

Paso de los Toros, 17 de Junio de 2019.

Sentencia Interlocutoria N° 108/2019.

VISTOS: Para Sentencia Interlocutoria de Primera Instancia en estos autos caratulados: **"G., J. C. y Otro. Homicidio muy especialmente agravado", I.U.E: 429-10197/2001.**

RESULTANDO:

1- El día 02/04/2019, a fs. 2324 a 2325, compareció la Fiscalía Letrada en Crímenes de Lesa Humanidad, representada en el acto por el Sr. Fiscal Dr. Ricardo Perciballe, expresando que el día 30/03/2019 el periodista L. H. publicó un trabajo en el diario El Observador mediante el que comunicó las resultancias del Tribunal de Honor conformado en el Ejército para evaluar la conducta de algunos oficiales por su responsabilidad en graves violaciones a los derechos humanos acaecidos en el pasado reciente. Esgrimió que de las manifestaciones vertidas por J. N. G. y J. S. Q. surgieron hechos nuevos relacionados con la causa. Por lo expuesto solicitó el desarchivo de la causa y el libramiento de oficio al Ministerio de Defensa a los efectos de que remita a la Sede testimonio de todas las actuaciones realizadas por el Tribunal de Honor del Ejército en relación a la conducta de distintos oficiales, entre ellos J. N. G. y J. S. Q..

En virtud de que el expediente no se encontraba en la Sede, ya que había sido remitido al Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de Primer Turno, se confeccionó carátula provisoria y se solicitó su remisión en forma inmediata (fs.2326).

El expediente (compuesto por 8 piezas) fue recibido y subido al despacho el día 12/04/2019 (fs.2327vto).

Realizado el estudio del expediente así como de la solicitud del Sr. Fiscal, habiéndose observado por esta magistrada que por providencia N° 1188/2013 de fecha 20/12/2013 de fs. 2286 se dispuso el Sobreseimiento del Sr. J. N. G. P., y atendiendo a lo establecido en los arts. 235 y 233 del C.P.P/80, se le petición a la Fiscalía Letrada en Crímenes de Lesa Humanidad que aclarara su pretensión y la fundara en derecho, pues el escrito presentado omitía toda mención a tal circunstancia así como a norma jurídica que sostuviera la solicitud. Se ordenó la notificación a domicilio de esta providencia lo que se realizó vía electrónica el día 12/04/2019 según constancia de fs. 2330.

2- El día 24/04/2019 se recibió copia parcial del Expediente N° MDN 2018.04583-7 y sus acordonados referentes a los trámites del Tribunal de Honor efectuado a los Coroneles retirados L. M. y J. S. y al Teniente Coronel retirado J. N. G., mediante Oficio N° 053/2019 (fs. 2401) remitido por el Ministerio de Defensa Nacional, Dr. J. A. Bayardi, para que sea agregado en estos autos.

Se subieron los autos al despacho, el día 24/04/2019 (fs. 2401vto), encontrándose esta decisora gozando de licencia extraordinaria (licencia médica) disponiendo la magistrada subrogante, mediante decreto N° 73/2019 de fecha 24/05/2019 de fs. 2402, que el expediente volviera al reintegro de la titular de la Sede.

Es pertinente indicar que la información remitida por el Ministerio de Defensa Nacional no se

correspondía a la respuesta de ningún oficio ni estuvo acompañada de escrito de denuncia alguno, no obstante coincide con lo que fuere petitionado por el Sr. Fiscal.

3- Posteriormente, el día 25/04/2019 (fs. 2403 a 2413) a los efectos de efectuar la aclaración oportunamente requerida, el Sr. Fiscal presentó nuevo escrito en el que indicó: que la información periodística es posterior al sobreseimiento dispuesto y que existen otros elementos los que no fueron tenidos en cuenta al momento del dictamen fiscal que requirió el sobreseimiento de los indagados. Afirmó que la instrucción que motivó el sobreseimiento se centró en que la muerte de G. J. se produjo en dependencias militares del Departamento de Tacuarembó pero de las actas del Tribunal de Honor y de otros elementos como el informe de la Comisión para la Paz y la investigación histórica realizada por la Secretaría de Derechos Humanos de la Presidencia de la República sobre el pasado reciente surge que la muerte de R. G. J. se produjo en el Grupo de Artillería N° I- Cuartel de La Paloma en Montevideo. Invocó diversas obligaciones internacionales asumidas por el Uruguay así como Resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas y citas jurisprudenciales. Finalmente, requirió que se tenga por cumplido el decreto N° 71/2019, se disponga el desarchivo de la causa, se libre oficio al Ministerio de Defensa, la Secretaría de Derechos Humanos de la Presidencia, a CRYSQL y se cite a declarar a J. N. G., J. S. Q., L. A. y a R. S..

Se subieron los autos al despacho, el día 25/04/2019, continuando esta decisora de licencia extraordinaria (licencia médica). La magistrada subrogante por decreto N° 74/2019 de fecha 25/05/2019

de fs. 2414 ordenó estar a lo establecido en la providencia precedente (reintegro de la titular).

4- Por auto N° 81/2019 de fecha lo solicitado por la F.G.N a fs. 2324 a 2325, aclaración de fs. 2403 a 2413 y lo remitido por el Ministerio de Defensa Nacional a fs. 2331 a 2401 se confirió traslado a la Defensa por el plazo de seis días hábiles (art. 8 del Pacto San J. de Costa Rica, Ley N° 15.737 y art. 72 de la Constitución de la República).

5- El día 27/05/2019 a fs. 2422 a 2423 compareció la Defensa del Sr. J. N. G. P., desempeñada por las Defensoras de particular confianza Dras. Graciela Figueredo y Rosana G., a evacuar el traslado conferido. En síntesis postularon que desde que el Sr. J. N. G. fuera sobreseído, éste ya no es parte del proceso y su defensa tampoco. Afirmaron que debió cambiarse la carátula, lo que no se efectuó. Alegaron que la notificación dirigida a la Defensa no es correcta en tanto tales Defensas ya no tienen ninguna participación en el proceso ni tampoco posibilidades de representar a quien fuera su defendido hasta el sobreseimiento. Postularon que como consecuencia del sobreseimiento el Sr. G. quedó excluido del proceso y la Defensa cesó en ese momento por la fuerza de los hechos. Agregaron que la continuación del trámite implica violentar el principio NON BIS IN IDEM y la cosa juzgada. Por lo manifestado, solicitaron que se tenga presente lo manifestado en el cuerpo del escrito.

6- Por decreto N° 95/2019 de fecha 28/05/2019 de fs. 2426 se tuvo por evacuado en tiempo y forma el traslado conferido, pasando los autos para su resolución, providencia que se notificó a domicilio

según constancia de fs. 2427 a 2430 subiendo los autos a sus efectos el día 17/06/2019 (fs. 2431vto).

7- El dictado de la presente Sentencia Interlocutoria se hará en términos sencillos, sin perjuicios de ciertos tecnicismos necesarios, con el fin de que pueda ser comprendido por todos los uruguayos en virtud de la temática abordada. Esta decisora ha procurado que la motivación de la sentencia, es decir la explicación de porqué se está tomando esta decisión y no otra sea accesible, está orientada a transmitir un mensaje claro, transparente y pedagógico que permita entender las razones que la sostienen.

