

22/07/2016

Sentencia N° 145/2016

Dr. Alberto Domingo REYES OEHNINGER(Redactor)	Ministro Trib.Apela.
Dr. Sergio TORRES COLLAZO	Ministro Trib.Apela.
Dra. Graciela Susana GATTI SANTANA	Ministro Trib.Apela.

VISTOS

para interlocutoria de segunda instancia en autos "AA. BB. DENUNCIA" (IUE 2-109971/2011), venidos del Jdo. Ltda. en lo Penal 2°, a conocimiento de los recursos de Apelación interpuestos por la Defensa del indagado Mario Frachelle contra la Res. N° 2706/2015; y por la de los indagados José Gavazzo, Mario Aguerondo, Guillermo García, Ernesto Ramas, Jorge Silveira y Gilberto Vázquez, contra la Res. N° 364/2016. Ambas fueron dictadas por el Dr. Pedro Salazar, con intervención de la Fiscalía Ltda. Nacional en lo Penal 2°, Dres. Ma. de los Ángeles Camiño y Carlos Negro (sucesivamente).

RESULTANDO

I) La Res. N° 2706 de 3/11/2015 reza: "Habiéndose padecido error, se revoca por contrario en forma parcial la providencia que antecede, en cuanto a que donde dice al primero de fs. 914, como piden, debe decir que se está a lo dispuesto por despacho nro. 2677/2015, o sea que se dispone el pasaje en vista fiscal, lo que se cumplirá luego de hacerse efectivo todo lo ordenado a fs. 881" (fs. 931).

Revocó así por contrario imperio, escasos días después, el Decreto 2702 de 30/10/2015, que decía: "Al primero de fs. 914, 1ero de fs. 917 y primero y segundo de fs. 921, como piden" (fs. 928). Al parecer -ya que hubo enmienda de foliatura precisamente a partir de fs. 914-, el A quo habría hecho lugar, sin sustanciar, al petitorio 1) de fs. 919 (hoy, antes, fs. 914), que dice: "Que en mérito a que operó la prescripción de todos...los presuntos delitos por los que se denuncia a mi defendido, decreto la clausura y archivo de las actuaciones".

II) La Res. N° 364 de 4/3/2016 (fs. 1036/1047 vto.), previa sustanciación con el M. Público (fs. 971/987), resolvió:

1) Desestimar las solicitudes de clausura por prescripción de las actuaciones presumariales formuladas por la Defensa privada de BB (Dra.BB, fs. 900/903), CC (Dra. CC, fs. 907/909), DD (Dra. XX, fs. 920/923), EE (Dres. XX y XX), EE, FF y GG (Dra. XX, fs. 945/948 vto.). 2) No hacer lugar al recurso de Reposición interpuesto por la Defensa de CC contra la Res. 2706/2015 (fs. 931, 951/955 vto.), que había revocado aquella decisión aparentemente favorable a la clausura (Res. N° 2702/2015, fs. 928). 3) Franquear su recurso de Apelación subsidiario "(con efecto suspensivo solo a su respecto), elevando testimonio debidamente autenticado...".

III) La Defensa de CC había interpuesto Reposición y Apelación el 4/11/2015 (fs. 951/955 vto.) contra la providencia N° 2706/2015, que le fue notificada el 30/11/2015. Sostuvo:

1) Como manifestara en escrito que luce de fs. 902 a 914, operó la prescripción de los hechos denunciados en los supuestos de que hubieran ocurrido y de que su defendido hubiera tenido participación en ellos, por lo que le agravia que se revoque la resolución que hizo lugar al archivo. El solo transcurso del tiempo fijado por el legislador para que opere la prescripción, hace que el juez pueda declararla de oficio. 2) Los hechos denunciados que responden a los delitos de privación de libertad (art. 281), atentado a la libertad personal cometido por funcionario público encargado de una cárcel (art. 285), abuso de autoridad contra los detenidos (art. 285), pesquisa (art. 287), violencia privada (art. 288), amenazas (art. 290), lesiones personales (arts. 316 y ss.), violación (art. 272) y atentado violento al pudor (art. 273), de haber ocurrido, se produjeron, desarrollaron, ejecutaron y consumaron en la década del 70: desde 1979, pasaron 36 años. 3) Ipso facto e ipso iure, prescribieron de conformidad al art. 117 del CP, en su mayoría a los 10 años, excepto el supuesto delito de violación que de haber acontecido prescribió a los 15 años y el supuesto delito de amenazas que de haber acontecido prescribió a los 4 años. Incluso si hipotéticamente se aceptara la posición que la prescripción se interrumpió entre la fecha que supuestamente ocurrieron y el 1° de marzo de 1985, igualmente transcurrieron más de 20 años. 4) Los delitos por los que se denuncia, de haberse configurado, son de derecho común. Los delitos de lesa humanidad –carácter que se pretende dar en la denuncia- se incorporaron al elenco de delitos previstos en el CP por la Ley 18026 de 25/9/2006 (art. 3). El principio de irretroactividad de la ley penal más gravosa, está preceptuado en los arts. 15 del CP, 7 del CPP, 9 de la Convención Americana de DDH, 11 y 24 del Estatuto de Roma, 28 de la Convención de Viena (todos incorporados a nuestra legislación nacional). 5) Las normas de procedimiento son indisponibles (arts. 18 y 23 de la Constitución y art. 16 del CGP). 6) El fundamento de la irretroactividad de los delitos y sus penas se encuentra -por encima de cualquier otra consideración- en la idea de seguridad jurídica, fin último del derecho. 7) Cimentar la posición de la imprescriptibilidad de delitos retroactivos basada en elección selectiva de artículos insertos en cuerpos normativos de derecho internacional, lleva intrínseca una contradicción no subsanable con la justificación dogmática de ideales parcializados y debe ser rechazada desde todo punto de vista, cuando menos desde el punto de vista legal y jurídico por contravenir principios y derechos indisponibles: arts. 8 y 72 de la Constitución, 9 y 24 de la Convención Americana de DDHH. 8) Los fallos de la Corte IDH tienen efecto vinculante para las partes (arts. 62 y 68 del Pacto de San José). Conferir efectos erga omnes a un fallo concreto, desconoce los principios básicos consagrados en el mencionado Pacto, sobre Legalidad y Retroactividad (art. 9), Igualdad ante la ley (art. 24) y sobre las normas de interpretación (art. 29). A mayor abundamiento el art. 59 de la Corte Internacional de Justicia establece que “La decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido”. 9) Es indiscutido que la irretroactividad constituye un principio fundamental del Derecho y muy especialmente en la rama penal. También lo es que tiene su réplica en el Derecho Internacional, como se encargó de recordarlo la Corte IDH en reciente fallo, Grande vs. Argentina (de 31/8/2015, es decir, posterior a Gelman, de 24/2/2011), donde sostuvo: “Argentina reconoció la competencia contenciosa de la Corte Interamericana el 5 de septiembre de 1984 y en su declaración interpretativa indicó que el Tribunal tendría competencia respecto de <hechos acaecidos con posterioridad a la ratificación> de la Convención Americana, efectuada en esa misma fecha. Con base en lo anterior y en el principio de irretroactividad, la Corte en principio no puede ejercer su competencia contenciosa para aplicar la Convención y declarar una violación a sus normas cuando los hechos alegados o la conducta del Estado que pudieran implicar su responsabilidad internacional son anteriores a dicho reconocimiento de la competencia”. 10) Las denuncias que se ventilan en autos no responden a presuntos delitos de violación continua. Por otra parte, aceptar sin reservas que la jurisdicción debe resolver las controversias mediante la aplicación independiente, técnica e imparcial del derecho objetivo -como así lo afirma el Tribunal de Apelaciones en estos autos, dijo-, resulta cuando menos contradictorio con sostener la obligatoriedad de la aplicación del fallo de la Corte IDH Gelman vs. Uruguay, donde los denunciados no fueron oídos ni se trata de un caso análogo. 11) La Ley 18.831 por la que en definitiva se habilitaría a juzgar a su defendido, fue declarada inconstitucional en sus arts. 2 y 3 por la SCJ, órgano máximo del PJ, de conformidad con el art. 239 de la Constitución. 12) Causa agravio que siendo la prescripción una causal de extinción del delito, se continúe con los procedimientos y no se resuelva sobre ella. Nótese que la recurrida revoca la clausura y archivo pero no se expide sobre la prescripción sino que dispone que se continúe la instrucción. Se trata de una causa de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal o excepción procesal que no puede diferirse. 13) La fundamentación que se realiza en base a la normativa internacional recientemente incorporada a nuestra legislación, es totalmente parcializada desde que no se hace una interpretación armónica de ella, sino que se seleccionan los artículos que se quieren hacer valer por sobre otros de la misma norma a los que deliberadamente se los excluye: se argumenta en base a la imprescriptibilidad consagrada en la Ley 17.347 pero no se tipifica por ella. Se argumenta en base a la tipificación de los delitos y crímenes que hace la ley 18.026, omitiéndose que su art. 3 establece: “Serán aplicables a los crímenes y delitos tipificados por esta ley los principios generales de derecho penal consagrados en el derecho nacional y en los tratados y convenciones de los que Uruguay es parte y, en particular, cuando correspondiere, los enunciados en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y los especialmente establecidos en esta ley”. Y esos principios generales no son otros que los reconocidos en los arts. 15, 16 y 17 del CP, 7, 8 y 9 del CPP. 14) En igual sentido se actúa con las disposiciones del Estatuto de Roma, de la que se extrae la definición de los delitos pero convenientemente se omiten los arts. 11 y 24, que consagran la competencia de la Corte únicamente respecto a crímenes cometidos después de su entrada en vigor y la irretroactividad de la ley penal, respectivamente. 15) La prealudida selección también se verifica en el articulado de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (que entró en vigor el 27/1/1980 y fue

