracción o errónea aplicación de normas de derecho en el fondo o en la forma, no pudiendo ingresar a discutir los hechos dados por probados en la sentencia.

III) SOBRE LAS NORMAS INFRINGIDAS POR LA SENTENCIA QUE FUNDAMENTAN EL RECURSO INTERPUESTO.-

Se fundamenta el recurso en la infracción o errónea aplicación de normas de derecho tanto en el fondo como en la forma, que trascienden y determinan la parte dispositiva del fallo en cuestión, en consonancia con lo que disponen los artículos mencionados ut supra.

Se considera que el fallo atacado aplicó en forma errónea la ley N° 15737, en amparo a la cual consideró, que operaba en favor del encausado la amnistía otorgada por la norma, como también una errónea aplicación del art 72 de la Constitución de la República, así como las normas relativas al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, recogidos en los tratados y convenciones ratificadas por el estado Uruguayo, las cuales forman parte del llamado "bloque" constitucional, a través del art 332 de la Constitución de la República. Se funda primordialmente esta recurrencia, en la discrepancia con las

consideraciones del Tribunal en cuanto a la aplicación del principio de la cosa juzgada y de seguridad, en desmedro de derechos humanos reconocidos por la comunidad internacional, así como la no valoración de los instrumentos internacionales de derechos humanos y principio del "jus cogens", su trascendencia y obligatoriedad.

A juicio de esta representación en la sentencia cuestionada, se debió desestimar la aplicación de la amnistía prevista por la ley 15737, y debió aplicarse al caso las normas de Derecho Internacional, especialmente el cumplimiento de la sentencia del caso "Gelman vs. Uruguay", en tanto el accionar de A. _____, -según los argumentos esgrimidos por esta fiscalía al adherir al recurso de apelación- constituyen delito de Lesa Humanidad y por lo tanto no le son aplicables los institutos de la amnistía y la prescripción.-

Asimismo, se incurrió por parte del Tribunal en una errónea aplicación de la norma de procedimiento, en cuanto, no se consideró los agravios que fueran esgrimidos por la Fiscalía al contestar el recurso de apelación interpuesto por la defensa de H. _____ A. _____, en violación de los arts 251, 253 y 246 del CPP, siendo un error decisivo para el fallo, puesto que de haberse considerado que eran delitos de lesa humanidad, no correspondía declarar su extinción por amnistía, según los argumentos que se expondrán.

A juicio de esta representación la sentencia atacada debió seguir un orden lógico y congruentemente con los solicitado por las partes, y debió pronunciarse respecto a si se trataba de delitos de lesa humanidad, y considerar como se sostuvo en la atacada que no se pueden aplicar a tales delitos institutos tales como la amnistía.

III) EN CUANTO A LOS FUNDAMENTOS ESGRIMIDOS POR EL TRIBUNAL DE APELACIONES PARA REVOCAR EL PROCESAMIENTO.-

Si bien los hechos referidos en la sentencia atacada son intangibles frente al poder acusatorio, nada impide que la misma sea revisada de acuerdo a los fundamentos ya explicitados y que se tomen en cuenta aquellos que sirvieron como fundamento para el dictado del auto de procesamiento, por ser estos los modificados en la atacada.

La sentencia atacada, causa agravios a esta Fiscalía en cuanto valora incorrectamente los elementos obrantes en la causa.

Arguye el Tribunal que dentro de las dudas que debe plantearse el Juzgado, está la adecuación típica de la conducta de los indagados a las previstas en la norma presuntamente violada y a todos los institutos de exclusión de responsabilidad. Es por ello, que sostienen que debe

tratarse en primer lugar las formas de extinción del delito prevista en el Título VII Cap. I del Código Penal), la amnistía y la prescripción (arts. 108 y 117 del CP), y solo si se considera que el encausado, o está comprendido en la amnistía de la ley N° 15737 corresponde analizar la prescripción invocada por el recurrente. Y si se superara esa barrera recién debería examinarse el mérito del asunto, en cuanto a la procedencia o no del enjuiciamiento.

Consigna, que de la planilla de antecedentes judiciales de ITF (fs 1794 a 1797) emerge que en la causa tratada ante el Juzgado de Instrucción de 5° Turno fue amnistiado no surgiendo que así se hiciera en la posterior del Juzgado de Instrucción de 1er Turno, encontrándose por ende, en calidad de amnistiado con el régimen legal de la ley N° 15737.

