

Sentencia N° 410

Ministro Redactor:
Doctor Luis Charles

Montevideo, 9 de setiembre de 2016.

VISTOS:

Para sentencia interlocutoria de segunda instancia, estos autos caratulados: **"A. P., H. – Reiterados delitos de privación de libertad especialmente agravados en régimen de reiteración real"- IUE : 89–583/2015**, venidos a conocimiento del Tribunal, en mérito a los recursos de apelación en subsidio y nulidad interpuestos por los Sres. Defensores Privados, Dres. Fernando Posada y Andrés Ojeda, y por el de apelación de la Sra. Fiscal Letrado Nacional en lo Penal de 10º Turno, Dra. Stella Llorente, contra la providencia N° 3565 del 14 de setiembre de 2015, dictada por la Sra. Juez Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 16º Turno, Dra. Julia Staricco.

RESULTANDO:

I) Por dicha interlocutoria, se dispuso el procesamiento con prisión de H. A. P. como presunto autor responsable de reiterados delitos de Privación de Libertad especialmente agravados en régimen de reiteración real entre sí.

II) La Defensa (fs. 1695 a 1703 vto.) se agravó en primer lugar por la valoración de la prueba y los hechos, entendiendo

que la misma no ha sido tomada en cuenta en forma integral, equilibrada y a la luz de las reglas de la sana crítica, todo lo cual perjudica directamente la situación del encausado.

Afirmó que solo se consideró la prueba incriminante, descartándose otros testimonios. En tal orden, analiza en profundidad las declaraciones de denunciante y de algunos denunciados.

En segundo lugar, sostuvo que operó la prescripción, no siendo aplicable la jurisprudencia y doctrina que se consideró en el caso, pues la situación del enjuiciado no se encuentra comprendida en las hipótesis que contemplan las dos leyes que regulan el tema, esto es la Ley 15.845 del 22 de diciembre de 1986 y la Ley 18.831 del 27 de octubre de 2011.

Expresó que A. P. no era funcionario militar ni policial, ni es equiparado ni asimilado militar, por lo que concluye que nunca estuvo comprendido en las referidas normas legales.

También señaló que la “a-quo” en los mismos autos decidió dos situaciones iguales en forma diferente, ya que en la prescripción interpuesta por A. L. suspendió la tramitación del proceso como correspondía. Sin embargo aquí no hizo lo mismo, continuó con la tramitación de la causa llegando a la decisión de enjuiciamiento.

En lo que respecta a la amnistía, regulada por la Ley N° 15.737, indicó que contrariamente a lo dispuesto por la a-quo, A. P. no actuó amparado por el poder del Estado, sino que colaboró con el mismo, lo que es distinto, y no fundó la exclusión de dicha ley.

Manifestó que excluir al encausado de la Ley de Amnistía es derogar de hecho la misma, específicamente afirmó *“en definitiva esta sentencia no hace más que modificar preceptos legales que son evidentes y que fueron dictados con una clara razón de ser a través de la interpretación judicial, práctica riesgosa que pone en duda-ni más ni menos- que la propia seguridad jurídica.”*

En lo relativo a la atipicidad de la conducta, sostiene la legalidad de las detenciones que dispusieron los militares en su momento, descartando que la colaboración del encausado pudiera ser reprochable penalmente. A partir de esa fundamentación descarta que se pueda estar ante un supuesto de privación de libertad (art. 281 del Código Penal).

También se agravia de la prisión dispuesta en autos, entendiendo que ni aún la prisión domiciliaria es procedente en el caso.

Concluye en que para fundar el procesamiento de A. P. *“la Sede estira y fuerza conceptos de suma relevancia, como la tipicidad de la conducta, asumiendo que las detenciones eran ilegítimas aún cuando el marco jurídico que señalamos enseña lo contrario, la prescripción de los delitos, la oportunidad para valorar dicha prescripción, la denegación de la amnistía.”*

III) El Ministerio Público (fs.1708 a 1728), contestó los agravios deducidos por la Defensa y adhirió a la apelación deducida.

