

18/02/2014

SENTENCIA N° 10/2014

VISTOS

para interlocutoria de segunda instancia en autos “M LL, J. F F, O. DCIA.” (IUE 2-109971/2011)” venidos del Jdo. Ltdo. de 1ª Instancia en lo Penal 2°, a conocimiento de recurso interpuesto por la Defensa de Rudyard Sioscia y Mario Cola, contra la Res. N° 1089 de 24/5/2013, dictada por el Dr. Pedro Salazar Delgado, con intervención de la Sra. Fiscal Ltda. Nacional en lo Penal de 2° Turno Dra. Ma. de los Ángeles Camiño.

RESULTANDO

I) En la decisión referida (fs. 625/630) se dijo que los crímenes de lesa humanidad son imprescriptibles, pero que “para evitar incurrir en prejuizgamiento, dado el estado de estos procedimientos”, no era “el momento de pronunciarse respecto a la naturaleza de los eventuales ilícitos y las normas aplicables”, al no haberse “formulado requisitoria ni solicitud de ningún tipo, por...quien representa al Ministerio Público”.

Ordenó continuar las actuaciones, “ante un hipotético pedido de enjuiciamiento por la Sra. Fiscal, cuando el Tribunal lo analice de acuerdo a lo preceptuado por los arts. 125 y cc. del CPP, será el momento de expedirse sobre ello, lo que implica también pronunciarse si ha operado la prescripción o no...” Entendió que debía estarse a la providencia N° 1110 de 31/5/2012 (fs. 410/414), “accediéndose al diligenciamiento de la prueba testimonial contenida en ampliación de la denuncia de fs. 433 a fs. 434”, y dispuso una serie de diligencias.

II) Al deducir Reposición y Apelación (fs. 635/638), las apelantes sostuvieron que los eventuales delitos investigados han prescriptos, dado que la Suprema Corte de Justicia declaró la inconstitucionalidad de los arts. 2 y 3 de la Ley 18.831.

Conforme a ese criterio del máximo órgano jurisdiccional de nuestro país, no correspondía proseguir con la indagatoria, sino clausurar los antecedentes y proceder a su archivo. Si la interrupción de los plazos de prescripción se fundaba en normas declaradas inconstitucionales, era lo que correspondía.

La Sede decidió continuar, alegando que debía esperarse a que lo planteara el M. Público, desconociendo de esa manera, lo resuelto por la Suprema Corte.

La extinción de los delitos por prescripción está fuera de debate. Al respecto -sostuvo- se ha pronunciado el TAP 4° en autos seguidos por Homicidio a Tranquilino Machado (IUE 2-42822/2008) al entender que de no ser por las previsiones de la ley 18.831, el delito allí imputado estaría prescripto.

No puede compartirse que la resolución debe ser posterior a un hipotético pedido de procesamiento. No se entiende por qué es necesario aguardar a que suceda: el tema de la prescripción es de previo y especial pronunciamiento, diferirlo perjudica seriamente los derechos de los investigados.

Así lo ha entendido el TAP 3° en Sent. 269/2012 dictada en autos "G B, H - Denuncia de desaparición", IUE 88-57/2012, cuando expresó que el hecho de que la prescripción se haya planteado en el transcurso de una etapa presumarial no es óbice para que se analice la prescripción o no del delito investigado, "puesto que justamente en caso de pronunciarse afirmativamente con referencia específica de este tema, no podría llevarse adelante investigación judicial alguna a su respecto por tratarse de un ilícito extinguido".

En el mismo sentido, en Sent. N° 87/2013, en autos "MSP - Denuncia" (IUE 316-10015/1987), señaló: "...la prescripción del delito...se caracteriza por extinguir el mismo...la aplicación a la situación de los excepcionantes de la norma impugnada, es absolutamente cierta, puesto que en mérito a ella se les denegó la clausura de los procedimientos "

El desconocimiento del criterio de la Suprema Corte de Justicia, exponente máximo de un Poder independiente del Estado, concretado en la impugnada, no beneficia en modo alguno al sistema judicial y crea una sensación de inseguridad jurídica. Más allá de la independencia técnica del Magistrado, éste no puede ignorar el pronunciamiento de inconstitucionalidad sobre una ley por la Suprema Corte.