incorporada por la Ley 15.737 el 8/3/1985), de la que se destaca su art. 27 pero se prescinde del artículo siguiente: "Irretroactividad de los tratados. 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 desprenda del tratado o conste de otro modo". 16) La Convención Americana sobre DDHH también reconoce como principio general de derecho al principio de irretroactividad. En definitiva, se asiste a una elección selectiva de normas de igual rango para establecer una posición hegemónica en desmedro de las garantías previstas en los arts. 8 y 72, únicamente para los denunciados. 17) No obstante las normas y principios mencionados que avalan la posición de la Defensa, existen dos principios angulares de Derecho que no han sido tenidos en cuenta: equidad (que implica actuar con justicia) y seguridad jurídica. 18) Mención aparte -dijo- merece el argumento de que en aplicación de la Ley 18.831 se habilitaría a juzgar a su defendido. La SCJ, por Sent. N° 20 recaída en autos, declaró la inconstitucionalidad de los arts. 2 y 3; *mutatis mutandi*, si la argumentación de los denunciantes y de la Fiscalía es seguir los lineamientos de la sentencia del caso Gelman vs. Uruguay, en la que su defendido no fue parte, por qué no otorgarle efecto erga omnes a una sentencia dictada por nuestro órgano máximo que además recayó en este mismo expediente.

IV) Por auto 2756 de 5/11/2015 (fs. 959), el A quo dio traslado al M. Público, de las solicitudes de clausura y archivo, así como de los recursos contra la Res. 2706/2015 interpuestos por la Defensa de Fracelle. A este respecto (fs. 984/987), dijo, para el mantenimiento de la recurrida y elevación, "en su caso":

1) La Defensa indujo a error al Magistrado, ya que no solicitó como es de estilo, que se la tuviera por presentada en el primer numeral. 2) En la primera oportunidad procesal que tuvo, el Magistrado revocó justamente lo dispuesto en el decreto N° 2702/2015, admitiendo que había padecido error, estando a lo dispuesto en la providencia que disponía el pase en vista fiscal. Por tanto, nada tiene que revocar el Juez, ya lo hizo, porque padeció error inducido por la Defensa, que no solicitó que se la tuviera presentada, como hace todo letrado en su petitorio (primero). 3) Lo que en realidad sucedió fue que el Sr. Juez padeció un *Lapsus Calami*, es decir, cometió un error involuntario e inconsciente al escribir, que enmendó al revocar parcialmente el decreto en la primera oportunidad procesal. 4) Es de sentido común que el Juez no va a disponer la clausura y archivo para el indagado con un "como pide", cuando su criterio es y ha sido a todas vistas, continuar con las investigaciones de las graves violaciones a los DDHH cometidas en el pasado reciente. Pero además, en fojas anteriores y posteriores al pedido de Fracelle, están los pedidos de clausura y archivo de los demás indagados a los cuales no se hizo lugar a lo peticionado, dándose vista al M. Público. ¿Cuál sería la razón para un cambio de criterio respecto a este indagado? Solo una, haber padecido error.

V) Al deducir Reposición y Apelación contra la Res. N° 364/2016 (fs. 1054/1063 vto.), las Dras. Rosanna Gavazzo y Graciela Figueredo, en representación de los indagados Gavazzo, Aguerro, García, Silveira, Ramas y Vázquez, interpusieron Reposición y Apelación, argumentando que el rechazo de la clausura se funda en una apreciación errónea del alcance de la causa y de las circunstancias que se ventilan:

1) El Sr. Juez basa su sentencia en la aplicación de normativa internacional que no corresponde. Es imperioso tener presente que 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 al derecho vigente, formal y escrito podrá surgir la atribución de responsabilidad que se busca. 2) Aun teniendo presente la ilegitimidad de los gobiernos de facto, el rechazo que merecen y la natural voluntad de castigo que provocan, es inadmisibles perder de vista que el proceso que se desarrolla solo podrá alcanzar individuos y su conducta personal; tan inadmisibles como valerse de esa visión global de la dictadura para igualar la situación de todo aquel que por haber sido militar resulte indagado en una causa, achacándole el peso de toda la dictadura, aunque claramente no tenga la más remota posibilidad de determinar políticas de estado; ni siquiera de la existencia de esa dictadura de la que participaron civiles y militares a través de un gobierno constitucional y democrático, ante el aplauso o la indiferencia de la mayoría. Naturalmente el enjuiciamiento del Estado, de la pasada dictadura, resulta ajeno al objeto y las posibilidades de la causa. 3) Un acertado encuadre de los hechos denunciados en el contexto de la dictadura 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, Sent. N° 24/2006). 4) Contrariando el deber ser, la consigna en este tipo de causas parece ser juzgar a como dé lugar los hechos denunciados, valiéndose de alambicados razonamientos de contenido claramente políticos destinados a sortear la irremediablemente ocurrida prescripción, y que se van hilvanando a medida que uno u otro camino se va cerrando por la simple aplicación del Derecho, con el propósito indisoluble de alcanzar el anhelado castigo a la dictadura a través de alguno de los militares de la época. 5) La ley de caducidad dio solución a una cuestión por demás controversial y soportó todos los embates