CONSIDERANDO:

I- El objeto de la presente resolución consiste en determinar si procede amparar o no la pretensión deducida por la Fiscalía General de la Nación, en actuación de la Fiscalía Letrada de Crímenes de Lesa Humanidad, representada en el acto por el Sr. Fiscal Dr. Ricardo Perciballe, introducida el día 02/04/2019 a fs. 2324 a 2325, teniendo en cuenta la aclaración efectuada a fs. 2403 a 2413, considerando los hechos y fundamentos de derecho esgrimidos por ésta así como lo expresado por la Defensa a fs. 2422 a 2423.

II- Para dilucidar tal cuestión, corresponde estudiar el carácter de los hechos acontecidos así como las actuaciones desarrolladas a fs. 2209 a 2285 y fs. 2286 de este expediente, esto es, sobreseimiento del Sr. J. N. G. P..

III- Los hechos que dieron origen a este expediente consistieron en la investigación de lo ocurrido el día 12/03/1973 respecto de R. G. J., cuyo cuerpo fuere encontrado sin vida el día 18/03/1973 en

las aguas del Lago de Rincón del Bonete dentro del campo del Sr. A. T. el que es lindero al Campo Militar N° 3 (dependencia de la Región Militar N° 3) de la ciudad de Paso de los Toros, departamento de Tacuarembó.

Por tales hechos es que se procedió a investigar tanto al Sr. J. G. como al Sr. J. C. G.. En la acusación fiscal se manifestó que surgía plena y legalmente probado que el día 12/03/1973, en horas de la madrugada, próximo a la una, integrantes de las Fuerzas Conjuntas, vestidos de particulares, en vehículos típicos que usaban los militares en esa época conocidos como "camellos", se presentaron en la casa de la Sra. M. J., madre de R. G. J.. Preguntaron por su hijo, manifestándole que lo estaban buscando ya que tenían información de que su vida se encontraba en peligro. La Sra. J. les dijo que su hijo ya no vivía más allí y los acompañó hasta la casa en la que el Sr. G. vivía con su esposa C. P.. Al llegar a ésta, los integrantes de las Fuerzas Conjuntas se llevaron detenido a R. G., dejándole a su madre un número de teléfono para que se comunicara al día siguiente con el fin de tener noticias de cómo y dónde se encontraba su hijo. Al día siguiente la Sra. J. llamó al número que se le proporcionó, percatándose de que este número telefónico era falso. El día 18/03/1973 apareció el cuerpo sin vida de R. G. en las aguas del Lago de Rincón del Bonete dentro del campo del Sr. A. T. el que es lindero al Campo Militar N° 3 (dependencia de la Región Militar N° 3) de la ciudad de Paso de los Toros, departamento de Tacuarembó. En la acusación fiscal se afirmó que en su muerte participaron J. G. y Sr. J. C. G., quienes luego de detenido G., lo trasladaron al Campo N° 3, y en uno de sus galpones lo desnudaron, lo colgaron del techo, lo interrogaron y

lo sometieron a tortura. Dado que G. no respondió a sus preguntas, G. le ordenó a G. que lo capara, para ello G. tomó una bayoneta y con la punta de la misma le golpeó los genitales. Se retiraron del lugar y lo dejaron colgado, por lo que con el correr de las horas y por la herida infringida G. falleció. Posteriormente, llegó al lugar el Sargento M. quien bajó el cuerpo sin vida de R. G., ató sus manos y pies con alambres, luego lo envolvió en una malla también de alambre, colocándole piedras, ya que tenía la orden de fondearlo, y lo arrojó en las aguas del Lago Rincón del Bonete. Finalmente, esta investigación culminó, en estos autos, el día 20/12/2013 en que el Sr. Fiscal Dr. Fernando Pérez D`Auria solicitó a la magistrada actuante en aquél entonces, el sobreseimiento de los investigados por considerar que ellos no tuvieron participación en los hechos.

Ante tal petición, la Sede, atendiendo a lo dispuesto a la norma vigente, esto es el Decreto Ley 15.032 (C.P.P/80), principalmente en los arts. 89 y 235 y siguientes, dispuso, por providencia Nro. 1188/2013 de fecha 20/12/2013, el sobreseimiento de J. C. G. B. y J. N. G. F..

IV- EL SOBRESEIMIENTO: ¿Qué es y qué consecuencias tiene?

El sobreseimiento es un instituto del derecho penal mediante el cual se pone fin al proceso penal.

Tal instituto se encuentra regulado en los arts. 235 a 238 del C.P.P/80 vigente en aquél entonces y en los arts. 45 lit h y 129 a 132 del C.P.P/2017 vigente en la actualidad.

A saber, el art. 235 del C.P.P/80 expresa: "*Pedido de sobreseimiento*).- Devuelto el expediente

por el Fiscal, si solicitare el sobreseimiento, de todos o algunos de los procesados, el Juzgado lo decretará sin más trámite y mediante auto fundado exclusivamente en dicha solicitud. El sobreseimiento cierra el proceso definitiva e irrevocablemente con relación al procesado en cuyo favor se requiere.

Asimismo el Ministerio Público podrá pedir el sobreseimiento en cualquier estado del proceso en que conste alguno de los fundamentos previstos por el artículo siguiente".

Es decir que una vez que el Fiscal solicita la aplicación de tal instituto, el Juez debe decretarlo sin más trámite. El sobreseimiento cierra el proceso penal en forma definitiva e irrevocable respecto del procesado en cuyo favor se requiere.

Diferencia entre el sobreseimiento y el archivo provisorio: Una vez que el proceso se encuentra en estado de sumario o ampliación sumarial, el expediente pasa al Fiscal con el fin de que éste deduzca acusación o pida el sobreseimiento. Si se pide éste último, las consecuencias son las ya mencionadas. Diversa es la situación cuando se pide el archivo provisorio de la causa. En muchas oportunidades se recurre a esta figura en la etapa del presumario cuando no se cuentan con elementos de prueba suficientes para continuar con la investigación. Si con posterioridad ocurren nuevos hechos o se presentan nuevos medios de prueba, se puede solicitar el desarchivo de la causa y continuar con la investigación, ya que aquella se encontraba archivada en forma provisoria pero no clausurada. Tal es la diferencia con el sobreseimiento, mientras éste concluye en forma irrevocable el proceso, el archivo

provisorio únicamente lo paraliza, sin perjuicio de que ambas requieren de una decisión judicial.

Se considera importante esta diferencia dado que del estudio al escrito presentado por el Sr. Fiscal el día 02/04/2019 parecería que se estaba ante una situación de archivo provisorio, sin embargo, el acusado (pues se llegó a deducir acusación fiscal en su contra) J. N. G., había sido sobreseído mediante sentencia firme, pasada en autoridad de cosa juzgada. Claro está que la solidez tanto de las argumentaciones fácticas como jurídicas no pueden ser las mismas, lo que quedó demostrado en la contundente aclaración presentada por el Sr. Fiscal el día 24/04/2019 a fs. 2403 a 2413.