La Sede fundamenta su resolución en la sentencia dictada por la CIDH el 24/2/2011 en *Gelman vs. Uruguay*, pretendiendo hacer extensivo el fallo a la presente investigación, así como a todos los casos vinculados a presuntas violaciones a DHH por las FFAA, lo que la Defensa no comparte, como tampoco la Suprema Corte de Justicia: “si bien está fuera de toda discusión que la Corte Interamericana de Derechos Humanos es la interprete última de la Convención Americana de Derechos Humanos -naturalmente en el ámbito de sus competencias- tampoco puede desconocer que la intérprete última de la Constitución de la República Oriental del Uruguay es la Suprema Corte de Justicia”.

III) Al evacuar el traslado respectivo (fs. 640/660), el M. Público abogó por la confirmatoria en los siguientes términos.

La sentencia de la CIDH en *Gelman* sí obliga a nuestro Estado, porque fue parte en él, pudo ser oído y por tanto no puede pretender desconocer las obligaciones allí impuestas, y que alcanzan a las detenciones ilegítimas contra la población civil ocurridas antes del “27.6.1073” (debió decir, 27.6.1973), cuando ya había comenzado una sistemática persecución y represión que traspasaba fronteras e incluía violaciones de todo tipo, basadas en la doctrina de la seguridad nacional.

Los hechos que se investigan encuadran en el tiempo y en el espacio en la situación calificada como terrorismo de Estado, atentatoria contra los derechos humanos no solo de los afectados en concreto, sino de la Humanidad toda, consistente 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 “durante el período mencionado (art. 4° de la Ley 18.596) y aún más hacia el pasado (junio de 1968 a 27 de junio de 1973) y hasta el advenimiento de la democracia, marcado por la aplicación sistemática de Medidas Prontas de Seguridad e inspirado en la doctrina de la Seguridad Nacional”.

Dada la naturaleza de tales conductas, cualquiera sea la tipificación que pueda adjudicarse a los hechos con apariencia delictiva que se investigan, no están sujetos a prescripción. Se trata de actos cometidos por agentes gubernamentales, que para el Derecho internacional consuetudinario son imprescriptibles (Principios de cooperación y castigo de los culpables de crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad aprobados por la Asamblea General de la ONU -1973-; Convención de Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad -1968-, Estatuto de Roma, Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada).

El art. 26 de la Convención de Viena recuerda el principio *pacta sunt servanda*: “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”; su art. 27 señala que “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.

La retroactividad de una ley penal no es per se contraria a las normas constitucionales y/o a los instrumentos internacionales suscritos por nuestro país. No existe una norma de rango constitucional que impida dictar leyes retroactivas.

Pero lo fundamental es la obligatoriedad para Uruguay del cumplimiento de la sentencia de la CIHD en Gelman, en cuyo párrafo 254 declara: “En consecuencia, el Estado debe disponer que ninguna otra norma análoga como prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, *ne bis in ídem*, o cualquier excluyente similar de responsabilidad sea aplicada y que las autoridades se abstengan de realizar actos que impliquen la obstrucción del proceso investigativo”.

Citó la sentencia N° 365/2009 de la Suprema Corte de Justicia, donde se fundó la conculcación por la Ley N° 15.848 de lo dispuesto en tratados internacionales y el carácter de *jus cogens* que ostentan las normas internacionales, ya sean creadas por pactos o convenciones, ya sean de carácter consuetudinario: “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”.

Por tanto -sostuvo-, cuando hay una ley que desconozca, viole o amenace gravemente los derechos garantizados en los instrumentos que hace parte del “bloque de constitucionalidad” estará viciada de inconstitucionalidad.

Citó la Resolución de Supervisión de cumplimiento de sentencia del caso Gelman, donde en relación a la Sentencia N° 20 de 22/2/2013 de la Suprema Corte de Justicia, donde declaró inconstitucionales los arts. 2 y 3 de la Ley 18.831, se dice: “De tal manera, en lo relativo a la obligación de investigar los hechos, la emisión del Decreto y de la Ley referidos no parecerían tener mayor utilidad práctica si, por decisiones judiciales posteriores, los delitos se declaran prescritos, lo cual abre la posibilidad de que las desapariciones forzadas y otras graves violaciones de derechos humanos cometidas en el presente caso, y durante la dictadura en Uruguay, queden en la impunidad. En este sentido, más allá de declararse un <restablecimiento de la pretensión punitiva del Estado> mediante dicha Ley, determinadas consideraciones contenidas en la decisión..., por la forma en que están expuestas, pueden implicar un serio obstáculo para las investigaciones de las graves violaciones de derechos humanos cometidas...”

Pero el propio Estado se encargó de manifestar que “la independencia técnica de los magistrados no los obliga a aplicar los conceptos que se sostienen en el pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia encontrándose habilitados a continuar con las causas en las que deben intervenir...corresponde al intérprete y no al tribunal de constitucionalidad, determinar si los hechos investigados integran el elenco del artículo 3...Es así que los jueces, en ejercicio de su autonomía técnica, podrán seguir indagando las causas y eventualmente castigando a los responsables...”

IV) Por Res. N° 1840/2013 el A quo reiteró argumentos contenidos en la recurrida y en Res. N° 110/2012; y franqueó la Alzada (fs. 666/669). Recibidos los autos, se citó para sentencia y previo pasaje a estudio, se acordó su dictado.

CONSIDERANDO

I) La Sala, por unanimidad de integrantes, confirmará la recurrida por los fundamentos que se explicitarán.

II) El 27/10/2011 (fs. 1/180), J M LI y O F Fo, por sí y como integrantes de CRY SOL (asociación de ex presos políticos) denunciaron por crímenes de lesa humanidad contra ellos y otras personas según ampliación (fs. 434/470) entre 1971 y el 1°/3/1985. Los situaron cometidos en el Batallón de Infantería N° 12 (“300 Carlos”) y en el Servicio de Material y Armamento del Ejército.

Ratificadas y ampliadas las denuncias, se citó como indagados a los denunciados según fs. 381: M MC S, R R S S, C I P D y J J M T. Las Defensoras de los dos primeros (Dras. Rosanna Gavazzo y Graciela Figueredo) interpusieron excepción de inconstitucionalidad de los arts. 1°, 2 y 3 de la Ley N° 18.831, previa solicitud de clausura y archivo por prescripción, denegada por Res. 1110/2012 (fs. 410/414).

Por dec. N° 1236/2012 (fs. 471) se suspendió el proceso y elevaron las actuaciones a la Suprema Corte de Justicia, que por Sent. N° 20/2013 (fs. 547/583) y con discordia del Ministro Dr. Ricardo Pérez Manrique, declaró inconstitucionales (e inaplicables a los excepcionantes) los arts. 2 y 3 de la Ley cit.

Devueltos los autos, pasaron en vista al M. Público por auto N° 417 de 12/3/2013 (fs. 592), cuya Representante solicitó se continuara “con la investigación de todos los casos de violación de Derechos Humanos denunciados en estos obrados”, en el entendido “que la Ley 18.831 resulta inaplicable al caso de autos, debiendo aplicarse las normas de Derecho Internacional, a las cuales se ha sometido el Estado uruguayo voluntariamente, sin que ello implique en modo alguno violentar la Constitución de la República...” (fs. 593/608 vto.).

III) La Sala coincide con las recurrentes, en punto al poder-deber de pronunciarse sobre la prescripción alegada, no advirtiendo ningún inconveniente (por ej., prejuzgamiento) en hacerlo actualmente, sin pedido de procesamiento. Lo contrario “...genera una no deseada denegación técnica de justicia causante de indefensión, en la medida en que no resuelve lo verdaderamente planteado en el proceso” (Malem

Seña, El error judicial y la formación de los jueces, Gedisa, 2008, pp. 149, 179.- Lorenzetti, Teoría de la decisión judicial, Desalma, 2006, pp. 264-265.- Perciballe, El principio de motivación del fallo en materia penal, RUDP, 4/03, p. 515 ss.; Sent. 166/09).

IV) Está fuera de debate que para el plazo de la prescripción de delitos como los denunciados, no es computable el período de facto: “El principio general de que al justamente impedido no le corre término es aplicable al caso al tratarse de un principio general que se inscribe en los derechos inherentes a la persona humana, con recepción en los artículos 7, 72 y 232 de la Constitución...” (ADCU XXI, c. 911).

En el mismo sentido se pronunció la Sala Homóloga de 2º Turno declaró: “... 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” (Sent. N° 263 de 26/8/2010).

“En el caso, el titular de la acción penal es el Ministerio Público, pero, obviamente, no se aprecia como 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”.

Por ello, al margen de la aplicabilidad o no del art. 123 del Código Penal (TAP 2º, sentencia citada), a juicio de la Sala tampoco es aceptable computar el período subsiguiente, durante el cual, antes que así fuera reconocido legalmente (art. 1º de la Ley 18.831), ni las víctimas, ni el titular de la acción pública, estuvieron en plenas condiciones de perseguir los delitos encapsulados por el art. 1º de la Ley 15.848, declarada inconstitucional por la Suprema Corte de Justicia en la sentencia No. 365/2009, en proceso (Sabalsagaray) donde el Poder Ejecutivo y el Legislativo, se allanaron (Resultando IV); y por el art. 1º de la Ley 18.831 (no declarado inconstitucional).

Todo ello, no obstante su mentada ratificación por la vía de dos plebiscitos: “Hay quienes postulan que la sentencia Gelman no puede ser cumplida pues contraría la voluntad del cuerpo electoral uruguayo. Pero para afirmar eso deberían demostrar que existe algún principio que asegure a los Estados el poder o la posibilidad de sustraerse a los fallos adversos mediante la invocación -cierta o falsa, no interesa- de su impopularidad. Ello es insostenible”.-

“Los fallos jurisdiccionales no pueden quedar inermes frente al querer mayoritario. Fuera de que en el derecho constitucional comparado se han registrado algunos casos de <apelación popular>, lo cierto es que la aparente democraticidad que exhibe la solución mentada (en orden a que las sentencias deben ser mayoritarias) se desvanece a poco que se profundice en el análisis”.-

“Desde épocas tempranas del constitucionalismo se aceptó -sin reservas- la idea de que la Jurisdicción debe resolver las controversias mediante la aplicación independiente, técnica e imparcial del derecho objetivo. Pues resulta extraordinariamente disfuncional condicionar el cumplimiento de los fallos al respaldo mayoritario del acto jurisdiccional. Por ello, porque se aspira a que los pleitos sean decididos con arreglo a los parámetros de la racionalidad, se ha reputado necesario institucionalizar un Estatuto de la Judicatura blindado a los jueces de la presión de las mayorías” (Daniel Ochs, El fallo de la CIHD Gelman contra Uruguay, Estudios Jurídicos N° 9/2011, UCUDAL, pp. 107/108).

V) El 21/3/2012, en acto público, el Estado, representado por las máximas jerarquías de sus tres Poderes, admitió formal y expresamente la responsabilidad criminal

(Gelman), asumiendo la falta de recurso efectivo para las víctimas y de ejercicio pleno de la acción penal, obstaculizado por la inconstitucional Ley 15.848. Ley que fue “interpretada” por la Ley N° 18.831, de 27 de octubre de 2011, que pretendió zanjar toda discusión acerca de la “irretroactividad” e “imprescriptibilidad” (arts. 2 y 3). Pero que antes (art. 1º) relevó lo que desde Sabalsagaray había quedado restablecido: “... el pleno ejercicio de la pretensión punitiva del Estado para los delitos cometidos en aplicación del terrorismo de Estado hasta el 1º de marzo de 1985, de 22 de diciembre de 1986”.

VI) Es indiscutible que la Ley de Caducidad también se erigió en obstáculo a la investigación de denuncias referidas a torturas, etc., cometidas por agentes estatales contra detenidos políticos, poco antes de concretarse la total ruptura del Estado de Derecho. La persecución de infracciones graves a los derechos humanos como serían los hechos denunciados e investigados (naturalmente, en caso de comprobarse), no tiene límites espaciales o temporales, ni está supeditada a los avatares políticos que pueda sufrir una Nación (dictaduras, inestabilidad social y política, etc.). Y la tortura por agentes del Estado reviste tal naturaleza, sea que se de en un régimen dictatorial, como en un régimen republicano de garantías menguadas: “son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (...) A la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1(1) y 2 de la Convención Americana, los Estados Partes tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención ...” (Corte IDH, caso Barrios Altos vs. Perú, S.14/3/2001).

VII) Como expresa Perciballe (LJU 148, pp. D-24/27): “...la Convención sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad fue aprobada por la Asamblea General de ONU el día 26 de Noviembre de 1968 y aprobada en Uruguay por Ley 17.347 con fecha 5 de junio de 2001”.-

“En la referida Convención se estatuye explícitamente su aplicación retroactiva, puesto que comienza la misma mediante la frase paradigmática “Los crímenes siguientes son imprescriptibles cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido” (art. 1 inc. 1º)”.-

“Es importante destacar que dicho temperamento se anuncia en el Preámbulo del mencionado acuerdo internacional”.-

“Así expresamente señalaba “... en ninguna de las declaraciones solemnes, instrumentos o convenciones para el enjuiciamiento y castigo de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad se ha previsto limitación en el tiempo”. Por cuanto se advertía que “la aplicación de los crímenes de guerra y de lesa humanidad de los delitos ordinarios suscita grave preocupación en la opinión pública mundial, pues impide el enjuiciamiento y castigo de las personas responsables de esos crímenes.” Y en base a ello reconoce “... que es necesario y oportuno afirmar en derecho internacional por medio de la presente Convención, el principio de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad y asegurar su aplicación universal...”.-

“En definitiva, el Preámbulo así como el propio texto de la Convención, plasmó la línea de pensamiento en boga a comienzos de los años 60, por la cual se procuraba cerrarle el paso a la impunidad de los crímenes perpetrados contra la humanidad en la segunda guerra mundial”.-

“Es que estaban por cumplirse los 20 años que preveían las normas internas sobre prescripción, y conforme a las mismas se establecía una tabla de salvación para los criminales de guerra”.-

“Anejo a ello, se advertía con preocupación en dicho momento histórico que de aplicarse los términos de prescripción del derecho interno irremediamente se producía el contrasentido según el cual, aquellos grandes principios erigidos en dogma por la Revolución Francesa en procura de limitar el Poder punitivo del Estado terminaban obrando en favor de aquellos que desde posiciones de poder del propio Estado habían violado de forma flagrante los derechos más elementales del Hombre”.-

“Motivo por el cual en los trabajos preparatorios de la Convención se utilizó el término “afirmar” en reemplazo de “enunciar” que contenía el proyecto original, como forma de robustecer la tesis conforme a la cual el principio de imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y lesa humanidad ya existía en el derecho consuetudinario internacional ...”.-

Temperamento recogido por la mayoría de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Argentina en el emblemático caso A C al sostener "... Que esta convención sólo afirma la imprescriptibilidad, la que importa el reconocimiento de una norma ya vigente (ius cogens) en función del derecho internacional público de origen consuetudinario. De esta manera, no se fuerza la prohibición de irretroactividad de la ley penal, sino que se reafirma el principio instalado por la costumbre internacional, que ya tenía vigencia al tiempo de comisión de los hechos...en rigor no se trata propiamente de la vigencia retroactiva de la norma consuetudinaria de derecho internacional anterior a la ratificación de la convención de 1968 era ius cogens, cuya función primordial "es proteger a los Estados de acuerdos concluidos en contra de algunos valores e intereses generales de la comunidad internacional de Estados en su conjunto, para asegurar el respeto de aquellas reglas generales de derecho cuya inobservancia puede afectar la esencia misma del sistema legal" (Fallos: 318:248, voto de los jueces Nazareno y Moliné O'Connor).-

Desde esta perspectiva, así como es posible afirmar que la costumbre internacional ya consideraba imprescriptibles los crímenes contra la humanidad con anterioridad a la convención, también esta costumbre era materia común del derecho internacional con anterioridad a la incorporación de la convención al derecho interno.-

"Sin perjuicio de la claridad de la Convención, la Asamblea General de las Naciones Unidas siguió expresándose en sentido coincidente con la misma a través de sendas Resoluciones a saber: Res. 2583 (XXIV) de fecha 15/12/69; Res. 2712 (XXV) DE FECHA 15/12/70; Res. 2840 (XXV) de fecha 18/12/71; Res. 3020 (XXVII) de fecha 18/12/72 y Res. 3074 (XXVIII) de fecha 3/12/73".-

"Esta última Resolución, amén de reiterar el principio básico de imprescriptibilidad, obliga a los estados a cooperar con los restantes en la persecución y el castigo de los responsables, así como a no tomar medidas de cualquier índole tendientes a incumplir las obligaciones internacionales. Y en lo que al punto que nos ocupa declara: "... Los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad dondequiera y cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido será objeto de una investigación, y la persona contra la que existan pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscados, detenidos, enjuiciados y en caso de ser declarados culpables castigados ...".-

“Por lo que viene de verse se puede sostener si las dudas que los agentes del Estado que hoy se pretende juzgar, quienes actuaron en los años 70 debieron tener un panorama claro de cual(es) eran las reglas de juego en el momento en que perpetraron los delitos que llevaron a cabo, máxime si se tiene presente que en muchos de los casos, aquellos se encaramaron en lugares claves de los resortes del Estado. Criterio reconocido por la mayoría de la Corte argentina en el citado caso Arancibia Clavel: “...Que el fundamento de la imprescriptibilidad de las acciones 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. 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. Por ello, no puede sostenerse razonablemente que sea menester garantizar la extinción de la acción penal por el paso del tiempo en crímenes de esta naturaleza”.-

“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. 9º 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. 7º) 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 aún 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 P I D C y P, 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 virtud de ello, es dable sostener el principio según el cual para el caso concreto de crímenes de guerra y de Lesa Humanidad es de aplicación el principio “posteriora derogant priobus” ... A fortiori se debe tener presente que la propia Constitución le asigna un lugar de relevancia al jus Gentium (del cual en la actualidad el Derecho Internacional de lo DDHH no solo es parte son que es parte preeminente) desde que en su art. 239 no solo lo reconoce, sino que le adjudica competencia al máximo órgano judicial para “... Juzgar a todos los infractores de la Constitución, sin excepción alguna; sobre delitos contra el Derecho de Gentes ...” De ello puede inferirse que existe por parte del Estado Uruguayo la obligación constitucional de perseguir y concomitantemente juzgar los crímenes juris Gentium. Y tras dicha pauta interpretativa se podría llegar a entender que tal juzgamiento debería realizarse conforme a los estándares provenientes del propio derecho internacional”.-

“... en las hipótesis de delitos contra la humanidad ... la imprescriptibilidad es la regla”.-

VIII) A igual solución -confirmatoria- se arribaría por otros fundamentos (de la Sala, Sent. N° 84/2013).-

En primer lugar, por acatamiento de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Gelman vs. Uruguay (Apartado 194: “La Justicia, para ser tal, debe ser oportuna y lograr el efecto útil que se desea o 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: “Miguel Espósito es un funcionario policial argentino imputado de haber dado muerte, en 1998, por apremios físicos en una dependencia policial, al joven Walter Bulacio”.-

“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 B 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”.-

“Llegado el caso nuevamente a la Corte Suprema Argentina, ésta consignó que, paradójicamente, el fallo supranacional entrañaba agravio a varios derechos fundamentales del reo, indirecta 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, ob.cit. p.104).-

En segundo lugar la confirmatoria se impondría mediante el ejercicio por la Sala del control de convencionalidad impuesto por la Corte IDH a todos los jueces uruguayos.-

El apartado N° 193 del caso Gelman vs. Uruguay dice “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”.-

Ese control de convencionalidad, aunque paulatinamente, es admitido desde hace tiempo en Argentina, Chile, 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 Arancibia Clavel, a quien en primera instancia se responsabilizó entre otros crímenes, por el asesinato en Buenos Aires del general Carlos Prats 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 prescripto. La Corte Suprema, con base en los actos criminales atribuidos a A C 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 Velásquez Rodríguez 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.1 387-388).-

En Almonacid Arellano 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 y cualquiera 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".-

Y así 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 constituirían 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”.-

IX) La Sala, en sentencia N° 380/2010, dijo: “La sanción al culpable de un delito constituye un derecho humano de la víctima, que amerita una tutela efectiva. La Convención Americana sobre DDHH ratificada por la Ley 15.737, o aún antes, incorporada a la Constitución por vía de su art. 72 (cfm. SCJ, S/365/09), establece la obligación a cada Estado de proveer a los sometidos a su jurisdicción una debida protección judicial cuando alguno de sus derechos haya sido violado: “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 Risso 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)" (SCJ, sentencia citada).

En el caso de la víctima, se trata de una expectativa que el propio Estado debe satisfacer (Corte IDH, Gómez Palomino vs. Perú, 22/11/2005 y Blanco Romero y otros vs. Venezuela, 18/11/2005, y De la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, 31/01/2008). Se dice que el Estado incurre en responsabilidad internacional cuando sus órganos judiciales no investigan seriamente y sancionan si corresponde a los autores (Comisión IDH, Informe 32/04, caso 11.556 de 11/03/04): "... la protección judicial se manifiesta en el derecho que tiene toda persona a un <recurso> sencillo y rápido (Comisión IDH, Informe 52/97, caso 11.218 de 18/11/98), con el alcance que ese término ("recurso"), es sinónimo de acceso, vía judicial o proceso (Bidart Campos, Tratado elemental de derecho constitucional, t. III, Bs. Aires, 1986, pp. 517 y 526)" (Cafferata Nores, Proceso penal y Derechos Humanos, CELS, Bs. Aires, 2007, p. 54).

En todo caso, la eventual prescripción de los delitos no constituye impedimento para la investigación: "El Juez competente se enfrentará a un caso concreto, con las particularidades que cada caso tiene, y advertirá: a) por un lado, que debe cumplir con la sentencia internacional que dice que ciertas situaciones no pueden impedir la responsabilidad, y b) por otra parte, normas de derecho interno (e incluso en algún caso el propio artículo 8.4 de la Convención) que establecen limitaciones a la responsabilidad penal. ¿Qué debe resolver el Juez si entiende que hay contradicción...? ¿Cómo se solucionan estos casos? En Uruguay, en el marco de una cultura jurídica fuertemente vinculada a las orientaciones francesas clásicas, en general se pretende una solución general que dé la respuesta para todos los casos que surjan en la realidad.- Pues bien, la solución de principio es que se debe cumplir íntegramente con las sentencias (con las nacionales y las internacionales) y no podrán invocarse normas internas para eludir las obligaciones internacionales (art. 27 de la Convención de Viena)".-

"De todas formas, cada caso tiene particularidades propias y, con la solución general referida, el juez deberá cumplir con la sentencia, pero tendrá también sobre la mesa los derechos humanos de los presuntos violadores de derechos humanos y todo lo que surja del caso en particular.- Y es sobre estos parámetros que en cada caso se deberá buscar la mejor solución y la que resulte conforme a derecho"; pero "... ningún juez podrá negarse a investigar invocando la prescripción del delito, cosa juzgada o ne is in idem, ya que estos elementos pueden (se verá más adelante) ser obstáculo para la responsabilidad penal de quienes cometieron estos delitos, pero no pueden tener incidencia alguna sobre el derecho a la verdad y a las investigaciones" (Martín Riso

Ferrand, Cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de DDHH, Estudios Jurídicos N° 9/2011 cit., pp. 93-94).

Porque si bien la regla es lo inverso, en algunos casos, la intervención de la sede penal puede darse con independencia que se vislumbre acción, o sea, posible responsabilidad criminal. Así, por ejemplo, el recurso o garantía constitucional del habeas corpus, atiende antes a la protección de un derecho (libertad ambulatoria, art. 17 de la Carta), que al quehacer delictivo (prisión indebida). También forma parte de la jurisdicción penal, el hallazgo de restos humanos, provocar la intervención forense cuando se tiene conocimiento de fallecimientos sin asistencia, etc. Y es el juez penal el que debe disponer sobre los efectos e instrumentos del delito (art. 105 lit. a) CP), aun del declarado extinguido (art. 45 y 5 CPP).

Por los fundamentos expuestos y lo previsto en las normas citadas, EL TRIBUNAL,

RESUELVE

CONFÍRMASE LA RECURRIDA. NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE.-