

Min. Red.: Dr. Alberto Reyes Oehninger  
Montevideo, 25 de julio de 2017.-

## VISTOS

para interlocutoria de segunda instancia en autos “**AA. BB. SU FALLECIMIENTO. DERECHOS HUMANOS**” (IUE 93-192/2012), venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Penal de Tercer Turno, a conocimiento del recurso interpuestos por la Defensa de CC contra la Res. N° 1972/2016 dictada por el Dr. Gurtavo Iribarren, con intervención de la Sra. Fiscal Ldo. Nacional en lo Penal de 14° T., Dra. María del H. Martínez.

## RESULTANDO

I) La recurrida (fs. 158/164), cuya relación de antecedentes se tiene por reproducida, con el M. Público (fs. 157/157 vto.), no hizo lugar a la solicitud de clausura por prescripción (fs. 118/123 vto.) de las actuaciones presumariales iniciadas con denuncia presentada el 17/8/2012 por DD (fs. 10/13) en relación a AA, quien según la denunciante, falleciera estando recluido en el Penal de Libertad el 20/8/1984, “por ahorcamiento”, “a causa de las torturas y el hostigamiento recibido” desde su detención ilegítima, ocurrida el 29/11/1977.

II) Al interponer Reposición y Apelación (fs. 174/185), el Dr. Humberto Teske, cuestionó que el *A quo* haya fundado su sentencia “en la aplicación de normativa nacional e internacional, que a juicio de esta defensa y con el debido respeto no corresponde...por los motivos que se expresarán”:

1) Al derecho penal le corresponde juzgar la conducta del indagado para determinar si cabe en la descripción de alguna figura delictiva, y solo de la conducta voluntaria y consciente contraria a derecho vigente, formal y escrito podrá surgir la atribución de responsabilidad que se busca. 2) Un acertado encuadre de los hechos denunciados implica también tener presente, que dicho contexto abarca de igual manera al indagado “*desde que también para ellos, dado su rango y con prescindencia de las preferencias y apetitos personales, la situación política militar funcional, les venían dadas por las respectivas jerarquías y por la coyuntura histórica*” (TAP 2°, S. 24/2006). 3) Contrariando el deber ser, la consigna en la causa parece ser “fijándose en un Derecho Supranacional, y sin respetar el Derecho Constitucional que es la base del Derecho Penal Uruguayo, sino con este criterio al firman un tratado se puede estar creando un delito que en nuestro país no existe”. 4) No hay más remedio que atenerse a lo más seguro pero injusto, esto es, a la letra de la ley; o atenerse a lo más racional, pero peligroso para el reo, es decir, a su espíritu. Descubrir el objeto de protección suele ser el primer paso para poder aplicar la ley conforme a su sentido y conseguir una recta interpretación de su texto. “En la duda no se debe, por sistema, adoptar siempre la solución más favorable para el inculpado: se debe buscar, investigar la exacta voluntad del autor del texto. El intérprete debe dar a la ley su capacidad máxima de extensión...El límite está fijado por el mismo ordenamiento penal, por eso, se debe evitar las interpretaciones de un texto del cual surgirían consecuencias contrarias a sus principios generales”. 5) “El principio general del que se pretende hacer caudal refiere a plazos procesales, y a impedimentos personales, lo que resulta inaplicable a la imposibilidad de un accionar contrario al derecho vigente. Las causas en cuestión no prosperaron porque el derecho vigente así lo dispuso, y el sometimiento a las normas de derecho de los justiciables; de los ciudadanos todos y del Estado en particular, es un componente básico del Estado de Derecho. Pretender trocar ese natural sometimiento en un “impedimento” que habilite el desconocimiento de las normas de manera retroactiva, implica vulnerar, nada menos, que el Estado de Derecho”. 6) El derecho penal del enemigo se intenta aplicar con todo vigor, pretendiendo igualar y aplicar situaciones que nada tienen que ver a la situación nacional y aplicando al caso normativa internacional que no corresponde. Desde la visión que otorgan los cuarenta y tres años que han pasado desde los hechos y el haber superado las infelices circunstancias de aquellos años, y recuperado el país su tradición democrática, debe valorarse por sobre todo, la defensa irrenunciable del Estado de Derecho y de la Soberanía, y en su honor aceptar, postular y reivindicar la idea que “En un sistema democrático, de raigambre liberal los principios procesales son siempre los mismos, cualquiera que sea el justiciable de turno. En esa, entre otras razones, radica la superioridad ética de dicho sistema político institucional, sobre los de visión transpersonalista” (TAP 2°, S. 24/2006). 7) “La gravedad de los delitos no debe llevar a la disminución de las garantías básicas y la argumentación que ese principio en el plano internacional favorece al opresor, tiene la intrínseca contradicción que ahora el opresor al dejar de serlo para ser juzgado, es tan solo un imputado que el orden constitucional, si se precia de tal, en un respeto a la igualdad en la ley y ante la ley, debe otorgarle las mismas garantías...quienes postulan que ante la ausencia de tipos específicos debe acudir a los que existían en el derecho internacional o fueron concebidas por la costumbre internacional -que afecta la seguridad y la confianza- impactan con la porfiada realidad que en el mismo ámbito internacional no existe uniformidad acerca no solo de los elementos típicos que configuran las diferentes figuras de crímenes internacionales, sino también de las diferentes modalidades de cada figura y esos crímenes...no tienen sanción penal por lo que debería forzarse una solución como sería aplicar un tipo internacional sin pena, en una figura semejante si la hubiera, del derecho nacional en lo que no es otra cosa que la fulminación ipso facto de todas las garantías del proceso penal porque devela de un notable primitivismo jurídico...en nuestro país la realidad no fue diferente hasta que se aprobaron las leyes nacionales con un precepto y una sanción bien posteriores en el tiempo por lo que no