V- DELITO DE LESA HUMANIDAD: ¿Qué significa que un delito sea considerado de Lesa Humanidad?

Esta calificación, es decir que un delito sea considerado como de Lesa Humanidad, está estrechamente vinculado al Derecho Penal Internacional y al principio de legalidad.

La calificación de delitos contra la humanidad no depende del derecho interno de cada Estado sino de los principios de ius cogens del derecho internacional. Pero estos instrumentos internacionales solo declaran o reconocen la existencia de normas de derecho internacional general que ya existían. La fuente de los crímenes de Lesa Humanidad es el derecho internacional general, de fuente mixta: tanto convencional (tratados) como consuetudinaria (normas y principios con mandato imperativo e inderogable). Esto es así ya que en caso de violaciones a los derechos humanos la norma prohibitiva de conductas criminales se instala primero como norma de derecho consuetudinario con rango de jus cogens (o ius cogens)

para luego ser precisada en tratados internacionales, los que a su respecto tienen naturaleza declarativa.

El origen y evolución de los crímenes de Lesa Humanidad es aún previo al Estatuto de Nuremberg ya que no creó nada nuevo sino que codificó una acción que conforme a la costumbre, basada en la justicia, se reputaba como condenable. Posteriormente la Resolución N° 95 de la Asamblea General de la O.N.U de fecha 11/12/1946 confirmó los principios del derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y las sentencias de dicho Tribunal aprobando y apoyando los conceptos generales y estructuras jurídicas del derecho penal que podían derivarse del Estatuto del Tribunal y que dicho Tribunal había establecido en forma explícita o implícita. Tal aprobación y apoyo por parte de la O.N.U implicó el reconocimiento de la puesta en marcha de un proceso encaminado a convertir esos principios en principios generales del derecho consuetudinario con carácter vinculante para los Estados miembros de toda la comunidad internacional.

El concepto de crimen de Lesa Humanidad brindado por el marco jurídico del Estatuto de Nuremberg fue evolucionando, adquiriendo autonomía jurídica respecto de otras figuras delictivas. Esta evolución llevó a que las violaciones a los derechos humanos integren el elemento material del crimen contra la humanidad. La conceptualización de la desaparición forzada, la tortura y el homicidio político como crímenes de lesa humanidad se produce entonces por mandato de una norma supranacional de derecho internacional (*ius cogens*) de progresiva formación en la conciencia pública internacional y exteriorizada en convenciones, declaraciones y jurisprudencia internacional que evidencian la voluntad de reprimir conductas

violatorias de valores inherentes a la Humanidad considerada en su conjunto.

Lo pronunciado implica la aceptación de la costumbre internacional como fuente de derecho y la respuesta por parte de los Estados, de la comunidad internacional, ante graves violaciones a los derechos humanos. Los Estados en general no aceptan la existencia de prácticas aberrantes en contra de los derechos humanos pues parten de la convicción que se está violando una regla obligatoria. Es en el marco de la costumbre en donde nace ese conjunto de normas específicas que además de ser obligatorias, revisten un carácter imperativo o de orden público internacional a las que se denomina *ius cogens* o *jus cogens*. Las declaraciones o expresiones de organismos multilaterales en protección de los derechos humanos son el reconocimiento de su existencia como regla de derecho. El Tratado de Viena sobre Derecho de los Tratados definió este concepto en el art. 53 como normas de orden público con jerarquía superior a los acuerdos bilaterales. Por todo ello es que la comunidad internacional ha tratado de concretar un derecho convencional -es decir, tratados o pactos- que reflejen los valores de dicha comunidad.

En este sentido, la noción de crimen de lesa humanidad se fue afianzando cada vez más mediante los instrumentos, tribunales y organismos internacionales con competencia en derechos humanos. Cabe citar a la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra la Desaparición Forzada, el Preámbulo de la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra la Desaparición Forzada, el Preámbulo de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (aprobada por la Ley N°16.724), Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones

Unidas (Ej. Res. N° 33/173 de fecha 20/12/1978), Resoluciones de la Asamblea General de la O.E.A y su Comisión de Derechos Humanos (Ej. Res. N° 666 de fecha 18/11/1983). Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Sentencia de fecha 29/07/1988 caso Velázquez Rodríguez vs Honduras, reafirmó tal posición señalando que la desaparición forzada es una violación múltiple y continuada a los derechos humanos que constituye un delito contra la humanidad aún antes de haberse adoptado declaraciones y tratados empleando dicha denominación, no requiriéndose que los Estados hayan ratificado la Convención Interamericana sobre la materia para calificar al conjunto de violaciones como desaparición forzada.

Posteriormente, la Asamblea General de la O.N.U mediante la Resolución N° 61/177 de fecha 26/12/2006 adoptó la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, consagrando el derecho a no ser desaparecido.

Misma evolución ha tenido la calificación de la tortura como crimen de lesa humanidad. Se contempló en el Estatuto de Nuremberg dentro de la categoría de "otros actos inhumanos" y luego fue reiterada en diversos instrumentos y convenios internacionales sobre derechos civiles y políticos, tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Año 1966, art. 7), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 5), la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos Degradantes (Año 1975), la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos Degradantes (Año 1984), la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (Año 1985).

Finalmente, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional aprobado el 19/07/1998 por la O.N.U y ratificado por nuestro país mediante la Ley N° 15.710 es el punto más avanzado en el proceso de codificación y por ende la expresión más acabada de la fuente convencional en la materia. El art. 7 de este Estatuto establece las conductas que constituyen crímenes de lesa humanidad. La norma indica: "A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por "crimen de lesa humanidad" cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de apartheid; k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física".

Pero cada uno de esos actos que hoy constituyen crímenes de lesa humanidad expresamente consagrados,

ya habían sido comprendidos con anterioridad como crímenes en el derecho internacional por el derecho consuetudinario, por conceptos previos y por otros instrumentos internacionales que los mencionaron algunos en forma expresa y otros dentro de la categoría de "otros actos inhumanos". Es decir que se trata de la confirmación, en el plano convencional, de normas con rango de jus cogens que ya eran obligatorias para los Estados. Tales normas ya criminalizaban ciertas conductas como crimen internacional. Se reitera esta característica por el especial énfasis que ella tiene para esta magistrada.

En virtud de lo expuesto, para esta decisora, las posibles violaciones a los derechos humanos llevadas a cabo por agentes del Estado, o bajo su aquiescencia, durante la dictadura cívico-militar que gobernó al Uruguay entre 1973 y 1985 califican en tipos penales que estaban previstos como crímenes de Lesa Humanidad al momento en que los hechos ocurrieron. En dicha época, ya el derecho penal internacional -normas jurídicas imperativas de rango de ius cogens- establecían la persecución y el castigo de delitos de Lesa Humanidad. Son normas cuya existencia y aplicabilidad es previa a la positivización de los crímenes de lesa humanidad en el derecho interno del Uruguay establecida por la Ley 18.026 del 25/09/2006. Las convenciones internacionales reconocieron las normas de ius cogens las que ya eran obligatorias para el Uruguay por encontrarse vigentes al momento en que sucedieron los hechos.

Por otro lado, la doctrina nacional ha señalado que la Constitución de la República, ya en el año 1930 y posteriormente con el agregado realizado en el año 1934, en su art. 239 al mencionar los "delitos contra Derecho de Gentes" admite la existencia de delitos

establecidos por el derecho internacional, debiendo partirse de la aplicación de dicho orden jurídico (el internacional) admitiendo que ellos puedan ser juzgados. Tal disposición constitucional es suficiente para dar ingreso de forma completa y autoejecutable a la normativa sobre derecho internacional sobre crímenes de lesa humanidad. Al estar contenida en la Constitución, no puede ser derogada por un acto legislativo. (LÓPEZ GOLDARACEN, Oscar "Las violaciones a los derechos humanos en la dictadura" en "Máximos precedentes de la S.C.J. Derecho Penal. Milton Cairoli, La Ley, ed. DFEDYE, pág. 897. KORSENIAK, J.. Primer Curso de Derecho Público Constitucional, fcu, 2da ed, año 2002, pág. 527).

Por otro lado, la aplicación de las normas del derecho internacional en referencia a las violaciones a los derechos humanos que el derecho internacional considera crímenes de lesa humanidad también está habilitada por lo dispuesto en el art. 72 de la Constitución. Este artículo establece: "*La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno*".

Los derechos fundamentales que dimanen del derecho internacional, proclamados en convenios internacionales suscritos por el Uruguay o establecidos en normas de ius cogens, se suman y completan los derechos enunciados en la Constitución.

Los crímenes de lesa humanidad se materializan en acciones y omisiones que violan múltiples derechos humanos de las víctimas. La tutela judicial y el acceso a la justicia están previstos en los arts. 2 y

3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (aprobado por Ley N° 13.751) y en el art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (ratificada por Ley N° 15.737) prevén el derecho a la tutela judicial efectiva. Por lo tanto, el derecho para indagar y juzgar crímenes de lesa humanidad ingresa a nuestro orden jurídico interno con rango constitucional por vía del art. 72 de la Carta. Partiendo de tales consideraciones, se opina que las víctimas de delitos contra la humanidad tienen derecho a acceder a la justicia para que se determinen las responsabilidades penales de quien los hubiere podido cometer. Esto es de suma importancia en virtud de lo que se dirá infra respecto del nuevo paradigma procesal penal.

Es decir que, durante la dictadura cívico-militar (1973-1985) ya existían normas de derecho penal internacional de fuente mixta (consuetudinaria y convencional) que establecían como crímenes de lesa humanidad la desaparición forzada, la tortura, las agresiones sexuales a personas privadas de libertad y el homicidio político perpetuado desde el Estado. También existían normas de derecho penal interno que tipificaban como delitos las conductas que constituyen los hechos de desaparición forzada de personas tortura, las agresiones sexuales a personas privadas de libertad y el homicidio político.

Jurídicamente la doctrina coloca los hechos ocurridos durante la dictadura en un período de transición del Estatuto de Nuremberg y la posterior consolidación de su régimen de punibilidad en la Ley interna N° 18.026 de fecha 25/09/2006 (LÓPEZ GOLDARACEN, Oscar "Las violaciones a los derechos humanos en la dictadura" en "Máximos precedentes de la

S.C.J. Derecho Penal. Milton Cairoli, La Ley, ed. DFEDYE, pág. 913).

La calidad de crimen de lesa humanidad y el compromiso asumido por los Estados de prevenirlos y sancionarlos es preexistente a toda norma nacional e incluso al Estatuto de Roma el que se limita a reconocerlos debido a que ellos integran el núcleo de *ius cogens*. En tanto tales, por tratarse (el bien jurídico protegido) de derechos inherentes a la dignidad humana, a la persona humana, que la comunidad internacional reconoce, ingresan a la Constitución de la República a través del art. 72. La normativa internacional que integra el ordenamiento jurídico aplicable es la que sustenta tal calificación.

En conclusión, las violaciones a los derechos humanos ocurridas durante la dictadura deben juzgarse por ser crímenes de Lesa Humanidad.

VI- ¿Es posible pedir el sobreseimiento respecto de delitos de Lesa Humanidad?

Nuestro derecho procesal penal interno -C.P.P/80- previó el instituto del sobreseimiento sin hacer distinción alguna. Es decir que no se estableció que él fuera inaplicable a crímenes de guerra y de lesa humanidad.

Posteriormente, se dictó la **Ley 18.026** de fecha 25/09/2006, en redacción concordante a la norma internacional que se mencionará, en el artículo 8 estableció: "*Improcedencia de amnistía y similares*). *Los crímenes y penas tipificados en los Títulos I a III de la Parte II de la presente ley, no podrán declararse extinguidos por indulto, amnistía, gracia, ni por ningún otro instituto de clemencia, soberana o similar, que en los hechos impida el juzgamiento de*

los sospechosos o el efectivo cumplimiento de la pena por los condenados".

Actualmente, el C.P.P/2017, consagró el mismo instituto sin exclusiones, al igual que lo hizo el C.P.P/80. Sin embargo, si bien se está ante una norma posterior en el tiempo a la antes referida, en nada incide en lo dispuesto en la Ley 18.026 en virtud de que ésta regula una temática específica y por lo tanto no se ve derogada por la aprobación del C.P.P/2017, sino que ella mantiene plena vigencia.

En el ámbito del derecho internacional, derecho con valor constitucional para el Uruguay -según la posición mayoritaria- en virtud de lo dispuesto en el art. 72 de la Constitución de la República, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en el art. 20 referente a la cosa juzgada establece que la Corte no puede juzgar a nadie que haya sido procesado por otro tribunal por los hechos como el de estudio a menos que el proceso que se hubiere instruido fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia.

En este sentido puede considerarse al sobreseimiento incluido dentro de la categoría de "instituto similar" puesto que en los hechos impide el juzgamiento de los sospechosos.

Las disposiciones citadas implican que el Estado está impedido de adoptar medidas que impidan u obstaculicen el juzgamiento del genocidio, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, y para el caso de que lo hagan, las mismas carecerían de validez jurídica.

En este sentido, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Resolución N° 3.074 de Diciembre de 1973 sobre los "Principios de Cooperación Internacional en Identificación, Detención, Extradición y Castigos de Crímenes de Guerra y Crímenes de Lesa Humanidad". El Dr. López Goldaracena explica que: *"Los Estados deben tomar las providencias necesarias para hacer efectivo el enjuiciamiento de quienes cometieron tales delitos. Dichas obligaciones conllevan, necesariamente, las de abstenerse de cualquier acto que impida cumplir los deberes que a la comunidad internacional pone a su cargo. En la hipótesis en que el Estado pretendiera amnistiar al autor de un delito de guerra o de lesa humanidad, se desconocerían las obligaciones que el Derecho Internacional le prescriben..."* (LÓPEZ GOLDARACENA, Oscar. "DERECHO INTERNACIONAL Y CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD", fcu, año 2008, pág. 37).

Es decir, que tanto la norma nacional (Ley N° 18.026-sin perjuicio de la discusión sobre su retroactividad) como la internacional (Estatuto de Roma de la CPI) se encontraban vigentes a la fecha en se peticionó el sobreseimiento del acusado. En el caso, al haberse dispuesto el sobreseimiento se está sustrayendo al investigado de la acción de la justicia ante la aparición de nuevos hechos acaecidos con posterioridad a su dictado.

Por otro lado, las nuevas manifestaciones vertidas por el Sr. G., que basan la solicitud de la Fiscalía en Crímenes de Lesa Humanidad, eran desconocidas por el Fiscal actuante en aquél entonces, quien inducido en error respecto de los hechos, solicitó el sobreseimiento. Este fundamento contribuye a la anulación de lo actuado.

Esta proveyente reconoce que tal razonamiento se podría encontrar limitado por el principio *ne bis in idem* y la cosa juzgada, sin embargo, como se dirá a continuación, ambas herramientas se ven flexibilizadas por las particularidades que el carácter de lesa humanidad le imprime a los hechos investigados.

VII- Prohibición de juzgar dos veces por el mismo hecho: PRINCIPIO NON BIS IN IDEM.

Está consagrado en el art. 5 del C.P.P/2017, en art. 20 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, art. 8.4 de la CADH, art. 14.7 del PIDCP, e implica la prohibición de someter al inculpado absuelto o condenado por sentencia firme a un nuevo juicio o a una nueva pena por los mismos hechos.

La Comisión IDH en el Informe N°1/95 respecto de la interpretación del art. 8 de la CADH, expresó que los elementos constitutivos del principio bajo los términos de la Convención son: a) que el imputado haya sido absuelto, b) que la absolución haya sido el resultado de una sentencia firme, c) que el nuevo juicio esté fundado en los mismos hechos que motivaron la sustanciación del primero.

Los conceptos de sobreseimiento y absolución no son sinónimos. El sobreseimiento es pedido por parte del titular de la acción penal (la Fiscalía), en cualquier instancia de la causa, cuando se configuran algunos de los motivos expresamente previstos en la norma penal. En cambio, la absolución es uno de los posibles resultados (el otro es la condena) de la sentencia a recaer en el proceso penal.

La doctrina enseña que cuando se configura "*la identidad del hecho*" que abarca la identidad de la

persona, la identidad del objeto y la identidad de causa de persecución es aplicable el principio non bis in idem aún cuando en la posterior persecución se afirmen nuevas circunstancias, o un modo diferente de participación o se pretenda una calificación legal distinta (BINDER, Alberto. "INTRODUCCIÓN AL DERECHO PROCESAL PENAL", Buenos Aires, 1996, pág.163). Una excepción a este principio que fuere admitida por la jurisprudencia argentina estuvo dada por las investigaciones sobre violaciones a los derechos humanos que ya habían sido objeto de procesos concluidos en su aspecto penal pero que se las admitió a los solos efectos de establecer la verdad histórica de lo ocurrido. Se denominaron "juicios de la verdad" y fueron utilizados hasta que se declaró la inconstitucionalidad de las Leyes argentinas de Obediencia Debida y Punto Final en pos de una convivencia social pacífica apoyada en el olvido de hechos que violaron los derechos humanos.

El principio de non bis in idem está conectado a la cosa juzgada. Ambos sirven a la seguridad jurídica e implican garantías superlativas para los ciudadanos y específicas para los justiciables. La cosa juzgada supone la existencia de una sentencia a la que se le atribuye ese efecto y es el resultado de un debido proceso.

Pero en el caso, la sentencia que dispuso el sobreseimiento parte de ignorar normas procesales penales que integran el debido proceso tales como la Ley 18.026 (entendida esta ley como declarativa y no constitutiva de tipo penal alguno) que prohíbe todo instituto que en los hechos impida la investigación de delitos contra la humanidad. En tanto el sobreseimiento se encuentra dentro de éstos, era inadmisibile.

La Corte Suprema de la Nación, Tribunal Argentino, ante una hipótesis similar y referido a este punto, consideró que *"...el principio de la cosa juzgada, de la afectación a la seguridad propia de las sentencias firmes no debe ceder a la razón de justicia..."* Fallo N° 279:54, fuente: www.infojus.gov.ar. El mismo Tribunal, en Fallo relativo al caso Mazzeo indicó que *"...más allá de cuáles son los contornos precisos de la garantía que prohíbe el doble juzgamiento respecto de delitos comunes, en el derecho humanitario internacional los principios de interpretación axiológicos adquieren plena preeminencia tanto al definir la garantía del ne bis in idem como de la cosa juzgada"*. Fuente: www.infojus.gov.ar.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Barrios Altos", año 2001, estableció fuertes restricciones a las posibilidades de invocar la defensa de la cosa juzgada para obstaculizar la persecución penal respecto de conductas como las investigadas en autos. Tales principios fueron ratificados por el tribunal americano en el caso "Almonacid", año 2006, en el que donde postuló: *"En lo que toca al principio ne bis in idem, aún cuando es un derecho humano reconocido en el artículo 8.4 de la Convención Americana, no es un derecho absoluto, y por tanto no resulta aplicable cuando: i) la actuación del tribunal que conoció el caso y decidió sobreseer o absolver al responsable de una violación a los derechos humanos o al derecho internacional obedeció al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal; ii) el procesamiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales; iii) no hubo la intención real de someter al responsable a*

la acción de la justicia. Una sentencia pronunciada en las circunstancias indicadas conduce a una cosa juzgada "aparente" o "fraudulenta". Por otro lado, dicha Corte considera que si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de crímenes de lesa humanidad, pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe una sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada, puesto que las exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y espíritu de la Convención Americana, desplazan la protección del *ne bis in idem*".

Se trata de graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario que ofenden la conciencia y el derecho de toda la humanidad. Su persecución y juzgamiento interesa a toda la comunidad de naciones.

VIII- Aplicación de los conceptos vertidos al caso de autos:

VIII.1- En el caso de autos los Sres. J. Nino G. y J. C. G. fueron **sobreseídos** en la investigación seguida respecto de la muerte de R. G. J..

El Sr. Fiscal Letrado en Crímenes de Lesa Humanidad, a fs. 2403 a 2413, citó diversas Resoluciones de la Asamblea General de la O.N.U.

Dichas Resoluciones refieren al deber de cumplimiento por parte de los Estados integrantes de la Organización de las obligaciones asumidas, entre las que menciona el respeto a los derechos humanos y la obligación, por parte de los Estados miembros, de perseguir, investigar, juzgar y condenar a los responsables de cometer crímenes de guerra y de lesa humanidad.

Respecto de tales fundamentos jurídicos, esta decisora opina que Uruguay ha dado cabal cumplimiento a sus obligaciones, puesto que la muerte del Sr. G. fue perseguida y los Sres. G. y G. fueron investigados y juzgados por tal hecho. La circunstancia de que el resultado de tal investigación hubiere sido el sobreseimiento por considerar que los investigados, e incluso acusados, no participaron en el hecho (como fuere afirmado por el Sr. Fiscal Fernando Pérez D`Auria) no implica que nuestro país incumpla con sus obligaciones, sino por el contrario, que dio fiel cumplimiento a la Carta de Naciones Unidas. Sin embargo, la aplicación de dicho instituto parte de hechos que no eran conocidos en aquel entonces.

Al momento en que el Sr. Fiscal petitionó el sobreseimiento de J. N. G. ya se encontraban vigentes, para Uruguay, todos los documentos y las obligaciones internacionales que el actual representante de la Fiscalía invocó en su escrito de fs. 2403 a 2413, por lo que esta magistrada considera que ellas fueron, o por lo menos debieron, ser tenidas en cuenta al formular la solicitud.

Lo que viene de decirse podría llevar a concluir, primariamente, que no correspondería hacer lugar a la petición de la Fiscalía Letrada en Crímenes de Lesa Humanidad.

VIII.2- Sin embargo, esta decisora considera que asiste razón al Sr. Fiscal en cuanto Uruguay está obligado por las normas internacionales de derechos humanos que ha ratificado. Éstas se incorporan con jerarquía constitucional al derecho interno, instaurando **un nuevo paradigma en la formulación del proceso penal.**

En tal sentido la doctrina explica que se produce "...una suerte de interacción y retroalimentación entre las fuentes interno-internacional" (CAFFERATA NORES, J.. Proyecto Penal y derechos humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre los derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino. Ed. CELS, 2da ed. Pág.III).

Ello lleva a que las garantías de raigambre constitucional sean determinadas, reinterpretadas y modalizadas de acuerdo con los informes y jurisprudencia de la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos y la Corte Interamericana sobre de Derechos Humanos sobre la materia.

Esta relación entre el derecho interno y el derecho internacional conduce a ***volver a pensar el derecho procesal penal después de la irrupción de los tratados internacionales. Se crea un nuevo sistema constitucional integrado por disposiciones de igual jerarquía pero provenientes de dos fuentes: la nacional y la internacional, las que se retroalimentan entre sí.***

Los aportes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante DIDH) influye en el derecho procesal penal vernáculo de tres maneras: a) se agregan nuevas disposiciones a las ya previstas, b) se le da un nuevo alcance a las disposiciones ya existentes y c) se formula un nuevo sistema de enjuiciamiento penal que tiene como actor fundamental a LA VÍCTIMA de violaciones a los derechos humanos (Obra citada, pág. VIII).

El DIDH tiene un fundamental papel para la reformulación del ***proceso penal a partir del nuevo paradigma de los derechos humanos***. Para conocer su

contenido debe recurrirse a los principios que estructuran el DIDH.

Este derecho (refiriéndome a los Derechos Humanos y siguiendo las enseñanzas del Dr. Cafferata Nores) se formuló para limitar los abusos del Estado, puede decirse que en tal sentido, el derecho de los derechos humanos es el derecho que aspira a proteger a las víctimas, a las personas afectadas en sus derechos por el accionar del Estado. En este marco, no se trata solamente de las garantías del imputado sino también de las garantías de las víctimas, especialmente en los casos de delitos cometidos por agentes del Estado con su consentimiento o aquiescencia.

Este nuevo paradigma le agrega otra función más al proceso penal, la vinculada a la tutela de los derechos de las víctimas con el ejercicio del poder penal contra los agentes del Estado. Esta afirmación implícitamente plantea un nuevo concepto de víctima que incluye a las víctimas del sistema penal -los imputados-, a las víctimas de los delitos comunes y a las víctimas de los delitos cometidos por agentes del Estado con su consentimiento o aquiescencia.

Esta magistrada opina que la evolución del derecho internacional de los Derechos Humanos ha sido tanto en la jurisprudencia de los órganos de protección regional y universal como en los tribunales uruguayos. **Se ha recurrido, y se debe recurrir, a los instrumentos internacionales para la eficaz protección de los derechos en el ámbito interno.** El impacto de los tratados internacionales se extiende mucho más allá de los organismos supranacionales de protección pues las decisiones internacionales influyen en la jurisprudencia local. La igualdad jurídica entre las normas constitucionales y la normativa supranacional

(art. 72 de la Constitución) impregna el sistema de justicia uruguayo, quedando los jueces obligados a no omitir tales disposiciones como fuente de nuestras decisiones y a sentenciar en consecuencia.

La Suprema Corte de Justicia, órgano de máxima jerarquía del Poder Judicial, ha acompañado esta nueva tendencia en la Sentencia N°365/2009 de fecha 19/10/2009, expresando: "...La Corporación comparte la línea de pensamiento según la cual las convenciones internacionales de derechos humanos se integran a la Carta por la vía del art. 72, por tratarse de derechos inherentes a la dignidad humana que la comunidad internacional reconoce en tales pactos.

En este sentido, Real enseña que, en nuestro Derecho, es clarísima la recepción constitucional del 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).

Analizada la cuestión en su contexto, se aprecia que no puede ahora invocarse la teoría clásica de la soberanía para defender la potestad estatal de limitar la protección jurídica de los derechos humanos. Los derechos humanos han desplazado el enfoque del tema y ya no se puede partir de una potestad soberana ilimitada para el Estado en su rol de constituyente. Por el contrario, la regulación actual de los derechos humanos no se basa en la posición soberana de los Estados, sino en la persona en tanto titular, por su condición de tal, de los derechos esenciales que no pueden ser desconocidos con base en el ejercicio del poder constituyente, ni originario ni derivado.

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 Riso Ferrand, ob. cit., págs. 114 y 115).

En este sentido, el art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados preceptúa que un Estado parte no podrá invocar las disposiciones de su Derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

Por estas consideraciones y como certeramente lo señala la Dra. Alicia Castro, "... al momento de dictarse la Ley -y, más tarde, la sentencia- debían tenerse en cuenta los "derechos expresamente mencionados por el texto "constitucional más los que progresivamente se fueron "agregando por la ratificación de diversos tratados "internacionales de derechos humanos, tales como el "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, "aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas el "16/12/66 y ratificado por Uruguay por Ley No. 13.751 del "11/7/69; la Convención Americana de Derechos Humanos "aprobada en el ámbito americano el 22/11/69, ratificada "por Ley No. 15.737 de 8/3/85 y la Convención contra la "Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o "Degradantes aprobada por la Asamblea General de "Naciones Unidas el 10/12/84 y ratificada por Ley No. "15.798 del 27/10/85. De ese modo, el ordenamiento "jurídico-constitucional uruguayo ha incorporado "derechos de las personas que constituyen límites "infranqueables para el ejercicio

de las competencias "asignadas a los poderes instituidos, lo que "necesariamente debe controlar el juez constitucional" (Castro, Alicia, ob. cit., ps. 139 y 140).

Asimismo, agrega que no se puede dejar de tener en cuenta que el problema trasciende el ámbito interno, puesto que la Ley impugnada ha sido observada reiteradamente por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas y por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en sus informes anuales sobre Uruguay, además de que ha sido cuestionada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva solicitada por Uruguay en 1993 (ob. cit., p. 126).

En particular, la Comisión Interamericana, en su informe No. 29/92 del 2 de octubre de 1992, recordó haber observado al gobierno uruguayo por "violaciones gravísimas" de los derechos a la vida, a la libertad y a la seguridad personal, recomendando investigar y procesar a los responsables, y pone de relieve que, en ese contexto, la Ley No. 15.848 tuvo el efecto contrario, esto es, sirvió para clausurar todos los juicios criminales por violaciones de los derechos humanos, cerrando toda posibilidad jurídica de una investigación judicial destinada a comprobar los delitos denunciados e identificar a sus autores, cómplices o encubridores. En tal marco, como se sostuvo en el Considerando III.6) de este pronunciamiento, la Ley en examen afectó los derechos de numerosas personas (concretamente, las víctimas, familiares o damnificados por las violaciones de derechos humanos mencionadas) que han visto frustrado su derecho a un recurso, a una investigación judicial imparcial y exhaustiva que esclarezca los hechos,

determine sus responsables e imponga las sanciones penales correspondientes; a tal punto que las consecuencias jurídicas de la Ley respecto del derecho a garantías judiciales son incompatibles con la Convención Interamericana de Derechos Humanos (cf. Castro, Alicia, ob. cit., p. 141).

En el ámbito jurisdiccional, cabe recordar algunos fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que declaran nulas Leyes de amnistía dictadas para impedir el castigo de los responsables de violaciones graves de derechos humanos y que establecen el deber de los jueces y tribunales nacionales de velar por la aplicación de las normas internacionales frente a "Leyes contrarias a su objeto y fin y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos" (sentencia dictada el 14 de marzo de 2001 en el Caso RR, interpretada por sentencia de 3 de setiembre de 2001; sentencia dictada el 26 de setiembre de 2006 en el Caso XX y otros; y sentencia del 29 de diciembre de 2006 en el Caso YY).

En Argentina, la Corte Suprema de la Nación ha dictado sentencias relevantes, como la que el 14 de junio de 2005 resolvió el Caso JJ (Caso KK), que constituye un auténtico "leading case"; y, más recientemente, la que el 4 de mayo de 2007 resolvió el Caso LL (Caso MM). Allí, sostuvo que las Leyes de Punto Final y Obediencia Debida (Leyes Nos. 23.492 y 23.521) son inválidas e inconstitucionales. A su vez, se pronunció sobre la validez de la Ley No. 25.779, aprobada por el Congreso de la Nación en 2003, por la cual se había declarado la nulidad de estas Leyes.

La Corte Suprema expresó que dichas Leyes de amnistía –similares a la nuestra– no

tienen en cuenta la jerarquía constitucional de los derechos humanos, conforme al art. 75 nal. 22 de la Constitución argentina a partir de la reforma constitucional de 1994, y el carácter de "jus cogens" que ostentan las normas internacionales, ya sean creadas por pactos o convenciones, ya sean de carácter consuetudinario".

Fuente: www.bjn.poderjudicial.gub.uy.

Es decir que la perspectiva de los derechos humanos influencia la práctica judicial y la jurisprudencia.

El paradigma analizado se expresa en un conjunto de garantías de carácter bilateral porque protegen genéricamente (o en común) tanto a la víctima que reclama justicia ante los tribunales penales como al acusado, y también tutelan específicamente los derechos de cada uno de ellos.

Respecto de éste punto, la Sentencia de la Suprema Corte de Justicia previamente citada indicó: "...el derecho de las víctimas y de sus familiares de acceder al sistema judicial para que se identifique y castigue a los presuntos culpables de los hechos acaecidos durante la dictadura militar, el agravio es de recibo. Es verdad que nuestro sistema de garantías constitucionales reconoce el derecho de los habitantes del país a acceder a un proceso que les asegure la salvaguardia de sus derechos (entre otros, arts. 12, 72 y 332 de la Carta), derecho que también tuvo reconocimiento en tratados internacionales suscriptos por la República".

Las garantías procuran asegurar que ninguna persona pueda ser privada de defender su derecho

vulnerado (por el delito) y reclamar su reparación (incluso penal) ante los tribunales de justicia. Es decir, que en el proceso penal las garantías se relacionan a quien ha resultado víctima de la comisión de un delito, a quien se considera con derecho a la tutela judicial del derecho que fue lesionado por el hecho criminal y por lo tanto con derecho a reclamar ante los tribunales actuando como acusador. En este sentido, *se ha esgrimido que la razón principal por la que el Estado tiene que perseguir el delito es la necesidad de dar cumplimiento a su obligación de garantizar el derecho a la justicia de las víctimas* (Informe de la Comisión Internacional de Derechos Humanos N° 34/1996).

Así, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su art. 25 consagra una expectativa de la víctima y de sus familiares de que el Estado les otorgue una debida protección judicial cuando alguno de sus derechos haya sido violado cualquiera sea el agente. Este criterio fue reconocido por la Corte IDH en el caso G. Palomino vs Perú de fecha 22/11/2005, en el caso Blanco Romero y otros vs Venezuela de fecha 28/11/2005, en el caso De la Masacre de Pueblo Bello vs Colombia el día 31/01/2006 y en el caso Velázquez Rodríguez Sentencia del 29/VII/88.

Asimismo, como ya se explicitó el art. 8 de la Ley 18.026, en concordancia con el art. 20 del Estatuto de Roma de la CPI, niega todo instituto que en los hechos impida el juzgamiento de los sospechosos o el efectivo cumplimiento de la pena por los condenados.

Ello debe leer en concordancia con el rol que el art. 13 de la Ley 18.026 les reconoce a las víctimas y sus familiares. A su vez, el art. 13 dispuso:

"(Intervención de la víctima): 13.1. En los casos de los crímenes previstos en los Títulos I a III de la Parte II de la presente ley, el denunciante, la víctima o sus familiares podrán acceder a la totalidad de las actuaciones, proponer pruebas, poner a su disposición las que tengan en su poder y participar de todas las diligencias judiciales. A dichos efectos, constituirán domicilio y serán notificadas de todas las resoluciones que se adopten.

Asimismo, si se hubiese dispuesto el archivo de los antecedentes o si luego de transcurridos sesenta días desde la formulación de la denuncia aún continúa la etapa de instrucción o indagación preliminar, el denunciante, la víctima o sus familiares podrán formular ante el Juez competente petición fundada de reexamen del caso o solicitud de información sobre el estado del trámite.

13.2 Si la petición de reexamen del caso se presenta por haberse dispuesto el archivo de los antecedentes, se dará intervención al Fiscal subrogante quien reexaminará las actuaciones en un plazo de veinte días.

13.3. La resolución judicial será comunicada al peticionante, al Fiscal y al Fiscal de Corte".

Las normas transcriptas deben ser interpretadas en conjunto con el nuevo paradigma procesal penal antes referido. El derecho penal tiene por fin la tutela (subsidiaria) de los intereses generales de la sociedad penalmente simbolizados en los "bienes jurídicos" pero que también debe tutelar los intereses concretos de las víctimas y en condiciones de igualdad. El derecho del afectado está incorporado de

algún modo en el bien jurídicamente protegido por la norma penal, por lo que es un derecho también del ofendido obtener la aplicación de la pena prevista en la norma. En este sentido la jurisprudencia supranacional ha avanzado afirmando que cuando la violación de los derechos humanos sea el resultado de un tipificado penalmente, la víctima tiene derecho de obtener del Estado una investigación judicial que se realice seriamente con los medios a su alcance a fin de identificar a los responsables e imponerles las sanciones pertinentes (Informe N° 55/95 de la Comisión IDH y caso Velázquez Rodríguez de la Corte IDH de fecha 29/VII/88).

Esta concepción lleva a pensar en un Ministerio Público (una Fiscalía) ubicada "del lado de la víctima" tanto ayudándola cuando ésta se constituya en parte como cuando ella no quiere asumir esa condición, cumpliendo una función de representante de ella.

La Fiscalía, con independencia de la persona física que la represente en el acto, debe ser responsable y asumir las consecuencias de sus peticiones, siendo en el caso el pedido de sobreseimiento de J. Nino G. y J. C. G. por la muerte de R. G., con independencia de donde ésta hubiere ocurrido (sea en el Campo 3 de Paso de los Toros o en el Grupo I de Montevideo).

Ahora bien, también le corresponde al Poder Judicial (considerado éste en su conjunto pero sin desconocer las facultades específicas que la Constitución le otorga a la Suprema Corte de Justicia) realizar un control de convencionalidad entre lo pedido y el ordenamiento jurídico entendiéndolo como integrado también por las normas internacionales y

principios generales del derecho ratificados por el Uruguay.

En tal sentido esta decisora opina que el sobreseimiento solicitado y ordenado, si bien siguió lo preceptuado por la normativa interna contenida en el C.P.P/80, desconoció la normativa internacional precitada y la Ley 18.026, las que adquieren especial relevancia en virtud de la naturaleza del delito investigado. En su mérito, se considera que tal sobreseimiento carece de validez jurídica, debe ser dejado sin efecto, lo que ya se encuentra dado por el imperativo legal, y será así declarado por esta magistrada, procediéndose a la reapertura del caso y continuación de la investigación.

Los principios que en el ámbito nacional se utilizan para justificar el instituto de la cosa juzgada y el non bis in idem, no resultan aplicables respecto de delitos contra la humanidad porque los instrumentos internacionales que reconocen esta categoría de delitos, así como el consecuente deber para los Estados de individualizar y enjuiciar a los responsables, no contemplan, y por ende no admiten, que esta obligación cese por una medida que disuelva la posibilidad de su reproche, como lo es el sobreseimiento. Al tratarse de una investigación de delitos de lesa humanidad el sobreseimiento resuelta una potestad inoponible al proceso pues ello implica contravenir el deber internacional que tiene el Estado uruguayo de investigar y de establecer las responsabilidades y sanción.

Actuación de la Defensa: En procura de un debido proceso, ante la petición Fiscal recibida en forma

previa a proveer sobre ella, se concedió traslado a las Defensas, tanto a la Defensa de J. N. G. como a la de J. C. G.. Esta última no compareció a su evacuación, sí lo hizo la Defensa del Sr. G. quien alegó el sobreseimiento, la cosa juzgada y el principio non bis in idem sin mayores desarrollos. Centró sus argumentaciones en considerar que el Sr. G., por haber sido sobreseído, ya no es parte del proceso y la Defensa cesó en su patrocinio "por la fuerza de los hechos".

Respecto de las argumentaciones jurídicas (sobreseimiento, la cosa juzgada y el principio non bis in idem) es pertinente remitirse a lo ya analizado. En relación a la calidad de parte en el proceso, esta decisora entiende que aún persiste y que la designación de la Defensa, una vez efectuada, es para todas las etapas del proceso, incluyendo la presente instancia. Máxime si en autos no ha habido una renuncia al patrocinio. Si la Defensa consideró que su patrocinio cesó por las fuerzas de los hechos, debió haberlo comunicado al Juzgado, pues debía intimarse al Sr. G. la designación de nueva Defensa bajo apercibimiento de designársele una por el tribunal, accionar que durante cinco años y seis meses no aconteció en autos (12/2013-05/2019).

En el entendido de esta magistrada, se le ha otorgado al Sr. G. la posibilidad de intervenir efectivamente en la solicitud formulada por la Fiscalía, conocerla y refutarla, así como ofrecer pruebas de descargo en forma subsidiaria, en plena igualdad con el acusador, garantizándosele su derecho de defensa (art. 8 CADH, art. 14 del PIDCP, art. XXVI de la DADDH, art. 10 de la DUDH). Se debe admitir también, como parte del derecho de defensa, el no defenderse, es decir, el no desarrollar ninguna

actividad sin que esa omisión pueda ser considerada una presunción de culpabilidad en su contra (art. 67.1 del Estatuto de Roma, Corte Penal Internacional).

VIII- Conclusión: En virtud de las consideraciones precedentemente expuestas, a criterio de esta proveyente, partiendo del nuevo paradigma en derechos humanos que impregna el sistema procesal penal uruguayo así como la naturaleza de lesa humanidad del hecho cuya presunta participación se le atribuye al investigado, el reconocimiento del rol de la víctima, y la aparición de nuevos hechos, obliga a considerar que el sobresimiento dispuesto respecto de J. N. G. carece de valor jurídico y debe así declararse, dejándose sin efecto la providencia dictada, reabiéndose la causa con el fin de continuar con la investigación.

Por los fundamentos expuestos y lo dispuesto en los textos legales citados en este pronunciamiento y sus concordantes y lo establecido en los artículos 12, 72, 332 de la Constitución de la República, art. 27 de la Convención de Viena, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ratificado por Uruguay por Ley N° 13.751, la Convención Americana de Derechos Humanos ratificada por Ley N° 15.737, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes ratificada por Ley N° 15.798 del 27/10/85, Informes de la Comisión Internacional de Derechos Humanos, Ley N° 18.026, arts. 24, 112, 235 del C.P.P/80, arts. 45 lit h, y 129 a 132 del C.P.P/2017, **RESUELVO:**

1- DECLÁRASE SIN EFECTO EL SOBRESIMIENTO DISPUESTO POR PROVIDENCIA N°1188/2013 DE FECHA 20/12/2013 DE FS.2286 RESPECTO DE J. N. G..

2- LÍBRESE LOS OFICIOS SOLICITADOS POR LA FISCALÍA LETRADA EN CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD A FS. 2413VTO, OTORGÁNDOSE A LAS INSTITUCIONES REQUERIDAS UN PLAZO DE 15 DÍAS HÁBILES, A CONTAR DESDE LA FECHA EN QUE SE RECIBA EL OFICIO, PARA REMITIR DICHA INFORMACIÓN A LA SEDE.

3- FECHO, DE LO INFORMADO CONFIÉRASE VISTA A LA FISCALÍA LETRADA EN CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD Y A LA DEFENSA.

4- EVACUADA O VENCIDA, VUELVAN PARA CONVOCAR A AUDIENCIA A LOS EFECTOS DE DILIGENCIAR LA PRUEBA TESTIMONIAL OFRECIDA POR LA FISCALÍA LETRADA EN CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD A FS. 2413VTO.

5- NOTIFÍQUESE A DOMICILIO.

6- CONSENTTIDA O EJECUTORIADA, CÚMPLASE.

Dra. Naama Cóccaro Calcerrada.

Jueza Letrada.