legalmente posibles, por lo que es inaceptable pretender desconocer su vigencia y los efectos que irreversiblemente ella generó. El principio general de que pretende hacerse 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 entonces 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 casi cuarenta 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 de 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°, Sent. 24/2006). 7) La Sede argumenta su sentencia en la imprescriptibilidad del supuesto delito que se investiga, y "acompaña" el comienzo del cómputo del plazo para una posible prescripción. Esta posición implica atribuir a una sentencia facultades para determinar el comienzo de un plazo, ya transcurrido en su totalidad, pretendiendo modificar las disposiciones legales que rigen en materia de prescripción, sin tener presente que en el Orden Jurídico Nacional vigente la jurisprudencia no es fuente de derecho. 8) Esta defensa ha reiterado incansablemente, que de adoptarse el criterio que propone la Sede, se iría al caos jurídico. No existirían los principios de legalidad y de certeza jurídica, los derechos adquiridos serían una utopía y la aplicación del derecho pasaría a depender del Orden Jurídico que pueda regir dentro de 40 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. 9) 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. 10) 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 (EE) 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". Concluye que comparte la posición mayoritaria de los Tribunales según la cual el plazo para la prescripción comienza a contarse a partir del 1° de marzo de 1985, porque en el período dictatorial no existían las garantías para la promoción de esta clase de denuncias, definiendo entonces con dichos argumentos el archivo de las actuaciones, dispuesto por dec. 1057/2012. 11) Afirmando la imprescriptibilidad del supuesto delito que se investiga y fundamentar la recurrida en la sentencia que refiere al caso Gelman, resulta contrario a derecho. El asumir entonces la posición de que el presunto delito que se investiga en autos es de lesa humanidad, echaría por tierra su prescripción. Este criterio, es adoptado curiosamente a partir del año 2005, en el que asume un gobierno integrado por quienes participaron de una guerra interna contra quienes hoy son juzgados. Sin lugar a dudas esto constituye una clara aplicación de un "derecho penal del enemigo", absolutamente inconcebible en un Estado Democrático. Implicaría también desconocer los gobiernos democráticos de 1985 hasta 2005. 12) 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 ius puniendi 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). 13) 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). 14) La jurisprudencia de la Corporación ilustra cuando en varias sentencias declarando la inconstitucionalidad de la ley 18.831, expresa: "La jerarquía constitucional del principio de legalidad 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" (Sentencia No. 1501/2011 de la Corporación)". 15) De igual manera se pronunció el Juzgado Letrado de Las Piedras de 1er. Turno en Sent. N° 854 de 24/9/2015, donde la Magistrada resolvió que los hechos denunciados con apariencia delictiva estaban prescriptos clausurando el proceso y decretando el archivo del expediente. 16) En recientes sentencias de la SCJ 228 y 259/2016, la posición del Dr. Jorge Chediak es "hacer lugar a la defensa de prescripción opuesta por los enjuiciados, clausurándose las actuaciones respecto a ellos", convocando la Sent. 360/2014 del TAP 2°, que en apretada síntesis, sostuvo: "...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, aun 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". 17) De la misma forma el (Dr.) Julio Olivera Negrin en Sent. N! 538/2015 de TAP 4°, revocó la Res. N° 2309/2014 "...Y en su mérito, en cuanto a la situación de FF declaró que operó la prescripción de cualquier eventual delito que pudiera haber existido, disponiendo la clausura de las actuaciones...". 18) No escapa a esta defensa (ni al Sr. Juez, obviamente), las dificultades que aparece intentar someter a juicio hechos ocurridos cuarenta años atrás y bajo un régimen de excepción, pero es el propio ordenamiento jurídico el que soluciona la cuestión, a través de los principios que lo informan y dan sentido. Resultan débiles y desatinados razonamientos a los que se debe acudir con la finalidad de eludir la prescripción inevitablemente ocurrida, ya sea recurriendo a una tipificación inexistente al momento de los hechos o deteniendo el transcurso del tiempo durante el lapso que la posición del PJ, del PL e incluso del Soberano, no convino a los intereses de la causa y se manifestó en su contra. Tampoco resulta ajena la manifiesta voluntad de castigo, natural ante la gravedad y prepotencia e injusticia de los hechos relativos a cualquier régimen de facto, que sin considerar el móvil de venganza que pueda guiar el espíritu de algunos, seguramente, los más, se movilizan ante la esperanza ingenua de que el castigo garantice un nunca más. Pero todo ello no logra disimular ni justificar la vulneración consciente de principios caros al Estado de Derecho utilizando un puñado de individuo, personas, seres humanos, "como medios para obtener fines". 19) Así sucedió en el Tribunal Militar de Nüremberg, que más que un tribunal internacional debidamente constituido, fue establecido ex post facto, creado entre los aliados e integrados por jueces de la nacionalidad de los vencedores, sus reglas fueron establecidas, como en el caso que nos ocupa, después de acaecidos los hechos y sólo se juzgaron las responsabilidades de los grandes criminales de guerra de los Estados que la perdieron. Pero al Tribunal de Nüremberg como al Tribunal Militar para Extremo Oriente (Tokio), se le hicieron las objeciones de: ser una jurisdicción de los vencedores, que violentan el Principio de irretroactividad de la ley penal y que