Aduce que el Juez de Instrucción de 5to Turno dispuso en el caso concreto que estaba comprendido en la ley y que a su respecto no se relevaban las causas de exclusión, por lo que no puede revisarse la decisión judicial, la cual si bien no dijo que no se afectaba ninguna causal de exclusión, estaba implícita en dichos términos.

Como consecuencia de declararse comprendido en la ley conforme al art 6to, la consecuencia es que se extinguieran las penas principales y accesorias así como las acciones penales.

Sostiene que el beneficio que se había concedido ya sea en el error o en el acierto, no puede revisarse, ni aún en hipótesis que se demostrara un error evidente del Juez que la concedió o la existencia de hechos nuevos o que no pudo conocer (como sucede en este caso).

Se argumenta en la sentencia, que aún si se considerara en desmedro de la certeza jurídica, que corresponde la revisión del caso a la luz de la ley, H. A. P. también está comprendido en la ley, y solo corresponde analizar las causas de exclusión.

Afirma que era un preso por razones políticas y delitos conexos al movimiento que integraba, por más que traicionó a su organización, y como tal queda comprendido en el inc 1° del art 1 de la ley, no siendo aplicable el inc. 2.

Tampoco, a juicio del Tribunal, está comprendido en las causas de exclusión del art 5°, ya que no era funcionario policial, militar ni equiparado o asimilado (inc. 1), y tampoco lo comprende la generalidad de la parte final del primer inciso, no fue encubridor, ya que se le atribuye la calidad de autor.

El supuesto residual del inc 2° que contempla los supuestos de que aquellos que hubieren actuado amparados por el poder del Estado en cualquier forma, tampoco considera sea de aplicación, ya que, no estuvo amparado por el Estado, sino que por su actividad colaboracionista recibió una retribución personal, en tanto la norma

comprende aquellos que no eran policías ni militares pero colaboraban como paramilitares o parapoliciales, como delatores, transmitían información, colaborando con las fuerzas para las detenciones y luego incluso participar en las torturas.

Concluye que se trató de un delator lo que no lo excluye del régimen de amnistía, integrando una categoría de personas distintas

IV) FUNDAMENTOS DE LA CASACION.-

IV-1) ERROR DE DERECHO EN EL FONDO: "ERROR IN IUDICANDO"-

Tal como sostiene el Prof. Enrique Tarigo "El error puede producirse porque se ignoró la norma aplicable o porque se aplicó una norma que no estaba vigente, o porque se la interpretó mal, o porque se aplicó mal una interpretación correcta, o porque se aplicó una norma que no correspondía al caso concreto, o se dejó de aplicar la norma que si hubiera correspondido, etc..."(Lecciones de Derecho Procesal Civil Tomo II pag 269)

En tal sentido, a juicio de esta representación el Tribunal de Apelaciones aplicó en forma errónea la le N° 15737, y por el contrario debió aplicarse las normas convencionales referentes al derecho internacional de los derechos humanos, que consagran la no aplicación por parte de la justicia, de las leyes de amnistía y prescripción, que obstaculicen el juzgamiento de tales crímenes.

Es claro que a partir de la Segunda Guerra Mundial comenzó a desarrollarse el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, los cuales hoy día pacíficamente se admite la constitucionalización de los mismos, así como la aparición de las jurisdicciones supranacionales. Tal como ha manifestado Nogueira, citado por el constitucionalista Martín Risso Ferrand ".. existe en América Latina una poderosa corriente cada vez mas generalizada que reconoce el bloque de derechos integrado por los derechos asegurados explícitamente en el texto constitucional, los derechos contenidos en 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 .."(Algunas Garantías Basicas de los Derechos Humanos pag. 27).

Gordillo citado por el autor, sostiene que "... ninguna norma nacional o carencia de ella puede hoy día ser argumento válido para declararse esclarecido y honroso partidario de la esclavitud, la tortura el asesinato, el genocidio, la persecución racial y así sucesivamente, Por ello

tampoco puede jurídicamente argüirse un derecho interno, así sea constitucional, para justificar la lesión de un derecho supranacional en materia de cualesquier otras garantías, derechos y libertades públicas mínimas de cada individuo en su propio país". El precio de ser parte de la comunidad civilizada es reconocer el respeto de sus mínimas normas de convivencia y comportamiento por lo menos en el plano interno (obra citada pag 29).