pueden operar retroactivamente... Si no hubiera necesidad de tipificar delitos ni de legislar delitos de lesa humanidad no tendría sentido esa obligación que asumen los Estados como sucedió con la Corte Penal Internacional siempre que se hayan cometido después de la entrada en vigor del Estatuto en el territorio del Estado parte... Ello sin perjuicio de no desconocer que existe una conciencia universal en parte de occidente de respeto a los Derechos Humanos y la subjetividad en el ámbito internacional siendo posible la responsabilidad penal de la persona frente a las normas internacionales... la flexibilidad del principio de legalidad implica una grave restricción a las garantías judiciales que puede ser invocado en honor de lo más elevado como los Derechos individuales de la humanidad como ese sentido - según el poder de turno bien lo sabemos- puede ser invocado para no " (TAP 2°, S. 125/2014). 8) De adoptarse el criterio que propone la Sede, se iría al caos jurídico, en el que los principios de legalidad y de certeza jurídica no existirían, los derechos adquiridos serían una utopía y la aplicación del derecho pasaría a depender no ya del Orden Jurídico vigente, sino del que pueda regir dentro de cuarenta años. Las veleidades del Hombre y sus cambios naturales en el pensamiento y en la distribución de las fuerzas representan un peligro eminente para el Estado de Derecho, que debería mantenerse por sobre las tendencias. El sometimiento a las leyes tanto de los ciudadanos como del propio Estado es un componente fundamental del Estado de Derecho, nunca un impedimento. Y la conculcación de principios básicos del Estado de Derecho como el de legalidad o el de irretroactividad de la ley más gravosa es propia de regímenes totalitarios, inaceptable en nuestro sistema jurídico democrático de raigambre liberal. 7) El Prof. Gonzalo Fernández, en su reciente obra "Cuestiones Actuales de Derecho Penal" ¿Política Criminal o Derecho Penal del Enemigo, pp. 45/47, dice: "Entonces, cuando hoy se alude a la existencia de dos derechos penales paralelos o, mejor aún, a un derecho penal de dos velocidades, la antinomia es claramente entre el modelo del derecho penal del ciudadano versus el modelo del derecho penal del enemigo. Este último sería un derecho de excepción, que pretende tratar al enemigo no como persona, sino directamente como una fuente de peligro y, eventualmente, emplearlo y ejemplificar con él mediante el castigo, tomándolo como un medio de intimidar a los otros... el derecho penal del ciudadano no debería aplicarse a los enemigos -esta es la cuestión axial- que **son los extraños a la comunidad jurídica**". Esto justamente es lo que sucede en los juicios entablados contra los militares, y este expediente no es la excepción sino uno más tramitado bajo ese derecho penal de excepción. 8) Una muestra más de que nos encontramos ante una clara aplicación del *derecho penal del enemigo* se encuentra en algunos pasajes del dictamen de 27/8/2012 del Dr. Pablo Rivas Vignolo a raíz de una denuncia presentada ante el Juzgado Letrado de Pando de 1er. Turno, referida a la denominada "Toma de Pando", donde murió alcanzado por un disparo, un civil (Carlos Burgeño) ajeno al enfrentamiento provocado por el MLN. En dicho dictamen se expresa que los sucesos denunciados no pueden ser alcanzados por las previsiones de la ley N° 18.026, en virtud de que la norma no existía al momento de ocurrencia de los hechos y no puede aplicarse en forma retroactiva, pues ello resultaría en franca vulneración del art. 15 inc. 1° del CP y de los pilares básicos en que se fundan los Principios que rigen el Derecho Penal. Cita además el Pacto de San José de Costa Rica que literalmente expresa: "Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable". 9) El decisor realiza una selección de normas internacionales, omitiendo mencionar el art. 9 del Pacto de San José de Costa Rica ya transcrito y el num. 2 del art. 11 de la Declaración Universal de DDHH ("Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional"). Tampoco menciona el Estatuto de Roma, cuyo art. 24.1 establece: "Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor". Cabe preguntarse entonces: ¿se aplica la normativa internacional solamente para proteger a las "víctimas"? ¿y qué sucede con los derechos y garantías del indagado? ¿y qué sucede con el debido proceso? Es obligación del Juez respetarlos, no poner al derecho internacional por encima del derecho interno, desconociendo la soberanía del Estado uruguayo: "... el derecho penal no es ni puede ser otra cosa que **derecho constitucional aplicado**. No obstante, si observamos con atención el panorama actual de la legislación penal comparada, es virtualmente unívoca la conclusión de que el derecho penal y los sistemas penales viven un proceso de inocultable expansión, un proceso inflacionario de crecimiento desmedido. Están signados por lo coyuntural, por la urgencia de la hora, por la razón de la emergencia y la excepcionalidad. He ahí el nuevo paradigma penal de la razón de Estado afectada por la urticaria de la eficiencia punitiva, por el desafío de la seguridad ciudadana, que nos lleva -inexorablemente- a la disminución de las garantías y a la flexibilización inaudita de principios seculares, diseñados otrora por el liberalismo penal" (Gonzalo Fernández, "Cuestiones Actuales de Derecho Penal ¿Política Criminal o Derecho Penal del Enemigo?, p. 44). En el mismo libro, el autor en "El Paradigma Neo-punitivista en el Derecho Internacional" (p. 80/81) manifiesta en cuanto al problema que plantea el expansionismo del Poder Penal Internacional, que "La más elemental racionalidad de la teoría penal pone de relieve el riesgo de desborde permanente del poder punitivo y aconseja un uso reductor de la dogmática jurídica, derivado de la teoría agnóstica de la pena, para contener el iuspuniendi y acotado a un recurso de extrema ratio dentro de la praxis social, reservado solamente para intervenir en los más graves conflictos de la vida comunitaria... **el neopunitivismo internacional parece estar ganándonos la partida**" (pp. 84/85, subrayado por la Defensa). 10) Cualquiera sea el resultado de la investigación, ningún delito calificado como de lesa humanidad puede surgir de hechos que tuvieron lugar cuando éstos aún no estaban consagrados ni en el Derecho interno, ni en el Derecho Internacional que omitió la correspondiente tipificación. Cualquier otra solución colide con los principios de legalidad, seguridad jurídica, irretroactividad de la ley penal. Su aceptación implicaría lo manifestado por el Prof. Gonzalo Fernández cuando expresa: "Es que al enemigo no se lo considera con el status de persona, pues se presume que en forma duradera él ha abandonado el derecho y no garantiza un mínimo cognitivo de seguridad de su comportamiento individual. Ante ello, no cabría otra alternativa -según se argumenta- que excluirlo de la comunidad siguiendo otras reglas, distintas a las reglas propias del derecho penal del Estado de derecho, disponibles sólo para el ciudadano". Y citando a Albin Eser: "El que los enemigos no sean considerados como personas es una consideración que ya ha conducido alguna vez a la negación del Estado de Derecho" (ob. cit., pp. 46 y 51). El tema ha merecido un pronunciamiento de la SCJ en el sentido que se postula: "En definitiva, los artículos 2 y 3 de la Ley N° 18.831, al establecer el primero que no se computarán