desconocen el Principio de Igualdad (Derecho Internacional Público, Tomo 2, Eduardo Jiménez de Aréchaga, Heber Arbuét Vignali y Roberto Puceiro Ripoll, p. 332/333). Los juicios enumerados por el Sr. Juez, tienen antecedente y fundamento en esos Tribunales cuestionados. 20) La gravedad de la cuestión es indiscutible, en tanto está en juego nada menos que la libertad y las garantías de los justiciables, lo que justifica una posición restrictiva que favorezca al posible reo. Así se ha manifestado recientemente el abogado consultor Robert McWhirter, en ocasión del curso para Fiscales de cara a la reforma del CPP. De acuerdo a la publicación aparecida en el Diario El País el 19 de marzo, el experto, preguntado sobre el rol que deben desempeñar las víctimas, expresó: "...Los intereses de la víctima se tienen que respetar, pero yo no diría que es una buena idea que la víctima tenga tantos derechos porque lo más importante es no quitarle derechos al imputado". 21) En esta causa, como en todas, debe honrarse al Estado de Derecho, 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.

VI) Al evacuar el traslado respectivo (fs. 1064/1079 vto.), el M. Público abogó por la confirmatoria. Contestó, en síntesis:

1) La Fiscalía ha sostenido invariablemente que en causas como la de autos, se investigan delitos de lesa humanidad, definidos en normas de jus cogens, reconocidas por nuestro derecho positivo. 2) Por los arts. 72 y 332 de la Constitución, corresponde aplicar directamente las normas de derecho internacional, que reconocen los delitos que atacan los derechos humanos, su calificación de lesa humanidad, así como su condición de imprescriptibles, por lo que dichas normas resultan autoejecutables. 3) Argumentó extensamente respecto al "terrorismo de Estado" (con mención al art. 4° de la Ley 18.596) y a la obligación de cumplir la Sent. N° 24/2011 de la Corte Interamericana de DDHH (Gelman vs. Uruguay), citando dictámenes de la Fiscalía de Corte, Sents. de la Sala (41 y 84/2013) y Sent de la SCJ de 7/5/2015, transcribiendo el voto de uno de sus integrantes (Ministro Dr. Felipe Houne).

VII) Contra la Res. N° 364/2016, la Defensa de Frachelle (fs. 1080/1086 vto.), interpuso Reposición, Apelación y Nulidad:

- Nulidad: 1) Sostuvo que la recurrida en el numeral 1° de su parte dispositiva, deniega la solicitud de clausura y archivo, mientras que en el último numeral otorga efecto suspensivo al recurso de apelación presentado contra la providencia 2706/2015 que se había revocado la clausura y archivo de las actuaciones para su defendido. 2) En efecto, por auto 2702/2015 se dispuso "como pide" al pet. 1 de fs. 914, donde la compareciente había solicitado la clausura y archivo de las actuaciones por prescripción de los presuntos delitos denunciados. Por auto 2706/2015 el Magistrado actuante revocó por contrario imperio dicha clausura y archivo, por lo que de conformidad con lo dispuesto en los arts. 88, 251 y 252 del CPP, se interpuso "revocación y apelación en subsidio". 3) La recurrida resolvió entonces simultáneamente dos cuestiones que debieron ser tratadas en forma independiente y aislada, en atención a que se encuentra pendiente de resolución por un órgano de alzada el recurso de apelación contra la providencia 2706/2015 que revocó la clausura y archivo respecto de su defendido. Al haberse otorgado efecto suspensivo al recurso, se suspende su competencia hasta que el expediente le sea devuelto para cumplir con lo resuelto en la instancia superior. 4) Estando impugnado el numeral 1 de la recurrida (364/2015), ésta no queda firme, por lo que no se cumple con el presupuesto del num. 1 del art. 251 CGP. En consecuencia, su defendido queda desamparado para que el Tribunal de Alzada resuelva el recurso de apelación interpuesto en tiempo y forma contra la providencia 2706/2015, que además fue concedida. Pero a su vez, si no se recurre la presente interlocutoria -y para el caso que el Tribunal de alzada mantenga la providencia 2706/2015- precluye la posibilidad de recurrir la presente, lo que deja en estado de indefensión a su defendido, de entenderse que habiendo podido señalar la irregularidad en la primera oportunidad, no se hizo, por lo que se aceptan las actuaciones como cumplidas válidamente. 5) La recurrida está viciada de nulidad en tanto el numeral 1 deniega la solicitud de archivo estando pendiente de decisión del recurso de apelación otorgado en el numeral 3 de la misma. 6) El lapsus calami que el Sentenciante atribuye al hecho de haber decretado la clausura y archivo de las actuaciones para su defendido, lo que enmendó -según él expresa- en la oportunidad procesal inmediata, revocando por contrario imperio, no justifica adelantar su posición con respecto a dicho requerimiento, desde que estaba impedido de hacerlo por carecer de jurisdicción al otorgar el recurso de apelación con efecto suspensivo. Por otra parte, no puede pasarse por alto, la mención que hace la impugnada a la posición de la Fiscalía en cuanto a que fue la compareciente quien habría inducido en error al Magistrado (en el orden o formulación del petitorio).