La Suprema Corte de Justicia en Sentencia N° 365 del 19 de octubre de 2009 en lo que refiere al relacionamiento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la jurisprudencia internacional y extranjera, acepta la aplicación directa del Derecho Internacional en el ámbito interno, otorgándole a las normas internacionales un rango supralegal similar al de la Constitución Nacional, aceptando el bloque de los derechos fundamentales.

Nogueira ha definido el bloque con base al individuo, como el conjunto de derechos de la persona (atributos) asegurados por fuente constitucional o por fuentes de Derecho Internacional de los Derechos Humanos (tanto el derecho convencional como el derecho consuetudinario y los principios del "jus cogens") y los derechos implícitos, expresamente incorporados a nuestro ordenamiento jurídico por vía del art 29 lit c de la Convención Americana de Derechos Humanos y del art 72 de la Constitución Uruguaya.

De esta manera el bloque de los Derechos Humanos pasó a estar integrado por : las normas constitucionales referidas a derechos humanos, las normas internacionales referidas a derechos humanos, y los derechos implícitos en ambos tipos de normas.

La incompatibilidad de las leyes de amnistía conforme a los estándares internacionales en materia de derechos humanos, constituyen los asuntos mas relevantes relativos a la obligación estatal de adecuar las disposiciones de derecho interno a la normativa internacional.

El art 25 de la CIDH establece que: "Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o 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, aún cuando la violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales".

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el paradigmático caso de Barrios Altos vs Perú del 14 de marzo de 2001, S. C N° 75 al analizar las leyes de amnistía de ese país considero que resultaban inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que

pretenden impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como tortura, las ejecuciones sumarias, extra legales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Estas leyes "... conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana . La Corte en ese sentido, ha dicho que esas leyes impiden la identificación de los individuos responsables de las violaciones de derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente"

Asimismo, precisó la Corte que las leyes de amnistía ".. carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni pueden tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecido en el Peru"

Los alcances generales de esa declaratoria quedaron claros en la Sentencia N° 83 de fecha 3 de setiembre de 2001, de interpretación del mismo caso , donde el Tribunal Interamericano señaló que "... dada la naturaleza de la violación constituida por las leyes de amnistía.....," lo resuelto en la sentencia de fondo en el caso Barrios Altos tenía efectos generales "

En igual sentido , la Corte en el caso *Almoacid Arellano y otros vs Chile* expresó que "... los Estados no pueden sustraerse del deber de investigar, determinar y sancionar a los responsables de los crímenes de lesa humanidad aplicando leyes de amnistía u otro tipo de normativa interna.

En consecuencia los crímenes de lesa humanidad son delitos por los que no se puede conceder la amnistía" .

El art 2 de la Convención establece para los Estados el Deber de Adoptar disposiciones de Derecho interno si el ejercicio de los derechos libertados mencionados en el art 1 no estuviere garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, para hacer efectivos esos derechos y libertades.

En ese sentido, la Corte concluyó que las leyes de amnistía de ese tipo constituyen per se una violación a la Convención Americana y se genera responsabilidad internacional para el Estado . Dijo que si bien en Chile las leyes de amnistía no estaban siendo aplicadas, ese hechos no era suficiente para satisfacer las exigencias del art 2 de la

Convención, porque el mismo impone una obligación legislativa de suprimir toda norma violatoria de la Convención y en segundo lugar, porque el criterio de los tribunales nacionales puede cambiar, decidiéndose aplicar nuevamente una disposición que para el ordenamiento interno permanece vigente.

En este caso, a la luz del análisis del art 2 de la CADH surgió la doctrina del control de convencionalidad, en cuanto el Tribunal estableció que ... cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin y que desde el inicio carecen de efectos jurídicos (párrafo 124)... El Poder Judicial debe ejercer un especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe 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 el caso *Gelman vs Uruguay* en S 221 de fecha 24 de febrero de 2011 la Corte determinó que las leyes de amnistía, en casos de graves violaciones a los derechos humanos, son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu del Pacto de San José de Costa Rica, e infringen lo dispuesto por sus arts 1.1 y 2, en cuanto impiden la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos, y consecuentemente el acceso a las víctimas y sus familiares a la verdad de lo ocurrido y a las reparaciones, obstaculizando así el pleno oportuno y efectivo imperio de la justicia en los casos pertinentes, favoreciendo, en cambio la impunidad y la arbitrariedad, afectan seriamente el estado de derecho, motivos por los que se ha declarado que, a la luz del derecho internacional ellas carecen de efectos jurídicos (párrafo 226).

De lo expuesto se desprende como conclusiones, que no se acepta por parte de la Corte medida alguna que restrinja o limite la capacidad de investigar, procesar y sancionar violaciones de derechos humanos considerados inderogables, en las cuales se incluye a los amnistiados, las que fomentan la impunidad, la violación de las garantías procesales y la imposibilidad de conocer la verdad.

El Tribunal hace una ponderación del principio de seguridad jurídica y cosa juzgada en detrimento de los derechos humanos que han sido vulnerados por el accionar del encausado, por lo que el intérprete

debería, tal como sostiene Risso Ferrand 1) Definir el grado de afectación o no satisfacción de uno de los principios en tensión b) Definir la importancia de la satisfacción del principio en contrario c) Debe definirse si lo anterior justifica la restricción o no satisfacción del primero, debiendo para ello ponderar si el grado de afectación de los derechos es bajo, medio o alto.

Sin duda en este caso hay un grado de afectación máximo de los derechos, y por ello mayor debe ser el principio de satisfacción del otro, debiendo para ello reforzar la carga de argumentación, y debiendo utilizar como herramientas la regla Pro- Homine, así como la regla de interpretación expansiva de los derechos, tratando de evitar un sacrificio de un derecho, extremos que no pueden contemplarse en este caso. Aun en la hipótesis que se plantea el Tribunal, que de aplicarse la ley N° 15737 H. A. P. estaría amparado en la norma, por no estar comprendido en las excepciones previstas en la misma, no se comparten los argumentos por los cuales se pretende no aplicar dichas exclusiones.

El significado de la palabra "amparar" según el diccionario de la Real Academia Española es "favorecer, proteger, valerse del apoyo o protección de alguien o algo", en idéntico sentido el diccionario Larousse "favorecer, proteger, acogerse a la protección de alguno, defenderse, guarecerse"

En efecto, H. A. P., si bien como aduce la Sala no era paramilitar ni parapolicial, sí actuaba amparado bajo el poder del Estado, por cuanto como bien se consideró en el fallo atacado, había llegado a un acuerdo con los altos mandos militares a cambio de su colaboración en dar información respecto a documentos y prestar su apoyo para las detenciones, y a cambio de ellos obtuvo la documentación para poder salir del país, sin ser sometido a ningún tipo de tratos crueles, inhumanos o degradantes, ni siquiera sufrió interrogatorios, en contraste con los otros integrantes del movimiento que compartían la reclusión.

En definitiva, los mandos militares lo habían protegido, y lo favorecieron tanto en las condiciones de reclusión y en su salida del Uruguay, por lo que sin dudas a, estar al significado de los términos empleados por la ley 15737 actuó amparado por el poder del Estado en cualquier forma, y por ende está comprendido en las exclusiones previstas por dicha ley, no siendo aplicable a su respecto la amnistía.-

V-2) INFRACCION O ERRONEA APLICACION DE LAS NORMAS SOBRE LAS FORMAS: "ERROR IN PROCEDENDO"

Véscovi sostiene el criterio que cuando el error versa sobre la actividad procesal sera "in procedendo" y cuando recae sobre la determinación de la norma aplicable, o la determinación del hecho y su inserción en dicha norma, el error será "in iudicando".

El error "in procedendo", dice Enrique Tarigo en su libro Lecciones de Derecho Procesal Civil Tomo II "también deberá ser determinante del fallo de la parte dispositiva de la sentencia, porque la norma del inc 2 del art 270 se extiende, por igual, al error de fondo y al error de forma "(pag 270).

El Tribunal al no considerar los agravios esgrimidos por la Fiscalía, respecto a la consideración de la conducta del encausado como delito de Lesa Humanidad.

Al respecto explicita Tarigo que "...Entre los errores de forma hay que considerar, incluso, los errores padecidos en la propia sentencia, y aquí cabe considerar, por ejemplo, los errores en que hubiera incurrido el Tribunal al transgredir el principio de congruencia, que ya explicáramos y en consecuencia hubiera fallado más , o menos o distinto a lo pedido, o si la sentencia careciera de fundamentacion, etc..."

Y, justamente la sentencia de segunda instancia, ingresó a la consideración de los agravios esgrimidos por la defensa, pero no consideró los agravios alegados por la Fiscalía, al evacuar el traslado conferido por la Sra. Juez y adherir al recurso.

En efecto, en traslado conferido, la suscrita sostuvo que la sentencia dictada por la Sra. Juez le causaba agravios en cuanto a la calificación recaída en el auto de procesamiento, en cuanto se entendió que la conducta de A. P. debía ser considerada como delitos de Lesa Humanidad.

Dijo el Tribunal al respecto que " La Sala con la unanime voluntad de sus miembros naturales, revocará la recurrida, ya que los agravios de la Defensa logran conmover la decisión adoptada, recibándose en consecuencia la apelación en subsidio interpuesta contra la misma, en mérito a las consideraciones que se expondrán". Consecuentemente no se acogerán el recurso de nulidad de la Defensa ni los agravios deducidos por el Ministerio Público.

Hubo una clara violación a los artículos que regulan el procedimiento en caso de apelación, así como el principio de congruencia previsto en el art 246 del CPP, por cuanto en la sentencia de segunda instancia se

debió considerar cada uno de los agravios esgrimidos por los apelantes, y a la Fiscalía también le causaba agravios la sentencia de la a quo.

La Dra Emma Stipanovic, en el Curso Sobre el Código del Proceso Penal, justamente al tratar el principio de congruencia, cita al Prof. Fernando Bayardo quién sostuvo "...que según el principio de continencia de la causa (la acción es condición y límite del ejercicio de la jurisdicción) el juez debe decidir todo lo solicitado, y solamente lo solicitado, principio que es aplicable al proceso penal, conforme a la norma de integración contenida en el art 425 del CIC..."

Y refiere más adelante la autora citada " La fórmula legal se adecua, obviamente, a la esencia acusatoria de nuestro proceso penal y al principio de continencia de la causa (la acción es límite y condición del ejercicio de la jurisdicción) que, vimos anteriormente, se entendería aplicable al régimen del proceso penal "

Por su parte el TPA 1er Turno en S. 27/ 12 respecto al principio de congruencia ha dicho " En lo formal, por mandato Constitucional y legal (art 18 de la Carta, 245 N° 3 y 248 CPP) su rechazo (si para el A quo era lo que correspondía) debió ser expreso y motivado, de manera de permitir examinar sus razones y criticarlas por la vía del medio impugnativo.... Pero tanto que la abstención de la primera instancia obedezca a una voluntad recóndita de no acceder a la suspensión condicional, como a una simple omisión de pronunciarse a su respecto, la Sala se encuentra igualmente habilitada a decidir el punto, como fue requerido en los agravios. Tal solución es la adoptada para el proceso civil (art 6 del CPP) en art 257 num 3° CGP "... si el juez de primera instancia no hubiere respetado el principio de congruencia, omitiendo algunos puntos en su sentencia, aun cuando la parte no hubiera usado el recurso de ampliación o aclaración, y siempre que en los agravios se solicitare, el tribunal de apelaciones puede pronunciarse al respecto, lo cual es razonable, pues se están respetando los límites referidos del objeto del proceso y de los límites de la apelación con base a los agravios expresados"(Publicada en Revista de Derecho Penal N° 22 pag 463).

Asimismo la misma Sala en S. 160/ 2009 dijo "... Si el juez se apartara por defecto o por exceso o por plantear cuestiones distintas a las enunciadas por los litigantes sobre los elementos fácticos que lo prueban, incurriría en un error de incongruencia.."(RDP N° 20 pag 679).

Precisamente, en el Tribunal en el presente caso no se pronunció expresamente respecto a los agravios que esgrimió la Fiscalía, tan solo dijo que no se ampararían, pero sin explicitar razones que permitieran eventualmente a esta Fiscalía controvertir en esta instancia.

Porque justamente, la calificación de las conductas como delitos de Lesa Humanidad es determinante de la aplicación o no del instituto de la amnistía, esgrimido por los Sres Defensores como agravio, los que finalmente fueron recogidos por la sala como fundamento de la revocación de la atacada.

En efecto, son hechos probados que H. A. P., como integrante del MLN fue detenido junto a su pareja A. R. M., y a efectos obtener beneficios para ambos, pasó a prestar colaboración con los militares, para ordenar e interpretar documentación incautada, así como participar en las detenciones de sus propios compañeros, para lo cual acompañaba a los represores y "marcaba" a quienes finalmente eran detenidos.

En tal sentido, tuvo participación en la aprehensión de varios integrantes del movimiento, los que depusieron en obrados, así como en la dirección de los interrogatorios, por ser un conocedor de la información que podía ser útil en cada caso, a los fines de la represión. Por esa colaboración, logró que no fuera sujeto a apremios físicos ni el ni su pareja, tuvo condiciones inmejorables de reclusión junto a los oficiales, y quién entonces era su pareja, y finalmente luego de finalizar su colaboración, obtuvo salvoconductos para salir del país hacia España, mediante documentación falsa que le fue proporcionada por los militares.

Reiterando los conceptos ya vertidos en oportunidad de expresar los agravios contra el auto de procesamiento, se dijo que los delitos de Lesa Humanidad pese a haberse esbozado con anterioridad, surgieron ante la realidad planteada por el nazismo, ya que en el marco de la guerra, además de haberse perpetrado delitos de tal categoría, también se perpetraron gravísimos atentados contra la integridad física de las personas y la vida de millones de civiles, no involucrados en la guerra. En base a ello comenzó la distinción por un lado de los crímenes de guerra propiamente dichos y otra cosa diferente fueron las aberraciones llevadas a cabo contra civiles en los campos de concentración y en las diferentes ciudades.

El art 6.c del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg sentó las bases para esa categoría de delitos, para distinguirlos de los crímenes contra la paz y los de guerra. No se edificó un nuevo principio, sino que se reformuló la expresión, puesto que las conductas que ya

eran prohibidas por el derecho consuetudinario, fueron adquiriendo en forma paulatina certeza y previsibilidad, en la evolución del derecho consuetudinario y convencional.

Esta nueva categoría de delitos fue reconocida por Naciones Unidas desde la Resolución 95 del 11 de diciembre de 1946, momento en que quedó establecido el concepto de delitos de lesa humanidad, al que luego se remitieron los acuerdos internacionales que regularon la materia.

Es de destacar la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, aprobada por la Asamblea General de la ONU el 26 de Noviembre de 1968 se refiere expresamente a esta categoría de delitos.

De acuerdo a dicho razonamiento, al momento de la comisión de las graves violaciones a los derechos humanos cometidas por los agentes del Estado Uruguayo o bajo su aquiescencia, tales ilícitos ya se encontraban comprendidos en esa categoría de ilícitos, y la doctrina posteriormente les fue dando contenido para delimitarlos, entendiéndose que para que se configuren deben estar revestidos de ciertas notas.

Entre las notas que deben revestir se encuentran: I) La gravedad de las conductas, entendiéndose no todas, sino las comprendidas en el Estatuto de Roma u otros acuerdos Internacionales II) La generalidad de las acciones, en tanto no sean hechos aislados III) El carácter sistemático de las acciones que respondan a un plano ordenado tendiente a atentar contra los derechos humanos IV) Dirigidos contra la población civil por razones raciales, sociales, ideológicas, culturales y religiosa entre otras V) Por último desplegadas por agentes del estado o bajo su aquiescencia o la omisión o complicidad de los mismos.

Sin lugar a dudas los actos aberrantes perpetuados en el período previo a la dictadura cívico- militar, así como los irrogado en su transcurso encuadran en la descripción de delitos de lesa humanidad.

Las detenciones ilegales, tortura, desapariciones forzadas, violaciones sexuales etc. perpetradas por las dictaduras de la región, inspiradas en la doctrina de la seguridad nacional, califican en la categoría de crímenes de Lesa Humanidad, prevista en el derecho de entonces.

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado el 17 de Julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, suscrito por la República Oriental del Uruguay el 19 de diciembre de 2000 y aprobado por la ley N° 17510 del 27 de junio de 2000, es el punto más avanzado en el proceso de codificación y la expresión más acabada de la fuente convencional en la materia.

El art 7 del Estatuto describe las conducta que, cuando se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque, constituyen crímenes de lesa humanidad mencionando entre ellos en el lit e) Encarcelación u otra privación de libertad física en violación a normas fundamentales de derecho internacional.

En la mencionada ley se tipifican como Crímenes de Lesa Humanidad aquellos cometidos como actos aislados, por lo que dicha norma y el Estatuto de Roma vienen a reconocer la existencia de conductas que dese tiempo antes de la aprobación de dichas normas, formaban parte del derecho interno, por imperio del ius cogens internacional.

La mencionada ley que implementó los delitos previstos en el Estatuto de Roma incluyendo otro elenco de figuras delictivas como actos aislados, a los que también se considera como de lesa humanidad, sin que revistan el carácter de sistemáticos, y generalizados a la población civil, violan disposiciones internacionales y pueden ser considerados como de Lesa Humanidad.

Queda pues de manifiesto que la evolución del derecho internacional de los derechos humanos fue paulatinamente concretizando los elementos materiales y el régimen de punibilidad de dichos crímenes. Cada uno de esos actos, que hoy constituyen crímenes de Lesa Humanidad, habían sido ya reconocidos como tales comprendidos en el derecho internacional por el derecho consuetudinario y por convenios previos y otros instrumentos internacionales, ya sea en forma expresa, o dentro de la categoría de actos inhumanos.

Debemos concluir siguiente este razonamiento, que estamos ante la confirmación en el plano convencional de normas del jus cogens que ya eran obligatorias para los Estados.

En este sentido la libertad es un atributo inviolable de la persona humana, derecho que no puede ser vulnerado por el Estado, salvo en forma limitada. Ello implica que en la protección de este derecho, así como la de otros, está comprendida la restricción del poder del Estado. La Corte Interamericana de Derechos Humanos definió a la libertad en estos términos" ...sería la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido..."(Caso Chaparro Alvarez y Lapo Iniguez contra Ecuador del 21 de noviembre de 2007, párrafo 52).

La libertad es un derecho humano básico, atributo propio de la persona humana así establecido en la Convención Americana de Derechos Humanos, que en el art 7 establece las garantías destinadas a salvaguardar la libertad física, debiendo entenderse como tal toda interferencia ilegal o arbitraria de la libertad física.

Cuando la CADH regula el tema de la privación de libertad física en el

art 7.2, contiene como garantías específica la prohibición de detenciones o arrestos ilegítimos, y por su parte el 7.3 prohíbe las detenciones o encarcelamientos arbitrarios.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en varios de sus fallos ha establecido siguiendo este artículo que nadie puede ser privado de su libertad, sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley, con estricta sujeción a los procedimientos definidos en ella.

El art 7.3 de la Convención establece que nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que aún calificados como legales, pueden reputarse incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo, como ser irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad (Sentencia en caso N32 Villagrán Morales y otros contra Guatemala, Caso 16 Gangaram Pandam con Surinam).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto a la privación ilegítima de la libertad ha establecido la necesidad de que la detención se adecúe a las causas y condiciones establecidas para los marcos constitucionales y ordenamientos jurídicos nacionales, con la finalidad de no contravenir lo dispuesto en el mencionado art 7 de la CADH.

La primera garantía de tal derecho está constituida por la reserva de ley, ya que solo a través de ésta se puede afectar el mismo, ligado a dicho concepto el de tipicidad, en el entendido que establecer las causas y condiciones de la privación de libertad física, y si no se cumpliera alguno de los requisitos establecidos en la ley nacional la privación de libertad física sería ilegítima.

En las hipótesis de detención sin autorización judicial previa, o la detención sin informar a la víctima de las causas de su detención, aquella devendría ilegal y por lo tanto violatoria de art 7.2, lo mismo la demora en llevar a una persona detenida o retenida ante Juez.

De los que acaba de exponer se concluye que las detenciones, aún dentro del régimen de medidas prontas de seguridad, fueron ilegales y como tal violatorias de un derecho humano fundamental de la persona reconocida por la propia Constitución y todos los Instrumentos Internacionales mencionados, como lo es la Libertad.

En consecuencia quienes participaron en las detenciones que devinieron ilegales, deben ser responsabilizados en consecuencia como autores de delitos de Lesa Humanidad.

Por todo lo expuesto y por los fundamentos de hecho y de derecho esgrimidos y los previstos en los arts 269 a 282 del CPP, a la Suprema Corte de Justicia, esta Fiscalía SOLICITA:

1) Se tenga por presentado en tiempo y forma el recurso de casación y se de traslado del mismo.

2) Se sirva casar la sentencia de segunda instancia, revocando y anulando dicho fallo y en consecuencia se mantenga la sentencia atacada, salvo en cuanto no calificó la conducta de H. A. P. como: Reiterados Delitos de Privacion de Libertad como de Lesa Humanidad.- S.LL

Montevideo, 16 de setiembre de 2016