plazos de prescripción ya transcurridos y el segundo al disponer, en forma retroactiva, que a la naturaleza original del tipo penal se adicionará el carácter de <crímenes de lesa humanidad>, provocando como consecuencia su imposibilidad de extinción, vulneran ostensiblemente el principio de irretroactividad de la ley penal más gravosa y con ello los principios y reglas constitucionales recogidos en los artículos 10 y 72 de la Constitución...” (Sent. N° 20/2013). 11) En autos “Lettier Amado, Waldermar Horacio. Denuncia” tramitados ante Juzgado Letrado de Las Piedras de 1er. T., recayó Sent. 854/2015, donde la Magistrada actuante resolvió que los hechos denunciados estaban prescriptos, porque “La jerarquía formal significa que la única fuente de producción de la Ley penal en el sistema patrio, son los órganos constitucionalmente habilitados, y la única Ley penal, es la Ley formal de ellos emanada, conforme al procedimiento establecido por la propia Constitución. Esta solución no admite que la doctrina, la jurisprudencia o la costumbre nacional o internacional, puedan habilitar el poder punitivo del Estado. El principio de legalidad es, pues, granítico: *nullum crimen, nulla poena sine previa lege poneale*: esta es la base del Derecho Penal garantizador y garantista. No admite la aplicación retroactiva de ninguna norma penal, salvo el principio de benignidad y, además expresamente consagrado, como se ha visto, en el Código Penal...Al respecto resultan perfectamente trasladables los conceptos indicados por la Corte en Sent. No. 1.501/2011 donde indica que <...los delitos cometidos durante la dictadura no constituyen delitos de lesa humanidad>. Sosteniendo más adelante que los llamados <crímenes de lesa humanidad> han transitado por una evolución legislativa que se inició con la aprobación de la Convención sobre imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad adoptada en la Asamblea General de las Naciones Unidas el 26/11/1968 (Ley 17.437 de 13/04/2011), posteriormente por Ley No. 17.510 se aprobó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Ley promulgada el 27/06/2013) por la Ley No. se establecieron varios crímenes considerados de Lesa Humanidad consagrándose su imprescriptibilidad en el art. 7...” 11) En sentencias de la SCJ 229 y 259/2016, el Dr. Jorge Chediak expresa: “hacer lugar a la defensa de prescripción opuesta por los enjuiciados...”, convocando Sent. 364/2014 de TAP 2°, que dice: “...las normas jurídicas y los principios generales del derecho operaron y, siendo así, lo que prescribió en materia criminal se extinguió por inacción consciente y voluntaria, aún descontando el plazo de suspensión genérica (dictadura militar)...La conclusión es que el ejercicio del derecho que se posee es una carga de su titular y, si se quiere impedir la extinción del mismo, en este caso los soportes del Estado, debieron y dispusieron de la posibilidad de remover el obstáculo revocando la inclusión en la ley (Poder Ejecutivo) para accionar ante los Tribunales (Ministerio Público) o derogar o modificar la propia Ley (Poder Legislativo), por tanto, si no lo hicieron en algunos asuntos perjudicaron el imperativo de su propio interés. Por tanto, no es posible perjudicar la seguridad jurídica general del Estado de Derecho, **adoptando soluciones en perjuicio del reo y violentando el régimen penal liberal por una inacción del propio Estado, ya que en definitiva se actuó dentro de la legalidad vigente ya sea en un sentido o en otro y, si luego, se desconoce lo actuado se afectan derechos adquiridos en violación a preceptos constitucionales y se deteriora el Estado de Derecho**”. 16) De la misma forma “el Julio Olivera Negrín en Sentencia No. 538 de fecha 8 de diciembre de 2015 revocó la resolución No. 2309 de 1° de setiembre de 2014 <...Y EN SU MÉRITO, EN CUANTO A LA SITUACIÓN DE CARLOS GUIANZE ALTESOR DECLARO QUE OPERÓ LA PRESCRIPCIÓN DE CUALQUIERE EVENTUAL DELITO QUE PUDIERA HABER EXISTIDO, DISPONIENDO LA CLAUSURA...” 17) Al Tribunal de Nüremberg y al Tribunal Militar para Extremo Oriente (de Tokio), se les objetó ser una jurisdicción de los vencedores, que violentan el Principio de Igualdad (Derecho Internacional Público, Tomo 2, Eduardo Jiménez de Aréchaga, Heber Arbuét-Vignali y Roberto Puceiro Ripoll, pp. 332/333). El Defensor concluyó diciendo: “En esta causa como en todas, habrá de honrarse el Estado de Derecho, y ello implica honrar los principios que lo informan, respetando las leyes vigentes en cada momento, y considerando a los indagados únicamente desde el punto de vista de su conducta personal, inmersos en un régimen de facto que alcanzó a todos por igual.”

**IV)** Al evacuar el traslado conferido (fs. 186/186 vto.), el M. Público contestó que “por distintos fundamentos arriba a la misma conclusión que el Sr. Juez”, bajo el entendido que éste “esgrime fundamentos de orden sustancial, en tanto esta Representante, esgrime argumentos de carácter procesal”. En la presente causa -dijo- existen varios indagados, a los que en esta etapa no se les ha podido tipificar delito alguno, ya que nos encontramos en una etapa de investigación. Aceptar o no la prescripción de un delito sería adelantarse en la atribución de responsabilidades: “Podríamos prescribir genéricamente cualquier conducta ilícita que eventualmente hubieran podido cometer los indagados? Si sucediera esto, no existiría certeza jurídica, lo que afectaría el debido proceso”, concluyó.

**V)** Por Res. 2833/2017 (fs. 192/194) el A quo desestimó fundadamente el recurso de Reposición.

Al respecto, entendió que los argumentos de la Defensa -algunos de los cuales exceden el objeto del pronunciamiento, dijo- no lograron conmover la decisión atacada: “En efecto, la Defensa soslaya que el fundamento jurídico de la recurrida tiene sostén en principios de raigambre constitucional que, lejos de enervar, reafirman los conceptos de Soberanía, Estado Constitucional de Derecho y Sistema de Derechos Humanos; y que es a partir de las normas constitucionales invocadas en la recurrida...que se establecen las definiciones de delitos de lesa humanidad e imprescriptibilidad...tales criterios tan solo imponen la continuación de la investigación en curso y no necesariamente -como sugiere la Defensa- la afirmación en esta etapa de la existencia de un delito concreto y la atribución de responsabilidad a su defendido”. Y franqueó la Alzada, a la que otorgó implícitamente efecto suspensivo, al ordenarse la elevación de las actuaciones (y no del testimonio pertinente).

**VI)** Elevados los autos a la Sala Homóloga de Tercer Turno, por mandato verbal, ésta declinó competencia y ordenó su devolución, y recibidos en esta Sala, se citó para sentencia, cuyo dictado se acordó en legal forma (fs. 200 y ss.).

## **CONSIDERANDO**

I) La Sala, por unanimidad, confirmará la recurrida por compartir sus fundamentos y los que dirá (*iura novit curia*).

II) Está fuera de debate y es criterio consolidado de la materia, que para la eventual prescripción de cualquier delito que pudiere corresponder, no sería computable el período de facto, por aplicación de un principio general de derecho: *“En lo que tiene que ver con el período de interrupción de los derechos y garantías de los justiciables, es evidente que no puede correr término alguno a los mismos, si es manifiesto que existía una imposibilidad material de su ejercicio”*.

*“En el caso, el titular de la acción penal es el Ministerio Público, pero, obviamente, no se aprecia cómo el mismo podría ejercerla libremente”*.

*“Más allá de la situación de quien correspondiera juzgar el caso, la médula está en el actor, y si el mismo no contaba con la posibilidad de ejercer su poder deber, no le corrió plazo”*.

*“Por lo tanto, resulta contrario a la lógica natural de los hechos, que un funcionario público, dependiente del Ministerio de Educación y Cultura, por más que contara con independencia técnica, pudiera llevar adelante una acción tendiente a la investigación de este tipo de asuntos”*.

*“Por tal razón, el titular de la acción penal estuvo impedido con justa causa, de promover y ventilar este caso, en esas circunstancias”* (TAP 2°, Sent. N° 263 de 26/8/2010).

En igual sentido: *“...la suspensión o interrupción (de la prescripción penal) sólo se puede fundar en alguna condición que imposibilita al Estado tomar tal iniciativa. Por ejemplo, la ruptura del orden constitucional”* (Binder, Justicia Penal y Estado de Derecho, Ad-Hoc, Bs. Aires, 2004, pp. 132/133).

El art. 2° de la Ley 18.596 excluye toda posible discusión respecto a la degradación del Estado de Derecho incluso antes del 26/6/1973: *“Se reconoce la responsabilidad del Estado uruguayo en la realización de prácticas sistemáticas de tortura, desaparición forzada y prisión sin intervención del Poder Judicial, homicidios, aniquilación de personas en su integridad psicofísica, exilio político o destierro de la vida social, en el período comprendido desde el 13 de junio de 1968 hasta el 26 de junio de 1973, marcado por la aplicación sistemática de las Medidas Prontas de Seguridad e inspirado en el marco ideológico de la Doctrina de la Seguridad Nacional”* (art. 2°).

A su vez, la terminología de la norma evoca una categoría preexistente a la misma (y a otras leyes de igual inspiración), la de los delitos o crímenes de lesa humanidad, por cuya gravedad -entre otros fundamentos- las Naciones Unidas, el 26/11/1968, acordaron excluirlos de la prescripción penal ordinaria (Convención Internacional sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad, art. 1°). Son *“...generalmente practicados por las mismas agencias de poder punitivo operando fuera del control del derecho penal, es decir, huyendo al control y a la contención jurídica. Las desapariciones forzadas de personas en nuestro país las cometieron fuerzas de seguridad o fuerzas armadas operando en función judicial; los peores crímenes nazis los cometió la Gestapo (Geheimnis Staatspolizei o policía secreta del Estado); la KGB estalinista era un cuerpo policial. No es muy razonable la pretensión de legitimar el poder genocida mediante un ejercicio limitado del mismo poder con supuesto efecto preventivo...”* (Suprema Corte de la Nación Argentina, *Arancibia Clavel*, citada por la Sala, Sent. 4/2014).

Conceptualmente, los delitos de lesa humanidad o crímenes contra la humanidad (art. 2 del CP, según redacción dada por el art. 1° de la Ley 18.026), son conductas violentas generalizadas y **sistemáticas de una organización estatal o para estatal**, en perjuicio de una población civil o sector de la misma, **que vulneran derechos anteriores al Estado, que no éste puede suprimir ni evitar su tutela transnacional**.

Habitualmente “comprende la posibilidad del dictado de normas jurídicas que aseguran o pretenden asegurar la impunidad” (Lorenzetti-Kraut, Derechos humanos: justicia y reparación, Editorial Sudamericana, Bs. Aires, 2011, p. 32).

Se caracterizan por agravar no sólo a las víctimas y sus comunidades, sino a todos los seres humanos, porque lesionan el núcleo de humanidad. Son *“crímenes internacionales cometidos por grupos políticamente organizados que actúan bajo un color político, consistentes en los más graves y abominables actos de violencia y persecución, y cometidos sobre víctimas en razón de su pertenencia a una población o grupo más que por sus características individuales”*; *“su criminalidad anula la soberanía estatal”*, lo que impide acudir a ese *“fetichismo”* invocado desde los juicios de Nüremberg (Luban, Una teoría de los crímenes contra la humanidad, Traducción del original: *A theory of crimes against humanity*, publicado en Yale Journal of International Law (29 Yale J. Int'l L 85) por Ezequiel Malarino y Marisa Vázquez, disponible en internet: <http://postgradofadercs.uncoma.edu.ar>, pp. 25 y 12).

A pesar de que puedan cometerse en tiempo de guerra, *“...en general son el producto del establecimiento de un estado totalitario que se propone el exterminio de sus opositores...en muchos casos, se invoca una norma que*

los respalda. Este contexto tan particular hace extremadamente difícil que se persiga penalmente a sus autores mientras están en el poder y que solo sea posible hacerlo cuando dejan de detentarlo... (cuando) la acción penal puede haberse extinguido por... prescripción.... Los problemas que suscita esta categoría "... pueden ser abordados desde la dogmática penal, pero también desde la filosofía general, la filosofía del derecho, la teoría legal, la sociología, el derecho constitucional, la teoría de los derechos humanos, el derecho internacional de los derechos humanos" (Lorenzetti-Kraut, ob. cit., pp. 22/23).

En cuanto al requisito de ley previa y escrita, en el caso de los guardianes del muro (*Streletz, Kessler y Krenz vs. Alemania*) los imputados invocaron que dada la realidad de la RDA, sus condenas por tribunales alemanes habían sido por conductas a entonces imposibles de prever. La Corte Europea DDHH rechazó esa argumentación en base a la existencia de principios básicos de derechos humanos claramente reconocidos y reconocibles, que obstaba invocar la aplicación retroactiva de la ley y la violación del principio de legalidad, amén que "... la amplia separación existente entre la legislación de la RDA y su práctica fue, en gran parte, la obra de los propios peticionarios". Por la posición que ocupaban en el aparato estatal, no podían haber sido ignorantes de la Constitución y la legislación de la RDA o de sus obligaciones supranacionales y de las críticas internacionalmente formuladas acerca de su régimen de policía de frontera. En la orden de disparar impartida a los guardias, habían insistido en la necesidad de proteger las fronteras de la RDA "a cualquier precio" y "de arrasar a los violadores de frontera" o "aniquilarlos". Agregó que "una práctica estatal como la política de policía de frontera de la RDA, que viola flagrantemente los derechos humanos y sobre todo el derecho a la vida, valor supremo en la jerarquía internacional no puede ser descripta como "derecho" en el sentido del art. 7° de la Convención" Europea de Derechos Humanos, que dice:

### **No hay pena sin ley**

1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida.

2. El presente artículo no impedirá el juicio o la condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocido por las naciones civilizadas.

III) También la Sala tiene relevado (Sents. N°s 84, 101, 313/2013, 2, 10, 275/2014, etc.) que la Ley de Caducidad fue efectiva e ilegítimamente, un obstáculo para la persecución criminal en casos como los eventualmente convocados en la presente pieza. La Ley N° 18.831 de 27/10/2011, en su art. 1°, "... restablece el pleno ejercicio de la pretensión punitiva del Estado para los delitos cometidos en aplicación del terrorismo de Estado hasta el 1° de marzo de 1985, comprendidos en el artículo 1° de la [Ley N° 15.848](#), de 22 de diciembre de 1986".

Si el Parlamento decidió necesario declarar restablecido el "pleno ejercicio" de la pretensión punitiva, es obligado inferir que a pesar de la restauración democrática, tampoco el titular de la acción pública quedó en plenas condiciones de perseguir los delitos encapsulados por la Ley de Caducidad, declarada inconstitucional por la SCJ (Sent. 365/2009), en proceso (Sabalsagaray) donde PE y PL, no en balde, se allanaron.

El 30/6/2011 recayó decreto del PE que al revocar todos los actos administrativos y mensajes emanados del mismo, en aplicación del art. 3° de la ley citada, la convirtió en un "*monumento testimonial en ruinas*" o "*una ventana que no tiene vidrios...*" (Galain, La justicia de transición en Uruguay... Rev. de Der. 06/2011, KAS-UCUDAL, p. 140, nota n° 118).

Y el 21/3/2012, en cumplimiento del fallo *Gelman* (Corte IDH), el Estado, representado por las máximas jerarquías de sus tres Poderes, al admitir formal, pública y expresamente su responsabilidad, asumió la falta de un recurso efectivo para las víctimas, así como la ausencia de posibilidades de ejercicio pleno de la acción penal; todo ello, en mérito a la Ley 15.848.

O sea: si la prescripción del delito supone "*el transcurso de un plazo determinado tras la comisión de un delito, sin que éste sea juzgado*" (Mir Puig, Derecho Penal, 2007, p. 750), ella no se configura respecto de ciertos delitos que -sin dejar de serlo- simplemente no pudieron perseguirse porque precisamente, fue para impedirlo que se aprobó una ley donde primó la "*lógica de los hechos*" sobre la Constitución.

Así lo reconoce la señora Sent. de la SCJ N° 365/2009 (Chediak -r-, Van Rompaey, Ruibal, Larrieux, Gutiérrez -d- parcial) cuando dice: "... Con respecto a que las normas impugnadas transgreden 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... las normas atacadas excluyeron del aparato sancionatorio del Estado a sujetos que, para ello, no necesitaron ser juzgados por el Poder de gobierno que tiene a su cargo la función soberana de aplicar las penas... las normas atacadas excluyeron de la órbita del Poder Judicial el juzgamiento de conductas con apariencia delictiva, lo cual transgredió el principio de separación de poderes y afectó muy seriamente las garantías que el ordenamiento constitucional puso en manos de aquél... A modo de síntesis, la ilegitimidad de una Ley de amnistía dictada en beneficio de funcionarios militares y policiales que cometieron delitos de esta naturaleza, gozando de impunidad durante regímenes de facto, ha sido declarada por órganos jurisdiccionales, tanto de la

**comunidad internacional como de los Estados que pasaron por procesos similares al vivido por el Uruguay en la misma época. Tales pronunciamientos, por la similitud con la cuestión analizada y por la relevancia que han tenido, no podrían soslayarse en el examen de constitucionalidad de la Ley No. 15.848 y han sido tenidos en cuenta por la Corporación...**

En suma, es hecho notorio que luego de reinstalada la Democracia (1985) la Ley de Caducidad, en efecto, constituyó un impedimento (*inconstitucional, ilegítimo*) para la persecución de los delitos que recién (y no sin dificultades) pudieron ser investigados décadas después de la época de comisión:

**“... la Corte, por unanimidad, estima que no operó la prescripción de los delitos que, en base a la imputación provisoria efectuada en esta etapa, se investigan en autos.**

“Ello, porque es cuestión zanjada por la jurisprudencia (sentencia N° 1501/2011 de la Suprema Corte de Justicia) que no es computable el período del régimen de facto para calcular el plazo de prescripción de la acción penal, ya que durante ese tiempo su titular estuvo impedido de promover las investigaciones correspondientes.

“Asimismo, para el caso concreto, tampoco cabe computar para determinar el “dies a quo” de la prescripción el período de vigencia de la ley de caducidad de la pretensión punitiva del Estado (ley 15.848).

“En tal sentido, cabe partir de la interpretación de las normas contenidas en los arts. 117 a 125 del Código Penal para determinar si la prescripción prevista en ellos afecta a la norma sustantiva que determina el delito o a la adjetiva, es decir, a la acción para hacer valer en juicio las normas sustantivas.

“Los referidos artículos se encuentran en el Título VIII, Capítulo I del Código Penal, bajo el “nomen iuris”: “De la extinción de los delitos”, lo que haría pensar, “prima facie”, que la prescripción, como instituto extintivo, provocaría la eliminación del delito y no solamente la de la acción.

**“Pese a que el legislador utilizó en forma indistinta dos expresiones que no son sinónimas -“extinción” y “prescripción” del delito-, lo cierto es que en todos los casos el Código Penal está regulando materia procesal, esto es, la prescripción de la acción penal, lo que surge, sin hesitaciones, de la simple lectura del art. 120 y se infiere, sin mayor esfuerzo, de los arts. 121 y 122 del mismo cuerpo normativo.**

**“Por lo tanto, tratándose de prescripción de la acción penal y no de extinción del delito, son de aplicación las normas procesales que regulan los plazos en la materia.**

En efecto, el art. 120 del Código Penal establece, bajo el rótulo: “De la interrupción de la prescripción por actos de procedimiento”, lo siguiente: “El término de la acción penal se interrumpe por la orden judicial de arresto, empezando a correr de nuevo, desde que el proceso se paraliza.

“En los delitos en que no procede el arresto, el término se interrumpe por la simple interposición de la denuncia”.

“Esta norma debe compatibilizarse con la contenida en el art. 122 del mismo cuerpo legal, que establece: “La prescripción no se suspende salvo en los casos en que la ley hiciera depender la iniciación de la acción penal o la continuación del juicio, de la terminación de otro juicio civil, comercial o administrativo”.

“Si bien, “prima facie”, parecería que el principio en materia procesal penal sería que la prescripción de la acción penal admite los excepcionales motivos de suspensión regulados a texto expreso en el art. 122 del Código Penal, también es cierto que el C.P.P. ¿norma adjetiva penal? es posterior en el tiempo y admite su integración con otras normas del ordenamiento jurídico, en especial, aquellas atinentes al proceso civil.

“En este aspecto, el art. 87 del C.P.P. es claro al establecer que: “La iniciación, suspensión, interrupción, término y cómputo del tiempo en que puedan o deban producirse los actos del proceso penal se regularán, en lo pertinente, por las normas del proceso civil”, sin perjuicio de que, aun cuando no existiera este artículo, se podría llegar a la misma conclusión en virtud de la norma de integración contenida en el art. 6 del C.P.P.

**“En su mérito, el art. 122 del Código Penal debe ser complementado con el art. 87 del C.P.P. y, por esta vía, recurrir a las normas contenidas en los arts. 92 a 99 del C.G.P. para determinar las causales de suspensión de los plazos procesales.**

**“Por ende, el principio de suspensión de los plazos contenido en el art. 98 del C.G.P. es plenamente aplicable al proceso penal y, en especial, al plazo de prescripción de la acción penal.**

“Ahora bien, en virtud de tales argumentos, corresponde analizar si el dictado y la posterior vigencia de la ley 15.848 configura una causal de suspensión del cómputo del plazo de prescripción de la acción penal.

“Siguiendo a Vescovi y a sus colaboradores en el Código General del Proceso, Anotado, comentado y concordado, Tomo 2, págs. 376 y 377, corresponde señalar que: “Nuestra legislación admite (...) el principio general de suspensión de los plazos en caso de impedimento por justa causa, desde que éste comienza y hasta que cesa.

“La admisión se realiza con carácter sumamente restrictivo, ya que no cualquier razón o circunstancia constituye causa o fundamento „justo? de impedimento, en la terminología legal, sino sólo aquellas hipótesis que configuren fuerza mayor o caso fortuito (...). “Por fuerza mayor? ha de entenderse aquella que inhibe u obstaculiza totalmente la voluntad de la parte de realizar el acto, de carácter imprevisto e irresistible. La doctrina por lo general sostiene que caso fortuito y fuerza mayor constituyen expresiones equivalentes, y que pese a la falta de definición legal, ambas refieren a hechos cuya nota principal es la irresistibilidad (ya que niega autonomía a la imprevisibilidad frente a aquella). Esa nota de irresistibilidad coloca al sujeto en una situación de imposibilidad absoluta de realizar el acto, es decir, no se trata de una mera dificultad, sino de un obstáculo insuperable para la voluntad humana. Esa imposibilidad, en materia procesal, puede ser objetiva (en iguales circunstancias ningún sujeto hubiera podido resistir la fuerza contraria; refiere fundamentalmente al objeto del acto) o subjetiva (ese sujeto en especial vio obstaculizada de modo insuperable su voluntad)”.

“En virtud de tales fundamentos, cabe sostener que **la vigencia de la ley de caducidad de la pretensión punitiva del Estado significó un claro obstáculo insuperable (irresistible) para el ejercicio de la acción penal por parte de su titular, el Ministerio Público.**

“No puede compararse con el recurrente que existieron medios idóneos para investigar la comisión de los delitos perpetrados durante la dictadura cívico militar, ya que el ámbito preciso para la investigación, resolución, imputación y reproche a los responsables de hechos de naturaleza delictiva es, únicamente, la justicia penal que funciona en la órbita del Poder Judicial. A tales efectos, no resulta útil la serie de institutos a los que, según el impugnante, se podría haber acudido durante la vigencia de la ley 15.848 (organismos internacionales, recursos administrativos ante el Poder Ejecutivo por la inclusión de la causa en la mencionada ley, etc.). Lo único cierto es que, durante la vigencia de la ley de caducidad, el Ministerio Público se vio impedido de ejercer su poder-deber de acción, situación jurídica procesal que debemos diferenciar bien de aquella en la que se encuentran los restantes sujetos procesales que detentan el derecho o la potestad de accionar en otras materias.

“Los delitos objeto de investigación e imputación provisoria en autos son reatos que no requieren la instancia del ofendido, razón por la cual el Ministerio Público se encontraba, ante el conocimiento de éstos, en situación de poder-deber de llevar adelante la correspondiente acción penal, **mandato legal que no pudo cumplir mientras existió el obstáculo que significaba para el cumplimiento de sus funciones la vigencia de la ley 15.848** para el caso concreto...existió otro acto que permitió remover el referido obstáculo, que es de carácter general y para todos los casos que no habían obtenido una sentencia de declaración de inconstitucionalidad de la ley de caducidad. Dicho acto es el decreto del Poder Ejecutivo del 30 de junio de 2011, por el que se revocaron todos los actos administrativos y mensajes emanados de ese Poder que habían incluido casos dentro de los supuestos contemplados en la ley 15.848. No obstante, como no es esta la hipótesis de autos, no corresponde su aplicación” (SCJ, Sent. N° 935/2015 de 29/7/2015, Hounie -r-, Larrioux, Pérez Manrique).

En igual sentido: “...ante la inexistencia de un Estado de Derecho pleno, donde un poder -el Ejecutivo- somete al otro -el judicial- los justiciables no encuentran, en este último, la garantía de ser recibidas y consideradas sus denuncias.

“Esta situación hace a la existencia de un impedimento absoluto, insoslayable, que provoca a su vez la interrupción de cualquier proceso de prescripción.

“Esto es, cuando se ha negado conocer la verdad de aquellos hechos denunciados, el poder judicial no actuó, y esa omisión lo fue por la acción del ejecutivo, basada en una ley inconstitucional y violatoria de los tratados suscriptos por la República” (Fagúndez, Sobre la prescripción de los delitos cometidos bajo la impunidad que otorga el terrorismo de Estado, RDP, N° 21, p. 145).

Lo mismo había señalado reiteradamente el sistema interamericano de derechos humanos, como recordara la Corte IDH en Gelman: “...el Comité de Derechos Humanos también se pronunció al respecto en el procedimiento de peticiones individuales y en sus informes sobre países. En el Caso Hugo Rodríguez vs. Uruguay señaló que no puede aceptar la postura de un Estado de no estar obligado a investigar violaciones a derechos humanos cometidas durante un régimen anterior en virtud de una ley de amnistía y reafirmó que **las amnistías para violaciones graves a los derechos humanos son incompatibles con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**, indicando que las mismas contribuyen a crear una atmósfera de impunidad que puede socavar el orden democrático y dar lugar a otras graves violaciones de los derechos humanos”.

“...El Comité también se refirió a la Ley de Caducidad en ocasión de sus observaciones finales realizadas en los años 1993 y 1998. En esas observaciones el Comité señaló que la Ley de Caducidad violaba los artículos 2-3 (derecho a un recurso efectivo a todas las víctimas de violaciones a los derechos humanos), el artículo 7 (tratamiento cruel de las familias de las víctimas) y el artículo 16 (reconocimiento de la personalidad jurídica) del Pacto. También recomendó al Estado uruguayo tomar las medidas legislativas necesarias para corregir los efectos de la ley de Caducidad y asegurar que las víctimas de dichas violaciones tengan acceso a un recurso útil y efectivo ante las instancias jurisdiccionales nacionales” (apartados 206 y 207; de la Sala, Sents.101/2013 y 313/2013).

Cuestionar que la Ley N° 15.848 obstaculizó -en mayor o menor medida, por décadas, ilegítimamente, al arbitrio

del PE, la averiguación judicial de los delitos cometidos durante la dictadura y su enjuiciamiento, es desconocer un antecedente necesario nacional (*Sabalsagaray*) e internacional (*Gelman*).

Las excusas de orden interno fueron rotundamente descartadas por la SCJ en *Sabalsagaray* y en *Organización de los DDHH*: “...no puede ahora invocarse la teoría clásica de la soberanía para defender la potestad estatal de limitar la protección jurídica de los derechos humanos...ya no se puede partir de una potestad soberana ilimitada para el Estado en su rol de constituyente...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 especiales 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...”

IV) En otro orden, este Colegiado no encuentra argumento alguno de peso para dejar de revalidar lo dicho ya tantas veces, al desestimar impugnaciones semejantes: “A idéntica solución confirmatoria se arriba por: a) acatamiento de la sentencia de la Corte IDH en DD c/Uruguay (apartado 194: “La Justicia, para ser tal, debe ser oportuna y lograr el efecto útil que se desea o se espera con su accionar y, particularmente tratándose de un caso de graves violaciones de derechos humanos, debe primar un principio de efectividad en la investigación de los hechos y determinación y en su caso sanción de los responsables”) como la Corte Suprema de Justicia Argentina en el caso *Bulacio*: “EE es un funcionario policial argentino imputado de haber dado muerte, en 1988, por apremios en una dependencia policial, al joven FF”.

“Todas las instancias judiciales argentinas (incluida la Corte Suprema federal) concluyeron en que la causa estaba legalmente prescrita (por cuanto no encontraron que la tortura y el homicidio padecido por FF fuesen parte de una práctica sistemática y por ende subsumible en el estatuto de los delitos de lesa humanidad, por ello imprescriptibles) y así lo declararon”.

“La Corte Interamericana de Derechos Humanos, empero, encontró internacionalmente responsable a la República Argentina y la condenó a instruir la investigación, juzgar y, eventualmente, sancionar a los responsables”.

“Llegado el caso nuevamente a la Corte Suprema argentina, ésta consignó que, paradójicamente, el fallo supranacional entrañaba agravio a varios derechos fundamentales del reo, en directa contravención al propio Pacto de San José de Costa Rica. Pero, no obstante, entendió que la obligación de acatarlo se debía imponer definitivamente y ordenó entonces la continuación del proceso. Dijo textualmente la Corte Suprema de Justicia de la Nación: <Que, en cambio, el fallo de la Corte Interamericana soluciona la colisión entre los derechos del imputado a una defensa amplia y a la decisión del proceso en un plazo razonable -íntimamente vinculado con la prescripción de la acción penal como uno de los instrumentos idóneos para hacer valer ese derecho...se plantea la paradoja de que sólo es posible cumplir con los deberes impuestos al Estado argentino por la jurisdicción internacional en materia de derechos humanos restringiendo fuertemente los derechos de defensa y a un pronunciamiento en un plazo razonable, garantizados al imputado por la Convención Americana. Dado que tales restricciones, empero, fueron dispuestas por el propio tribunal internacional a cargo de asegurar el efectivo cumplimiento de los derechos reconocidos por dicha Convención, a pesar de las reservas señaladas, es deber de esta Corte, como parte del Estado argentino, darle cumplimiento en el marco de su potestad jurisdiccional...> (*Petracchi y Zaffaroni*)” (*Ochs, El fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Gelman contra Uruguay, Estudios Jurídicos...UCUDUAL, N° 9/2011, p. 104*).

“b) O mediante ejercicio por la Sala del control de convencionalidad impuesto por la Corte IDH a todos los jueces uruguayos (*Gelman*, apartado N° 193): “Cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.

“Dicho control de convencionalidad es admitido -bien que paulatinamente- desde hace tiempo- en Argentina, Chile, Perú, Colombia, etc. Así por ejemplo: “En seguimiento de lo dictaminado por la Corte Interamericana, la Corte Suprema de Argentina ha sido enfática y consistente en establecer el deber del Estado de prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos. Es relevante la actuación de la Corte Suprema cuando el 24 de agosto de 2004 resolvió el recurso de hecho deducido por el Estado argentino y el gobierno de Chile en la causa seguida en el caso de GG, a quien en primera instancia se responsabilizó entre otros crímenes, por el asesinato en Buenos Aires del general HH y su esposa, para que luego la Cámara de Casación cuestionara el tipo penal aplicado para la condena y determinara que la acción penal había prescrito. La Corte Suprema, con base en los actos criminales atribuidos a GG y probados en el proceso (homicidios, torturas y tormentos y desaparición forzada de personas), determinó que <en función de los principios que emanan de la



jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos> no eran aplicables las normas ordinarias de prescripción. El máximo tribunal argentino reafirmó los principios fundamentales del deber de garantía establecidos por la Corte Interamericana citando in extenso la sentencia del caso *II vs. Honduras*. La Corte Suprema expresa muy claramente el enfoque de que la imprescriptibilidad emerge ante todo de que los crímenes contra la humanidad son <generalmente practicados por las mismas agencias de poder punitivo operando fuera del control del derecho penal, es decir, huyendo al control y a la contención jurídica> Y que teniendo en cuenta que las desapariciones forzadas de personas las cometieron en Argentina <fuerzas de seguridad o fuerzas armadas operando en función judicial> no puede <sostenerse razonablemente que sea menester garantizar la extinción de la acción penal por el paso de tiempo en crímenes de esta naturaleza> Basándose explícitamente en decisiones de la Corte Interamericana, concluyó la Corte Suprema en este caso: "...la aplicación de las disposiciones de derecho interno sobre prescripción constituye una violación del deber del Estado de perseguir y sancionar, y consecuentemente, compromete su responsabilidad internacional" (Diego García Sayán, *Justicia interamericana y tribunales nacionales*, Anuario de Derecho. Constitucional Latinoamericano, Konrad Adenauer, 2008, pp. 387/388)" (de la Sala, Sent. N° 313 de 24/9/2013).

Como se tuvo presente luego (Sent. N° 4/2014), "En *JJ y otros vs. Chile*, la Corte IHD declaró: "...por constituir un crimen de lesa humanidad, el delito cometido en contra del señor Almonacid Arellano, además de ser inamnistiable, es imprescriptible. Como se señaló en los párrafos 105 y 106 de esta Sentencia, los crímenes de lesa humanidad van más allá de lo tolerable por la comunidad internacional y ofenden a la humanidad toda. El daño que tales crímenes ocasionan permanece vigente para la sociedad nacional y para la comunidad internacional, las que exigen la investigación y el castigo de los responsables. En este sentido, la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad claramente afirmó que tales ilícitos internacionales "son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido...Aún cuando Chile no ha ratificado dicha Convención, esta Corte considera que la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad surge como categoría de norma de Derecho Internacional General (*ius cogens*), que no nace con tal Convención sino que está reconocida en ella. Consecuentemente, Chile no puede dejar de cumplir esta norma imperativa". Y señaló posteriormente en el párrafo 106: "Al ser el individuo y la humanidad las víctimas de todo crimen de lesa humanidad, la Asamblea General de las Naciones desde 1946 ha sostenido que los responsables de tales actos deben ser sancionados. Resaltan al respecto las Resoluciones 2583 (XXIV) de 1969 y 3074 (XXVIII) de 1973. En la primera, la Asamblea General sostuvo que la "investigación rigurosa" de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, así como la sanción de sus responsables, "son un elemento importante para prevenir esos crímenes y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales, y para fomentar la confianza, estimular la cooperación entre pueblos y contribuir a la paz y la seguridad internacionales". En la segunda Resolución, la Asamblea general afirmó: Los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, dondequiera que sea la fecha en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existan pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas. [...] Los Estados no adoptarán medidas legislativas ni tomarán medidas de otra índole que puedan menoscabar las obligaciones internacionales que hayan contraído con respecto a la identificación, la detención, la extradición y el castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad".

"En ese mismo sentido se pronunció con anterioridad la Corte Europea DDHH (caso *Kolk y Kislyiy v. Estonia*): <la Corte observa que **la validez universal de los principios sobre los crímenes de lesa humanidad fueron confirmados subsiguientemente por, inter alia, la Resolución No. 95 de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (11 de diciembre de 1946) y luego por la Comisión de Derecho Internacional. Por consiguiente, la responsabilidad por crímenes de lesa humanidad no puede ser limitada únicamente a nacionales de algunos países y únicamente a actos cometidos en el marco temporal de la Segunda Guerra Mundial** ...La Corte observa que aun cuando los actos cometidos por [los señores Kolk y Kislyiy] pudieron haber sido considerados lícitos bajo las leyes soviéticas en ese momento, las cortes de Estonia los consideraron bajo el derecho internacional como crímenes de lesa humanidad, en el momento de su comisión. La Corte no ve razón para llegar a una conclusión diferente...Por lo tanto, la Corte considera que las alegaciones de los recurrentes no tienen bases suficientes para señalar que sus actos no constituían crímenes de lesa humanidad en el momento de su consumación ... ninguna prescripción limitante es aplicable a los crímenes de lesa humanidad, independientemente de la fecha de su comisión...La Corte no encuentra razón alguna para poner en duda la interpretación y aplicación de la ley doméstica que las cortes de Estonia efectuaron a la luz del derecho internacional pertinente. En conclusión se tiene que (las) alegaciones (de los peticionarios) son manifiestamente infundadas y deben ser rechazadas>".

La Convención de Crímenes de Guerra y lesa humanidad (1968), "...se limita a codificar como tratado lo que antes era *ius cogens* en función del derecho internacional público consuetudinario, siendo materia pacífica que en esta rama jurídica, la costumbre internacional es una de sus fuentes. En consecuencia, **la prescripción establecida en la ley interna no extingue la acción penal con anterioridad a esa ley y, por tanto, su ejercicio en función de la misma no importa una aplicación retroactiva de la ley penal**...cualquiera sea la opinión que se tenga sobre el funcionamiento concreto del principio universal, sobre la autoridad moral de los estados que lo invocan, sobre la coherencia o incoherencia de su invocación, lo cierto es que la comunidad internacional lo está aplicando por delitos cometidos en nuestro territorio, en razón de que la República no ha ejercido la jurisdicción, o sea, no ha ejercido su soberanía" (voto de Zaffaroni, en Arancibia Clavel).

Y como se ha dicho: "**El hecho de que la Convención de Naciones Unidas que estatuyó o reconoció el principio de imprescriptibilidad haya sido aprobada por Uruguay recién en el 2001 (Ley 17.347), no significa que no fuera autoejecutable a la época de los hechos denunciados...al estatuir reglas y**

*principios en materia de Derechos Humanos adquirió jerarquía constitucional al igual que el art. 10...Por otra parte, si bien el Principio de Legalidad es reconocido en el art. 11.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos así como por el art. 9° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos...el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (al igual que el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales en su art. 7°) reconoce, en materia de delitos del derecho de gentes, una verdadera excepción al principio de irretroactividad de la ley penal desde que en su art. 15.2 estatuye: <...Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional...Dicha excepción también es pasible de ser reconocida en el giro utilizado en el art. 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos cuando prevé <...de acuerdo con el derecho aplicable...>*

*“Por lo tanto se ha de colegir que la plasmación de una excepción de tal naturaleza desde el ámbito internacional y en el marco de acuerdos sobre derechos humanos, no puede tener otro objeto que el de habilitar la persecución de actos reconocidos como delictivos conforme a los principios generales de derecho internacional aun cuando dichos entuertos no estuviesen tipificados al momento de su comisión por el derecho nacional. De igual forma que en el caso puntual que nos ocupa, la viabilidad de habilitar normas referentes a prescripción que alcancen situaciones no abarcables desde el ámbito interno”.*

*“El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos...es de fecha 19 de Diciembre de 1966 y fue aprobado por el Uruguay por Ley 13.751 del 10 de julio de 1969, en tanto la Convención de Naciones Unidas sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y contra la humanidad fue aprobada por Resolución de la Asamblea General 2391 (XXIII) de fecha 26 de Noviembre de 1968.*

*“De ello se desprende: a.- que, al momento de aprobarse la Convención sobre imprescriptibilidad de crímenes iuris Gentium, la excepción al principio de legalidad en caso de violaciones flagrantes a los derechos humanos ya se encontraba reconocida en el ámbito internacional. Luego, la misma solo avanza sobre un punto del Principio resquebrajado, al afirmar la persecución de los delitos “cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido”.*

*“b.- Asimismo, a partir del PIDCP, dicha excepción forma parte de nuestro ordenamiento jurídico y con jerarquía constitucional, desde 1969. Por lo que al momento de los hechos acaecidos en el período dictatorial (y en su período previo), tanto el derecho internacional como el interno, reconocían la fractura del caro principio de Legalidad en materia de crímenes contra la humanidad.*

*“c.- A mayor abundamiento, no pueden soslayarse los principios básicos provenientes también del ámbito internacional recogidos en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de la Organización de las Naciones Unidas de fecha 23 de mayo de 1969, aprobada por Dec. Ley 15.195 (en plena dictadura cívico-militar) el día 13 de octubre de 1981. Así, en el art. 26 del mismo se establece el principio pacta sunt servanda “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ello de buena fe”.-*

*“Por su parte, el art. 27 reza: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.*

*“Finalmente, el art. 28 según el cual: <Las disposiciones de un tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprende del tratado o conste de otro modo>...en las hipótesis de delitos contra la humanidad ...la imprescriptibilidad es la regla” (Perciballe, LJU 148, pp. D-24/27, citado por la Sala en Sent. N° 10/2014).*

**V)** En suma: no existe colisión entre el principio de irretroactividad de la ley penal y la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad como -de comprobarse- serían susceptibles de ser calificados los hechos denunciados: **“...la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad estaba ya establecida por el derecho internacional consuetudinario, toda vez que en esta rama del derecho la costumbre opera como fuente del derecho internacional”** (Zaffaroni, Manual de D. Penal. Parte General, 2006, p. 150).

**También en este mismo sentido se ha pronunciado recientemente la SCJ (Sents. N°s 794/2014 y 1061/2015).**

La cuestión sobre los tipos penales y sanción aplicable “retroactivamente” no es insoluble como se la quiere presentar.

No será abordada a esta altura, solo porque aquí y ahora se trata de determinar la procedencia de la clausura de la investigación de hechos de apariencia delictiva (y ocurrencia contextual acorde con los desarrollos precedentes); cuya denuncia motivó un presumario que se dejó en suspenso, esto es, supeditado indebidamente al éxito o fracaso de la apelación de aquella incidencia deducida por uno de los indagados.

Por otro lado, no se comparte el criterio de la Sra. Fiscal interviniente, quien se limitó a señalar que no correspondería pronunciarse sobre la prescripción, porque no se había llegado a reunir elementos para concretar ninguna imputación. En cambio, el Sr. Juez *A quo* hizo lo que debía: declarar el derecho que a su criterio correspondía en punto a la prescripción de los delitos denunciados, lo que en absoluto significó adelantar pronunciamiento, como alegó el M. Público.

Con el criterio de la Fiscalía, la prescripción jamás podría ser obstáculo de ninguna investigación. No parece razonable.

Por cuyos fundamentos, **EL TRIBUNAL,**

**RESUELVE**

***CONFÍRMASE LA RECURRIDA. NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE.***

***Dr. Sergio Torres Collazo***

***Dr. Alberto Reyes Oehninger***

***Dr. Pedro Salazar Delgado***

***Ministro***