- Agravios: 1) Sin perjuicio de mantener todos los argumentos vertidos en la solicitud de clausura (fs. 902/914), la recurrida se basa en normas de vigencia posterior a la ocurrencia de los supuestos hechos denunciados en el hipotético caso que hubieran acontecido. 2) Sin entrar a la calificación de los delitos, como dice el sentenciante, cualquiera fuera su tipificación, es claro que el alcance temporal de cada una de esas normas rige a futuro, sus textos lo establecen en forma expresa, pero además no solo revisten naturaleza meramente procesal, sino que incluyen aspectos sustantivos, cuyo reflejo procedimental dice relación con garantías esenciales: legalidad e irretroactividad de los delitos y sus penas. 3) Vale decir que no se puede hablar de imprescriptibilidad de delitos, que en caso de haberse cometido, no estaban tipificados en nuestra legislación, tal como lo pusiera de manifiesto con claridad meridiana el Juzgado Letrado de Las Piedras en Sent. de 24/9/2015: "...la irretroactividad de la ley penal, constituye un requisito inherente a la prohibición penal derivada del artículo 15 inc. 1 del CP, que está especialmente consagrado por una norma de derecho internacional como lo es el Pacto de San José de Costa Rica, que es Ley nacional (No 15.737) y que literalmente expresa que: <Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco puede imponer pena más grave que la aplicable al momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la Ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello>". Y continúa: "En doctrina se ha expresado que: <...la irretroactividad de la Ley penal es un principio liberal o garantía implícita en el art. 72 de la Constitución, que deriva, además, indirectamente, del principio de libertad, expresamente proclamado en el art. 10 inc. 2 de la Carta. Asimismo, está íntimamente vinculado a la seguridad, valor aludido en el art. 7 y también comprendido en el art. 72 de la Constitución...>" 4) Tampoco se comparte la forma en que se computa el plazo de prescripción. En efecto, el sentenciante, haciéndose eco de la posición del Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 4° Turno sostuvo que el reinicio del cómputo de la prescripción (interrumpido durante el gobierno de facto), se reiniciaría en alguna de las siguientes hipótesis: a- fecha en que eventualmente el PE hubiese emitido un nuevo informe en un caso concreto excluyendo el hecho presuntamente delictivo de la caducidad operada legalmente; b- a partir de la fecha del dictado de la Res. N° 322/2011; o, c- a partir de la fecha de entrada en vigencia del art. 1° de la Ley 18.831 (27/10/2011). Esa forma de computar la prescripción resulta agravante. 5) A partir del 1°/3/1985 se constituyó un gobierno democrático y se restablecieron todas las garantías individuales. Desde esa fecha, hace más de 40 años, los denunciados pudieron presentar las denuncias, nada se los impedía; de hecho, se presentaron ininidad de denuncias y solo si el PE entendía que su caso estaba comprendido dentro de los previstos en la Ley 15.848, podrían haber argumentado que dicha Ley se erigió en obstáculo para ellos. Pero esto no ocurrió. Subvertir la carga de los denunciados e imputar los efectos negativos de su omisión a los denunciados, constituye una flagrante violación del principio de seguridad jurídica y da pábulo a que se desvirtúen los principios que informan el derecho penal. Como se sostuvo en la interlocutoria 854 mencionada: "...el cómputo del plazo de prescripción comenzó a correr el 1° de marzo de 1985, fecha en la que se abandonó el régimen de facto y retornaron su actividad normal las autoridades legal y constitucionalmente establecidas, devolviendo a su vigencia todos los derechos y libertades reconocidos a las personas..." "Por ello a la fecha de presentación de la denuncia de obrados, 19/10/2011, habían transcurrido ya más de 20 años del acaecimiento de los hechos denunciados, por lo cual, los delitos respectivos se encuentran a esta altura prescriptos, provocando su extinción jurídica..." 6) Tampoco se comparten las citas que efectúa la atacada y que dan sustento a la parte resolutive en cuanto a la clausura. Transcribiendo a Real se expresa: "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". La misma línea sigue el M. Público en su dictamen cuando manifiesta: "Por tanto los jueces y fiscales nacionales quedan obligados a efectuar un control de convencionalidad entre las disposiciones de la Convención y las normas legales del derecho interno. Y en virtud de dicho control de convencionalidad existe un deber judicial concreto de inaplicación del precepto normativo objetado, por carecer de valor jurídico. El control de convencionalidad es asimilable en sus efectos al control de constitucionalidad." 7) Más allá de no compartir ninguno de estos argumentos, porque avasallan principios caros del derecho penal, resulta evidente que llevan a desconocer la competencia privativa que la Constitución otorga a la SCJ, en la declaración de inconstitucionalidad de las leyes. Resulta inadmisibles que los órganos jurisdiccionales se aferren a banderas para desconocer la norma legal y su recta aplicación. Siguiendo a Calamandrei, "...mientras el derecho sustancial es considerado por el Juez en primer término como objeto de juicio, esto es, como derecho que otro debía observar y que la providencia jurisdiccional trata de hacer observar a otro, el derecho procesal es norma de conducta para todos los sujetos del proceso y, por consiguiente, para el propio juez que está obligado a observarlo él mismo..." (Instituciones, T. I, p. 346). 8) Argumentos como los sostenidos han llevado a que cobre relevancia en estos últimos tiempos, la teoría del gobierno de los jueces, a decir de Robello, por el progresivo y desmesurado avance que ha tenido el protagonismo judicial, decidiendo en innumerables cuestiones que quizás exceden su esfera de competencia, originariamente prevista para "juzgar", "administrar justicia", es decir, intervenir en litigios sometidos a su resolución jurídica. 9) Indudablemente, no puede admitirse que la suerte de los justiciables dependa de los vaivenes de los pareceres jurídicos de los distintos aplicadores del derecho. Que la independencia técnica y la función jurisdiccional se ejerzan soberanamente es una cosa y otra, arrojarse atribuciones que no encuentran lugar dentro del orden jurídico y en base a ellas tomar decisiones contrarias a la ley nacional vigente. 9) La posición de que la sentencia de la Corte IDH dictada en el caso Gelman vs. Uruguay impone la obligación de rechazar la clausura basada en la prescripción, es otorgar efecto erga omnes a la mencionada sentencia, sin previsión legal y desvirtuando la indisponibilidad del proceso penal (arts. 18 de la Constitución y 16 del CGP). El proceso es de ordenación legal, regulado solo por la ley, que en materia penal es irretroactiva (arts. 7 CPP, 15 CP), en ella rige la prescripción (arts. 8 CPP, 16 CP) y la territorialidad (art. 9 CPP). La recurrida no explica por qué no aplica por ej. El fallo dictado por la misma Corte IDH el 31/8/2011 en Grande vs. Argentina, o el fallo de la SCJ N° 20 recaído en autos, siendo la competente para casos de inconstitucionalidad y cuestiones relativas a tratados y pactos internacionales. Aquí ha de estarse