En efecto rechazó los recursos por los fundamentos que expresó y abogó por mantener la impugnada. En tal sentido

ratificó que la prueba y los hechos fueron legalmente valorados, en caso en el que ni el encausado negó su participación en los hechos. Descartó también que se haya prescindido de alguna prueba, o malinterpretado otra.

Señaló que estamos frente a delitos de “lesa humanidad”, por lo que no operó la prescripción, compartiendo el procedimiento que siguió la “a-quo” respecto al tratamiento de la prescripción en oportunidad de disponer el procesamiento.

También descartó que el recurrente esté comprendido en la ley de amnistía, pues se trata de delitos de lesa humanidad, o en su defecto el mismo estaría excluido de los casos previstos en ella.

En lo que hace a las detenciones practicadas abogó por su ilegitimidad, ésto en base a un análisis de las medidas prontas de seguridad en estricta aplicación. Finalmente, abogó por la procedencia de la prisión preventiva.

En cuanto a la adhesión a la apelación, se agravio en cuanto no se hizo lugar a la calificación jurídica que solicitó oportunamente, ésto es reiterados delitos de privación de libertad como delitos de lesa humanidad, en calidad de coautor.

IV) La Defensa evacuó el traslado conferido (fs.1750 a 1753), abogando por el rechazo de los agravios formulados por la Fiscalía actuante. Compartió los fundamentos de la “a-quo” en cuanto descarta que los delitos atribuidos al encausado fueran de lesa humanidad.

V) La “a-quo” (decreto N° 4930 del 7 de diciembre de 2015 de fs. 1759 a 1791), mantuvo la impugnada con

expresión de fundamentos y franqueó la Alzada.

En esta Sede pasaron los autos a estudio (fs.1806), y se citó para sentencia, la que se acordó en forma legal.

CONSIDERANDO:

I) La Sala con la unánime 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.

II) En primer término y en uso de sus facultades el Tribunal ingresará al conocimiento de los aspectos formales y materiales del proceso.

En lo referente al primer aspecto señalado, por más que no sea causa de nulidad, llama la atención, tal como lo puso de manifiesto la Defensa al deducir la impugnación, la diferencia en el trato procesal que tuvo la tramitación de la prescripción en estos mismos autos en el caso de A. L. y de O. P. (IUE: 89-108/2013), donde se suspendió el proceso, con el caso que aquí se examina, (pieza testimonial formada a partir de aquella causa), donde se continuó con la tramitación, llegando al enjuiciamiento.

En otro orden, se observa lo redundante de la calificación delictiva efectuada por la “a-quo” cuando refiere a “reiterados delitos...que concurren en régimen de reiteración real entre sí”.

Pues es obvio que en su caso se trataría de reiterados delitos de Privación de Libertad.

Además se observa que se dispuso el procesamiento y prisión “como presunto autor responsable”. Sin embargo cuando consideró el grado de participación lo calificó “como bien señala la Sra. Fiscal”, como “coautor” en inadvertida incongruencia (fs.1682 nral.5).

III) En el aspecto sustancial, la causa tiene su origen en la denuncia presentada por veintiséis personas del sexo femenino (fs.161 a 178 vto.), donde se narra que *“los denunciados tuvieron activa participación durante la detención y prisión de las denunciantes en los distintos establecimientos carcelarios, siendo todos ellos responsables directos e indirectos por acción u omisión de la comisión de delitos calificados como de lesa humanidad cometidos en forma sistemática y planificada consistentes en delitos sexuales (violencia sexual, violación, desnudez, tocamientos, entre otros) y torturas (tales como plantones, picana, submarino, entre otros) afectando su integridad física y mental y su derecho a la dignidad, principalmente, tal como surgen de los relatos que se adjuntan de cada una de las denunciantes”*.

En lo que hace a los hechos, emerge en forma prístina que H. A. P. integró el Movimiento de Liberación Nacional Tupamaros, y fue detenido en dos oportunidades por su condición de tal. Ello no obstante, en determinado momento a efectos de obtener un beneficio para sí y para la que entonces era su pareja -A. R.-, pasó a prestar abierta colaboración a las

autoridades militares, para ordenar e interpretar documentación incautada, pero también en tareas de campo, saliendo a la calle a “marcar” personas y lugares que integraban la organización a efectos de su detención.

Fue así que tuvo activa participación en la aprehensión de varios integrantes del movimiento, así como también en la dirección de los interrogatorios a los mismos, con la finalidad de obtener información que podría resultar útil a los fines de la ilícita represión.

Por su actividad colaboracionista, no solo logró beneficios inmediatos en sus condiciones de reclusión, sino que además obtuvo que trajeran a convivir con él en una misma pieza a su pareja A. R.. Posteriormente también obtuvo los salvoconductos para salir del territorio de la República con destino al Reino de España, sirviéndose de documentación falsa que le fue proporcionada para ello.

Lo referido surge no solamente de las declaraciones de algunos de los militares que prestaron testimonio, sino también de sus propios ex-compañeros, algunos de los cuales lo reconocieron al momento de sus detenciones o en los centros de torturas. Pero también surge de su propia declaración (fs.1475): *“yo estaba clandestino desde 1967, se me había involucrado en multitud de acciones en algunas participé y en otras no. A mí no me interrogaron sobre esos hechos”*. Y más adelante agrega irónicamente: *“...éste señor (O. P.) participó en los interrogatorios como participaron todos, el que comandaba los operativos era yo con personal a mi cargo, yo interrogaba, yo me convertí en el jefe militar del cuartel según sé. Yo admito*

lo que hice pero no que se me adjudiquen cosas que no hice".
(fs.1479).

En tal sentido se recabaron valiosas declaraciones de militares y ex-compañeros que ratifican que A. P. fue un felón, que en las circunstancias en las que estaba no dudó en ponerse del lado de los carceleros militares para colaborar con los mismos, aportando información en busca de beneficios para sí. Todo como la manifestación propia de una personalidad egocéntrica, orgullosa, vanidosa, que estaba resentida y dolida con sus ex-compañeros tal como destacan todos los que a ese respecto se manifestaron.

Los personales motivos o explicaciones que da el encausado a sus actos, no son causas de justificación ni explican nada.

IV) Todo ello no obsta a que A. P. para explicar sus actos, invoque razones superiores que no sobrepasan sus intereses personalísimos, y que como toda persona deba ser juzgado en régimen de garantías del debido proceso legal.

Las garantías que durante el gobierno cívico-militar fueron vulneradas por el Estado, deben darse a los represores e involucrados en dichos hechos en un Estado de Derecho que se precie de tal.

Dentro de las dudas que legalmente y por definición debe plantearse el juzgador, está la de 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 que pudieren corresponder.

V) Se entiende que para una correcta elucidación del caso es determinante establecer un orden de prelación en el tratamiento de los diversos temas que lo conforman. En otras palabras, se hace necesario fijar un orden en la consideración de los diversos institutos en juego, para finalmente arribar, si correspondiere, al análisis del mérito del procesamiento dispuesto.

Sin duda dicho orden viene dado por la Ley, por lo que deben tratarse inicialmente las formas de “extinción del delito” (Título VIII, Cap.I del Código Penal), ésto es amnistía y prescripción (artículos 108 y 117 sgtes.del Código Penal).

Sólo si se considera que el encausado no está comprendido en la amnistía de la Ley 15.737 y por lo tanto se superara este valladar, correspondería analizar la prescripción invocada por la Defensa. Finalmente, si también se superara dicha barrera, recién entonces debería examinarse el mérito del asunto, ésto es la procedencia o no del enjuiciamiento dispuesto.

VI) En dicho orden corresponde analizar el Instituto de la Amnistía. Al efecto, surge de la planilla de antecedentes del I.T.F. relativa al encausado (fs.1794 a 1797) que en la causa tramitada ante el Juzgado de Instrucción de 5º Turno fue amnistiado (fs.1795), no surgiendo que así se hiciera en la posterior del Juzgado de Instrucción de 1º Turno (fs.1796).

En consecuencia, conforme lo que emerge de la referida planilla de antecedentes, el encausado tiene la calidad de amnistiado formalmente concedida. Se encuentra como tal

amparado en el estatuto del amnistiado con todas las consecuencias legales que ello conlleva en el régimen especial establecido por la Ley 15.737.

En efecto, la norma legal consagra un régimen general que alcanza a todos los que menciona en su artículo 1º. A su vez en el artículo 5º prevé que: *“quedan excluidos de la amnistía los delitos cometidos por funcionarios policiales o militares equiparados o amnistiados que fueran autores, coautores o cómplices de tratamientos inhumanos, crueles o degradantes, o de la detención de personas luego desaparecidas y por quienes hubieren encubierto cualquiera de dichas conductas.*

Esta exclusión se extiende asimismo a todos los delitos cometidos aún por móviles políticos, por personas que hubieren actuado amparadas por el poder del Estado en cualquier forma o desde cargos de gobierno.”

Por lo tanto A. P. ya tiene la calidad de amnistiado, pues el Juez de Instrucción de 5º Turno dispuso en el caso concreto que estaba comprendido en la ley y que a su respecto no se relevaban las causas de exclusión legal. Ésto significa que la formalidad de la declaración para un instituto que por definición legal opera de pleno derecho, al tener la declaración del beneficio, ya nada puede decirse ni revisarse, porque en la decisión judicial inicial (declaración que no es un acto administrativo sino esencialmente jurisdiccional), se dijo positiva y expresamente que estaba comprendido en los términos del beneficio legal, por lo que al mismo tiempo, pero

en términos implícitos, se dijo que no lo afectaban ninguna de las causales de exclusión.

Entonces al habérselo declarado comprendido en la Ley 15.737, conforme lo previsto en el art.6º, la consecuencia inmediata, de pleno derecho es que se extinguieron las penas principales y accesorias, *“así como las acciones penales”*.

VII) En la causa en examen, se trató de revisar la procedencia de esa declaración para impulsar una acción penal por hechos que no están comprendidos en la misma, pero que sí están comprendidos en la ley referida. Pero el presupuesto de aplicación de ésta es que A. P. no estaba comprendido en aquel momento en las causas de exclusión previstas legalmente.

En tal sentido Soler ha señalado : *“Con la amnistía se extingue no solamente la acción penal, sino la potestad represiva misma, con respecto a un hecho determinado, de manera que aún impuesta la condena a algún sujeto, ésta debe cesar con todos sus efectos, salvo las indemnizaciones.”*, aunque en el art.6º de la ley 15.737 hasta esas indemnizaciones se amnistiaron (Soler, Derecho Penal Argentino, Tomo II, pág. 450).

El autor agrega: *“dadas las razones públicas y generales en que una amnistía se funda, ella no puede ser rechazada por un particular, si bien puede discutirse que no se esté comprendida en ella.”*

Sin embargo, si se produce el debate, el beneficio que se

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

Los hechos por los que se pretende ahora ejercer la acción penal se sitúan entre los años 1972 y 1973, por lo que naturalmente están comprendidos en la norma y ya fueron declarados tales por Juez competente.

Surge entonces que la situación del apelante ya fue examinada por el Juez en su oportunidad y no habiéndose relevado las causas de exclusión que la ley prevé, quedó comprendido en la misma por lo que tiene el estatuto de amnistiado, habiéndose extinguido a su respecto la acción penal por los eventuales ilícitos que hubiera ejecutado en el marco de la ley, por el período transcurrido entre los años 1962 y 1985.

VIII) Carlos Creus ha señalado en términos aplicables al instituto de la amnistía en general que: *“constituye un acto político de carácter general emanado del congreso (art.67 inc.17º C.N.) que se fundamenta en la preservación de la paz social en aquellos casos donde no es conveniente la total derogación de la ley penal, sino su restricción con respecto a situaciones determinadas, que tiene por efecto suspender la aplicación de la misma extinguiendo la acción que se encuentra en curso e impidiendo su promoción o prosecución. El hecho sigue siendo antijurídico (Soler) como claramente lo*

demuestra la procedencia de la reparación del daño causado por el delito (art.601 in fine C.P.). Sólo hace desaparecer el delito como fuente de pena.” (Derecho Penal, Parte General, pág.381).

El autor agrega : *“ya señalamos que en tanto no importa la derogación de la ley, rige para hechos pasados, no para el futuro, siendo su aplicación de oficio por parte de los jueces, sin que pueda ser renunciada en consideración al fundamento que da andamiaje a su existencia por ser de orden público...ya que borra el delito, tiene incidencia en institutos como la condenación condicional, libertad condicional y reincidencia.” (pág.382).-*

Sin duda, *“La amnistía es una “abolitio im praetium” (abolición del pretérito) y no obra sobre el futuro. Por ésto, lo que sostienen en la teoría legislativa se ven obligados a ver en la institución de la amnistía una norma de naturaleza anómala en cuanto que a diferencia de las demás normas, obra sobre lo pasado y no sobre lo porvenir.” (Maggiore, Derecho Penal, Volumen II, pág.361).*

En suma, el recurrente es un amnistiado que ya está gozando de la declaración de tal, aunque ésto haya sido declarado en un expediente determinado. Esto implica que no se encuentra excluído de la misma por decisión declarativa que no puede ser revisada.

En tal sentido, sostiene el Dr. Milton Cairoli refiriendo a la ley 15737 que la misma prevé dos clases de amnistía: *“una general e irrestricta para todos los delitos políticos comunes y*

militares conexos y que hayan sido cometidos después del 1º de enero de 1962, la otra limitada que se otorgaba a todos los autores y coautores de homicidios intencionales consumados que estuvieran relacionados o conexos con delitos políticos” (Cursillo de Puesta al Día. Actualización 1985-1986, pág.95 y sgts.). En casi los mismos términos “La amnistía a presos políticos en el Uruguay. Ley 15.737 del 8 de marzo de 1985”.

Es esta la posición de la Sala y por estos fundamentos debe revocarse el auto de procesamiento impugnado, considerando al apelante ya comprendido en el Instituto del Amnistiado.

IX) Sin embargo, si se considera que cada vez que se denuncie un hecho nuevo aparentemente ilícito con relación a un amnistiado, en desmedro de la certeza jurídica, procede la revisión del caso a la luz de la ley, A. P. también está comprendido por la misma y así correspondería declararlo en el caso.

Los argumentos expuestos anteriormente son todos aplicables en dicha situación, lo único que se debe desarrollar es la situación a la luz de las causas de exclusión.

Así tenemos que cuando fue aprehendido era un preso por razones políticas y delitos conexos al movimiento que integraba. Ello es así por más que traicionó a su organización donde fue alto dirigente y ésto a cambio de una recompensa personal. Por lo tanto su situación queda comprendida en el inciso 1º del artículo 1º de la Ley 15.737.

La razón que justifica la aplicación del inciso 2º del mencionado artículo, no es aplicable en el caso, ya que no se ejerció la “acción penal”, ni estuvo procesado por homicidios que dieran mérito a la aplicación del artículo 9º. Precisamente por ésto el Juez de Instrucción le concedió el beneficio según la planilla de antecedentes, pues no estaba comprendido en la referida hipótesis ni tampoco en la prevista en el artículo 5º de la norma citada.

H. A. P. no está comprendido en las causas de exclusión del referido artículo 5º. En lo que hace al primer inciso porque no era un funcionario policial, militar, equiparado o asimilado. No tiene en consecuencia la calidad subjetiva requerida legalmente.

Por otra parte tampoco lo comprende la generalidad de la parte final del primer inciso, porque no fue encubridor de los tratos inhumanos, crueles o degradantes o de la detención de personas luego desaparecidas, ya que en su calidad de autor de los hechos que se le atribuyen, no puede ser al mismo tiempo encubridor, por ser manifiestamente incompatible.

En lo que respecta al segundo inciso del artículo 2º, no ingresa en la categoría de excluidos, ya que no actuó desde cargos de gobierno, lo que es absolutamente claro.

No obstante, el referido inciso 2º contiene un supuesto residual que contempla a todos los “...*que hubieran actuado amparados por el poder del Estado en cualquier forma*”. En lo que refiere a éste aspecto, el encausado no estuvo amparado por el Estado, sino que por su actividad colaboracionista con

los que hasta ese momento eran sus enemigos, recibió una retribución personal: primero una pieza separada a la que incluso trajeron a su pareja, consiguió documentos falsos y un salvoconducto para irse del territorio de la República, lejos de los rigores del régimen cívico-militar y de las amenazas proferidas por sus ex-compañeros, según sus afirmaciones.

Lo que la ley contempla con la referida exclusión, no es el caso de aquel que traicionó al movimiento que integraba, lo que conforma un estatuto especial no previsto y bajo el cual incluso ya fue amnistiado en una causa.

La norma comprende a aquellos que no eran policías ni militares pero colaboraron con el régimen como paramilitares y parapoliciales. Son quienes actuaban como delatores, transmitían información, colaborando con la fuerzas para las detenciones y luego participar incluso en las torturas, eran los que decían : “en la casa de fulano se reúnen mengano, sultano y perengano” o se prestaban para vigilancias discretas o para infiltrarse; decían que una persona era “comunista” o andaba con “comunistas” en descalificantes y burdas generalizaciones y ayudando incluso en sus detenciones. Los incalificables “tiras”.

H. A. P. no integra la referida categoría. Fue detenido como integrante del Movimiento de Liberación Nacional, pero luego, traicionando a la organización, pasó a colaborar con el régimen cívico-militar por su interés personal, para cambiar su situación al punto que su participación fue acotada en el tiempo. Se trató de un delator lo que no lo excluye del régimen

de la amnistía, por lo que viene de decirse.

En consecuencia integra una categoría especial de personas que no son militares, ni policías, ni tupamaros, ni civiles. Una verdadera categoría de personas distintas, generada en la lógica de los hechos que invoca la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado.

Por tales fundamentos el apelante no puede ser considerado tampoco como un “amparado por el Estado” de los que contempla la Ley N° 15.737 para excluírlos. Se trata de un integrante del movimiento que traicionó al mismo, por lo que no solo no se excluye de la ley, sino que está contemplado en la misma a efectos de la amnistía, al punto que ya se lo declaró expresamente en una causa.

Por otra parte ello no cambia considerando su actividad al momento de las detenciones de quienes a la postre resultaron víctimas del régimen. Sin entrar a valorar la adecuación típica ni la procedencia de la imputación realizada en primera instancia, la Sala en su anterior integración ya se pronunció respecto a la legalidad de las detenciones practicadas por los militares, mientras funcionó el Estado democrático, aunque en circunstancias especiales que se contemplaron en la Ley 14.068 (Sentencia N° 129 del 22 de mayo de 2014).

Se entiende por lo tanto que no es de recibo el argumento de la “a-quo” al franquear el recurso respecto a que se trataría de una detención ilegítima por la finalidad que conllevaba. El acto de la detención en si mismo era legal conforme la norma

citada, aunque lo que vino después con relación a los detenidos fue tan ilegal como aberrante, pero jurídicamente no califica por sí la detención previa.

X) En fin; la revocación de la decisión de enjuiciamiento es sin perjuicio de la valoración que deberá hacerse de las declaraciones realizadas por H. A. P., así como las de todos los demás declarantes, en cuanto corresponda, para aclarar los hechos investigados en autos.

Por lo expuesto y lo dispuesto en el artículo 255 del C.P.P., **EL TRIBUNAL,**

RESUELVE:

REVÓCASE LA PROVIDENCIA IMPUGNADA. EN SU MÉRITO DECRÉTASE LA LIBERTAD PROVISIONAL DE H. A. P. BAJO CAUCIÓN JURATORIA, COMETIÉNDOSE SU CUMPLIMIENTO AL JUZGADO QUE CORRESPONDA, LA QUE DEVENDRÁ DEFINITIVA EJECUTORIADA QUE SEA LA PRESENTE, CLAUSURÁNDOSE LAS ACTUACIONES A SU RESPECTO.

COMUNÍQUESE EN LEGAL FORMA, COMETIÉNDOSE.

OPORTUNAMENTE, DEVUÉLVASE A LA SEDE DE ORIGEN A SUS EFECTOS.-

Dr. Angel M. Cal Shabán
Ministro

Dr. Luis Charles
Ministro

Dra. Gabriela Merialdo
Ministra

Esc.Fernando Durán Sánchez
Secretario I