al art. 539.1 CGP sobre eficacia de las sentencias extranjeras, de cuya lectura se desprende nítidamente que deben cumplir con ciertos presupuestos entre los que se destacan que el demandado haya sido notificado o emplazado en legal forma y se haya asegurado la debida defensa, lo que no sucedió, porque los denunciados en autos no lo fueron en el caso sobre el que versa la sentencia del caso Gelman, ni es análogo.

VIII) Al evacuar el traslado respectivo (fs. 1088/1089), el Dr. Carlos Negro remitió a lo expuesto por la anterior titular de la Fiscalía (Dra. Ma. de los Ángeles Camiño) al contestar los recursos interpuestos por las demás Defensas (fs. 974/981).

En cuanto a la nulidad, contestó que no deja de asistir razón a la recurrente respecto a que se encuentra pendiente la resolución por parte de un Tribunal de Apelaciones, si corresponde confirmar la revocación de la providencia 2702/2015, manteniendo la providencia 2706/2015, o por el contrario revocar dicha revocatoria. De suceder esto último, el TAP debería sostener que la causa se encuentra ya clausurada, y que los delitos en ella investigados se encuentran prescriptos, lo que en definitiva constituye el núcleo de aquel debate, y de éste. Por ende, entiende la Fiscalía que el TAP ya tiene bajo su órbita la resolución de los recursos que en definitiva resolverán la cuestión. Sin perjuicio de ello, dijo, correspondería “mantener la clausura ya dispuesta (resolución 2706/2015), estando a lo que resuelva sobre ella el TAP actuante y en virtud de los recursos interpuestos por la Defensa a fs. 950 a 955”. Solicitó en definitiva, que no se admita el recurso planteado contra la Res. N° 364/2016, “en tanto el punto ya se encuentra a estudio del Tribunal de Apelaciones en virtud del mismo decreto en su numeral 3° de fs. 1047”.

IX) En Res. N° 1200 de 6/6/2016 (fs. 1100/1104) el A quo:

1) Desestimó fundadamente los recursos de Reposición interpuestos por los indagados BB, CC, DD, GG, HH II. Al respecto, sostuvo:

a) no se atribuyó facultades para determinar el comienzo de un plazo a una sentencia ni modificó las reglas de prescripción (fs. 1040/1046); b) se protegen tanto los derechos de las víctimas, como de los indagados, y no se puede poner en duda el apego al debido proceso, ya que los indagados interpusieron las vías recursivas que entendieron pertinentes; c) no es cierto que se haya otorgado preeminencia al derecho internacional sobre el derecho interno, sino que se realiza una interpretación acorde nuestra normativa en ambos regímenes (fs. 1040/1042); d) al no haber existido pronunciamiento (fs. 1059 vto., num. XXI) en relación a los delitos objeto de denuncia, no corresponde expedirse sobre las objeciones a la creación y funcionamiento de Tribunales Militares. Y,

2) Declaró improcedentes los recursos de la Dra. Frachelle (fs. 1080/1086 vto.). Dijo coincidir con el Sr. Fiscal y que “La providencia Nro. 2076, fue recurrida en forma...y sobre ello ya se expidió este Tribunal, en la multicitada sentencia interlocutoria nro. 364...que no hizo lugar al recurso de Reposición y le otorgó el recurso de Apelación, que era con efecto suspensivo a su respecto, lo que no se pudo cumplir efectivamente, en virtud de los recursos interpuestos a posterior, en forma sucesiva (fs. 1054 y fs. 1080)”.

X) Recibidos los autos principales se citó para sentencia, cuyo dictado se acordó en legal forma (fs. 1113 y ss.).

CONSIDERANDO

I) La Sala, por unanimidad de integrantes desestimaré los recursos interpuestos, sin dejar de advertir que se otorgaron con efecto suspensivo, injustificadamente, ya que refieren a decisiones incidentalmente adoptadas durante un presumario, el efecto correspondiente debió ser no suspensivo: "...se ha señalado que el efecto suspensivo de la apelación es la regla en el proceso penal, y que las previsiones contenidas en los arts. 132 y 161 CPP constituyen excepciones a dicha regla.

Por el contrario, en nuestra opinión, tratándose de sentencias interlocutorias, la regla es el efecto no suspensivo de la apelación, de modo que las disposiciones citadas (arts. 132 y 161 CPP) reflejan la regla y no la excepción.

En este sentido, y ante la ausencia de previsiones específicas, la normativa procesal penal debe complementarse con las disposiciones del Código General del Proceso (art. 6 del CPP) en materia de apelación (art. 252), que consagran el efecto no suspensivo como regla tratándose de sentencias interlocutorias. A lo que cabe agregar, como referencia normativa del CPP, el efecto no suspensivo previsto para el trámite incidental (art. 297); lo que permite concluir que, si -de regla- el incidente no suspende el principal, la apelación de la sentencia interlocutoria, que decide el incidente, no puede operar dicha suspensión, salvo que la sentencia ponga fin al proceso principal..." (Garderes-Valentín, CPP-Comentado, Ed. La Ley, 2012, p. 347. Cfm. TAP 2, Sent. 248/06, LJU 15.714).

II) En cuanto a los agravios contra la Res. N° 2706/2015, recurrida únicamente por la Defensa del indagado CC, no cabe duda que ésta vino a subsanar un lapsus calamii (Res. N° 2702/2015). Esto es de meridiana claridad, por cuanto se había definido liminarmente un petitorio sustantivo (clausura) ubicado inusualmente en primer término de la demanda incidental.

Así como no existe motivo fundado para inferir que hubo una deliberada inducción en error al A quo (como atribuye el M. Público a la Defensa recurrente), tampoco hay elemento alguno que permita seriamente asignar carácter decisorio a aquella involuntaria "resolución" de clausura, repuesta por contrario imperio, no bien fue advertido el error (arts. 62 y 222.1 CGP).

No puede pretender la recurrente que su pedido fuera amparado al día siguiente, sin oír al M. Público, en infracción a los principios de igualdad e imparcialidad (art. 113 CPP).

Y carece de sentido una expresión de agravios como la que fundó los recursos, con referencias a argumentos que no se dieron en la recurrida, únicamente motivada en lo evidente: la constatación del desfasaje en el proveído dejado sin efecto.

III) En cuanto a los agravios contra la Res. N° 364/2016 (expresados por los demás apelantes), está fuera de debate que para la eventual prescripción de cualquier delito que pudiese corresponder a los hechos denunciados (fs. 1/80), 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 que hubo degradación del Estado de Derecho anterior al 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), 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 delitos “...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 en Sent. N° 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.

IV) También la Sala ha relevado 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 el PE y el 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. 3º 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 nº 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 compartirse 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 jurídico 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 suscritos 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..."

V) 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 Gelman 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: “Miguel Espósito es un funcionario policial argentino imputado de haber dado muerte, en 1988, por apremios 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 Bulacio 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 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 prescrito. La Corte Suprema, con base en los actos criminales atribuidos a Arancibia Clavel 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. 387/388)" (de la Sala, Sent. N° 313 de 24/9/2013).

Como se tuvo presente luego (Sent. N° 4/2014), "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".

"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 extinguió 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).

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 Derecho Penal. Parte General, Ediar, Bs. Aires, 2006, p. 150).

También en este mismo sentido se ha pronunciado recientemente la SCJ (Sents. N°s 794/2014 y 1061/2015), como pusiera de manifiesto el Sr. Fiscal Nacional interviniente.

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

RESUELVE

CONFÍRMASE LAS RECURRIDAS 2706/2015 Y 364/2016. NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE.