

22/07/2016

Sentencia N° 163/2016

| | |
|--|----------------------|
| 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. DENUNCIA" (IUE 87-134/2012); venidos del Jdo Ltda. en lo Penal 1°, en virtud del recurso de la Defensa de Julio Barrabino (Dras. Rosanna Gavazzo y Estela Arab), contra la Res. N° 3159/2015, dictada por el Dr. Juan Carlos Fernández Lecchini con intervención del Sr. Fiscal Ltda. Nacional en lo Penal 6° T. Dr. Carlos Negro.

RESULTANDO

l) La recurrida (fs. 380/393) no hizo lugar al pedido de clausura y archivo (fs. 369/371 vto.) del presumario iniciado con denuncia presentada el 15/10/2011 por AA (fs. 5/8 vto.), donde dijo haber sido secuestrada en su domicilio el 23/12/1977 por personal militar que la condujo a un establecimiento donde permaneció detenida hasta principios de febrero de 1978, cuando fue trasladada al Batallón de Artillería N° 1, del que a mediados del mismo mes fue trasladada al Establecimiento Militar de Reclusión N° 2 (Punta de Rieles), donde permaneció hasta el 26/12/1983, cuando fue dejada en libertad. En el primero de los lugares mencionados -dijo- fue sometida a torturas, plantones, "submarinos", amenazas, etc., trato cruel e inhumano que constituye el delito de Torturas. A solicitud formulada por el M. Público el 25/5/2012 (fs. 12 vto.) su denuncia fue ratificada el 3/8/2012, cuando dijo que en Punta de Rieles (cuyo Director era el Cnel. BB) la tuvieron desnuda 48 hs. en pleno invierno, por orden de Maurente (fs. 20/22 vto.). Luego de ello, el Sr. Fiscal interviniente solicitó la declaración de los militares retirados CC, DD y Cnel. BB.

Una semana luego de haber declarado, el 27/11/2012 (fs. 54/64), asistido por la Dra. Figueredo, el primero de los nombrados interpuso excepción de inconstitucionalidad de la Ley 18.831, desestimada por Sent. N° 597/2013 (fs. 192/196).

Recibidos los autos en la Sede A quo el 23/12/2013 (fs. 201 vto.), dispuso diversas medidas instructorias. En su tortuoso devenir, se llegó a citar para el 6/11/2015 a BB, quien compareció pero se negó a declarar hasta que se decidiera su solicitud de clausura fundada en los arts. 117 y cc. CP, formulada en escrito presentado en esa fecha, donde designó Defensoras a las Dras. Gavazzo y Arab (fs. 368/372).

De dicha solicitud se dio vista al M. Público, quien se opuso (fs. 375/379) diciendo que se investigan delitos de lesa humanidad (imprescriptibles) definidos en normas de jus cogens, reconocidas por leyes 13.751 de 1969 y 18.026 de 2006, así como en Tratados y Convenciones incorporadas al orden interno conforme arts. 72 y 332 de la Constitución.

Recayó entonces la recurrida, donde el A quo, luego de una reseña sobre la cuestión de la imprescriptibilidad, concluyó que "...las instrucciones deben continuar. Y en su momento determinar si los hechos son un delito de lesa humanidad y si han prescripto o no. Al día de hoy no hay argumentos válidos para sostener que la prescripción ha operado sus efectos.

"No corresponde ahora determinar si se va a aplicar la normativa nacional o internacional, si corresponde aplicar la normativa del Código Penal vigente desde 1934, o la normativa de la ley 18.026, o la normativa convencional internacional o la consuetudinaria internacional (al respecto, "Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España", Kai Ambos/Ezequiel Malarino, Instituto Max Planck y Konrad Adenauer Stiftung, 2003, p. 73). Por eso es que el despacho no se afirma ahora en la consideración de las normas tipificadoras a aplicar, extremo que parece disgustar a los letrados comparecientes a fs. 193 y ss." (fs. 393).

II) El 11/12/2015, las Dras. Gavazzo y Arab interpusieron Reposición y Apelación (fs. 325/337). Dijeron entonces:

1) 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 indisimulado de alcanzar el anhelado castigo a la dictadura a través de alguno de los militares de la época. Parecería, que en nuestro país no rigió plenamente el Estado de Derecho hasta el advenimiento del Gobierno del Frente Amplio o dicho de la forma que lo expresa el Sr. Juez haciendo referencia a una tesis que le resulta “acompañable”, hasta que “asume la dirección política nacional un gobierno que sea capaz de perseguir este tipo de delitos cometidos por medio del gobierno y que además tenga voluntad política de no impedir su investigación, juzgamiento y castigo”. 2) La Defensa no puede menos que expresar su rechazo categórico e irrenunciable a cualquier tesis que pretenda introducir en asuntos de Derecho cuestiones que solo pueden ser resueltas mediante consideraciones inevitablemente políticas. El Derecho vigente es uno, y su estricta observación es lo que garantiza a todos los justiciables el Estado de Derecho. La noble investidura debería impedir al Sr. Juez tales apreciaciones denigrantes del Orden Jurídico. 3) Respecto al relevamiento de normas de derecho internacional que la Sede efectúa, así como de la jurisprudencia de igual naturaleza, corresponde tener presente la imposibilidad de que las mismas sean aplicadas al caso que ocupa las presentes actuaciones, en virtud de la inocultable circunstancia de la posterioridad de su sanción o acogimiento en el ámbito nacional respecto del tiempo de ocurrencia de los hechos, y en atención a las normas nacionales que reconocen o determinan las fuentes de derecho. Todas las normas que señala la Sede han sido dictadas o recogidas en el ámbito nacional con posterioridad a los hechos que se denuncian. Ninguna fue sancionada en nuestro país con anterioridad a 1985, por lo que su aplicación a hechos anteriores resulta inaceptable en honor al principio de no retroactividad de la ley penal. Contrariamente a lo que parece sostener la Sede, tal imposibilidad no es subsanable por aplicación del art. 28 de la Convención de Viena, introducido al Derecho Nacional mediante la Ley 16.173 de marzo de 1991, que precisamente consagra la irretroactividad de los tratados. 4) Tampoco es de recibo la aplicación de jurisprudencia internacional a causas nacionales. Nuestro derecho vigente establece claramente que solo la ley es fuente de derecho, por lo que introducir delitos o calificaciones a través de jurisprudencia resulta claramente contrario a Derecho. La aplicación de normas de “derecho consuetudinario o aún de ius cogens” que refiere la Sede, además de no ser aplicables por no constituir fuentes de derecho. Su aplicación deviene imposible como tipificadores de delitos o calificaciones de los mismos, en tanto la vaguedad que les es intrínseca, les impide la descripción, y determinación de sanción propias de toda norma tipificadora. Asimismo, la desviación de derecho que se propone o admite, implica desconocer derechos fundamentales de los individuos. Ninguna norma o jurisprudencia, internacional o no, puede perjudicar los derechos individuales contrariando el Derecho. 5) Se coincide con el TAP 2° en que “...nunca cabría soslayar principios constitucionales de garantía de Derechos Humanos o Fundamentales, del propio Estado que acepta la jurisdicción de la Corte Interamericana, como tampoco los que imponen los referidos sistemas americano y universal de protección de esos derechos”; y en que “...Nada puede justificar que el Estado -Estado parte de dichos sistemas internacionales- deba o pueda llevar a cabo acciones que sean contrarias a los Derechos Humanos reconocidos a los individuos, tanto por su legislación interna tanto como por la normativa con fuente en esos sistemas internacionales. No existe razón que justifique ignorar la normativa tutelar de derechos fundamentales, consagrada tanto en el derecho interno como en el derecho internacional de los Derechos Humanos. Y esto...es esencialmente insoslayable para los órganos jurisdiccionales nacionales

que deben garantizar la plena vigencia de los llamados Derechos Humanos o Derechos Fundamentales (art. 23 de la Constitución)". Concluye la Sala que "...la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en primer lugar, no tiene competencia penal sino exclusivamente en materia de Derechos Humanos y sus repercusiones civiles y en el Derecho Internacional, esto último, en función de las obligaciones que asumen los Estados contratantes, por lo cual sus fallos no pueden juzgar criminalmente a los ciudadanos de dichos Estados creando delitos o normas sobre prescripción por vía jurisprudencial, sino que obligan a cumplir sus decisiones en la materia de su competencia propia y a exigirles a los Estados el asumir las responsabilidades convenidas con la Comunidad Internacional. Tampoco su jurisprudencia es fuente de derecho, sino que rige para el caso concreto, por lo cual mal puede extenderse las conclusiones de un fallo específico a otros asuntos "ipso iure" como se argumenta. Por tanto, es imprescindible amalgamar los pactos internacionales y la jurisprudencia de los Tribunales Internacionales con las normas de derecho interno, sobre todo con la Constitución...porque el control de convencionalidad...no implica por sí solo rango constitucional o supra constitucional a los Tratados". 6) El TAP 2° "...ha sostenido con anterior y con la actual integración desde el año 2006..., que indefectiblemente el tiempo para su esclarecimiento se agotaba a fines del año 2011 por virtud del instituto de la prescripción...ya que su característica central es el transcurso del tiempo, médula y razón de ser de su existencia, fundado en razones de buena fe, de seguridad jurídica y en la necesidad de marcar límites temporales máximos al ejercicio de los derechos que permanecen inactivos, con excepción de aquellas situaciones que el legislador entienda deban ser imprescriptibles". "Desde que la doctrina y jurisprudencia, prácticamente unánime, admitió la naturaleza material y no procesal de la prescripción en materia penal y, en nuestro ordenamiento jurídico de conformidad con las normas tanto procedimentales como sustanciales, la alegación de la prescripción dejó de estar reservada a la iniciativa del interesado o de la parte, para ser apreciable de oficio (artículo 124 del Código Penal) y, asimismo, alegable en cualquier fase del proceso. El legislador ha tasado, a priori, el tiempo que entendió necesario para agotar la voluntad del Estado en el castigo de los crímenes, delitos y faltas, siempre teniendo en cuenta la importancia del injusto, y, es a dichos plazos a lo que los operadores del derecho deben atenerse...no solamente impide la condena del reo sino que detiene el procesamiento, sea cual fuese el estado en que éste se hallare; hay más, operada antes de iniciarse el sumario, impide el procesamiento; el Juez no podría decretarlo aun cuando concurrieran los demás elementos indispensables: el delito y la semi plena prueba de la culpabilidad..." (LJU 1134). 7) Con relación a la aplicación del principio de que al impedido con justa causa no le corre término (art. 98 CGP), sostuvo el Tribunal en cuestión que no se comparte que "haya existido un impedimento con esas características que provocara la suspensión del término de prescripción. Se dijo y se mantiene que la presencia de un requisito de procedibilidad derivado de la ley 15.848 no puede asimilarse al impedido con justa causa que naturalmente refiere a situaciones objetivas de fuerza mayor o caso fortuito insalvables y ajenas a derecho, mientras que la referencia que se realiza es nada menos que a la ley como esencia del mentado impedimento". Parece innecesario aclarar que se trata de una norma dictada por el Parlamento Nacional y aplicada durante seis gobiernos democráticamente elegidos por los ciudadanos de la República y, por si ello fuera poco, en su momento dicha ley fue impugnada de inconstitucionalidad ante la SCJ y reiteradamente declarada constitucional por el PJ. Siendo así ¿cómo es posible que haya un impedido con justa causa cuando el supuesto impedimento no es otro que el cumplimiento de una ley vigente y de la Constitución? No parece razonable el argumento, porque es negar el Estado de Derecho durante todo ese período, lo que sería un símil a lo que se sostuvo en relación a los años de dictadura militar, donde sin hesitación, toda la jurisprudencia es conteste en que el impedimento fue manifiesto, pero la simple comparación resulta odiosa. Y, "...es un dato de la realidad que tanto el Poder Ejecutivo como el Legislativo estaban plenamente conscientes de la opinión de la Comisión Interamericana de

Derechos Humanos sobre la ley 15.848, como asimismo, que la Comunidad Internacional allí representada en razón de los Tratados firmados por el Uruguay, sostenía que se estaba incumpliendo los compromisos asumidos; pero de todas formas actuaron libremente de acuerdo a su leal saber entender; obviamente dentro del ejercicio de sus potestades constitucionales y sin cambios sustanciales durante casi veinte años por los sucesivos Poderes del Estado. Es evidente que puede existir responsabilidad internacional del Uruguay desde el año 1992 por no ajustarse a dicha recomendación, como asimismo que pudo ser pasible de las sanciones a dicha recomendación, como asimismo que pudo ser pasible de las sanciones que la Comunidad Internacional dispusiera, las que sin embargo no se dieron, pero lo concreto es la inexistencia de una causa de fuerza mayor, un caso fortuito o una situación inesperada o sorpresiva, sino por el contrario, una inacción originada en actos voluntarios de los Poderes del Estado dentro del régimen democrático durante cinco períodos de gobierno. Por tanto, 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), salvo las excepciones por eventuales interrupciones originadas en situaciones particulares en relación a los agentes". 8) Agrega luego el TAP 2° que: "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 u otro y, si luego, se desconoce lo actuado se afectan derechos adquiridos en violación a preceptos constitucionales y se deteriora el Estado de Derecho. Concluye así que: "No hubo ningún impedido con justa causa o una forma de suspensión de la prescripción que determinara que el plazo dejara de correr durante el tiempo del impedimento, sino actos discrecionales del Poder Ejecutivo efectuados al amparo de una ley vigente, tanto es así, que la revocación genérica que dispuso el Sr. Presidente de la República Mujica en el año 2011 (de todas las resoluciones que incluían asuntos en la ley 15.848), bien pudo ocurrir mucho antes en su mandato o, incluso, en el del Presidente Vázquez si así lo hubieran entendido, pero sin embargo tal cosa no aconteció excluyendo solamente casos específicos.- Ello demuestra que no existió impedimento sino actos discrecionales basados en disposiciones legales por parte del Poder Ejecutivo y el libre ejercicio de sus cometidos Constitucionales en el caso del Poder Legislativo". 9) 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. N° 24/2006). 10) 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. 5) 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.

11) Una muestra más de que nos encontramos ante una clara aplicación del derecho penal del enemigo se encuentra en algunos pasajes del dictamen de 27/8/2012 del Dr. Pablo Rivas Vignolo a raíz de una denuncia presentada ante el Juzgado Letrado de Pando de 1er. Turno, referida a la denominada "Toma de Pando", donde murió alcanzado por un disparo, un civil (Carlos Burgeño) ajeno al enfrentamiento provocado por el MLN. En dicho dictamen se expresa que los sucesos denunciados no pueden ser alcanzados por las previsiones de la ley N° 18.026, en virtud de que la norma no existía al momento de ocurrencia de los hechos y no puede aplicarse en forma retroactiva, pues ello resultaría en franca vulneración del art. 15 inc. 1° del CP y de los pilares básicos en que se fundan los Principios que rigen el Derecho Penal. Cita además el Pacto de San José de Costa Rica que literalmente expresa: "Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable". 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. La disparidad de criterios del M. Público y los Tribunales para uno y otros casos, otorgan la razón a sus representados.

12) El Sentenciante, aunque dice que no corresponde pronunciarse sobre si los hechos denunciados han prescrito o no, de hecho sostiene la imprescriptibilidad del supuesto delito que se investiga, y hace una larga y profusa enumeración de distintos argumentos. El asumir entonces posición en cuanto a que la instrucción debe continuar, sin pronunciarse sobre la prescripción implica en los hechos entender que no han prescrito, porque a la Sede le está vedado entender en asuntos que no constituyen delito. 13)

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. 14) 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). 15) 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). 10) 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)". De igual manera se pronunció el TAP 2° cuando expresa que la naturaleza de los delitos objeto de la investigación presumarial: "la Sala reiterará su posición en cuanto a que no es posible sostener que los hechos ventilados en este expediente puedan ser atrapados por los delitos de lesa

humanidad o crímenes, y ello, por la sencilla razón de que las normas jurídicas nacionales que les dan soporte, como asimismo los tratados internacionales vinculados no estaban vigentes en la República Oriental del Uruguay al momento de comisión de los mismos (cfm. Sentencias Nros. 352/2008, 1/2010 y 204/2010 entre otras". En cuanto al principio de legalidad, como resulta de lo expresado por el redactor de la sentencia, Dr. Balcaldi y del enjundioso voto del Ministro Dr. Corujo: "El problema específico no está entonces en la clara vigencia del castigo a los crímenes, sino en la adecuación típica de los hechos concretos a las normas penales vigentes y al resto del ordenamiento jurídico imperante en los Estados. Ahora bien "...guste o no guste, la solución basada en un Derecho Internacional, en un derecho sancionador fundado sobre tales supuestos implica que, para castigar tan crueles hechos con delitos no existentes al momento de su comisión, es preciso renunciar, abdicar, de los principios fundamentales que constituyen los cimientos del Derecho interno del Estado liberal...No puede haber la menor duda y no la hay, más allá de sesudas exposiciones de empinados internacionalistas que, el ingreso del iuscogens constituye la muerte del principio de legalidad, y, esta muerte, viene acompañada con la partida de defunción del Derecho Penal liberal...Las bases del Estado de Derecho, tal y como nos las enseñaron, deben someterse a una paulatina e incesante demolición de sus principios constitucionales liberales aplicables a la materia penal, de forma de viabilizar esta nueva manera de punición...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". 16) 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". 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. 17) 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". 18) 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.

III) Al evacuar el traslado respectivo (fs. 413/427), el M. Público abogó por el rechazo de los recursos, reiterando los argumentos expuestos al evacuar la vista que culminara con la decisión impugnada. Dijo en síntesis, que los delitos denunciados son de lesa humanidad y por lo tanto no se les aplica el instituto de la prescripción, argumentando 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 CIDH (Gelman vs. Uruguay), citando dictámenes de la Fiscalía de Corte, Sent. de la Sala (84/2013) y reciente pronunciamiento de la SCJ (Sent de 7/5/2015, transcribiendo voto de su redactor Dr. Felipe Hounie).

IV) Por Res. 256/2016 (fs. 428/450) el A quo mantuvo fundadamente la recurrida y franqueó la Alzada. Elevó el principal, por lo que las actuaciones se paralizaron indebidamente incluso en relación a los indagados que no habían solicitado la clausura.

Colacionó pronunciamientos de doctrina y jurisprudencia especializada (de preferencia, extranjera o internacional), y señaló que la Ley 15.848, cuyo art. 1° alude a la "lógica de los hechos", no es válida, en tanto (citando en su apoyo los antecedentes parlamentarios), "fue fruto de la violencia ejercida sobre el sistema político y un acto jurídico tal que no adquiere validez conforme los principios generales del derecho".

CONSIDERANDO

I) La Sala, por unanimidad, confirmará la recurrida al no encontrar motivo para la clausura del presumario por eventual prescripción alegada por la Defensa de uno de los indagados

II) En relación a la prescripción de los posibles delitos o crímenes por hechos como los denunciados, la Sala tiene dicho: "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 de cada Estado de proveer a los sometidos a su jurisdicción una debida protección judicial cuando alguno de sus derechos haya sido violado. En el caso de la víctima, se trata de una expectativa que el propio Estado debe satisfacer (Corte IDH, CC, DD vs. Perú, 22/11/2005 y EE 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 11/3/04)...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, Proceso penal y DDDH, CELS, 2007, p. 54)" (Sent. 313/2013).

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

"En el caso, el titular de la acción penal es el Ministerio Público, pero, obviamente, no se aprecia 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” (TAP 2°, Sent. N° 263 de 26/8/2010).

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

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

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

A pesar de que puedan cometerse en tiempo de guerra, “...en general son el producto del establecimiento de un estado totalitario que se propone el exterminio de sus opositores...en muchos casos, se invoca una norma que los respalda. Este contexto tan particular hace extremadamente difícil que se persiga penalmente a sus autores mientras están en el poder y que solo sea posible hacerlo cuando dejan de detentarlo...(cuando) la acción penal puede haberse extinguido por...prescripción...”. Los problemas que suscita esta categoría “...pueden ser abordados desde la dogmática penal, pero también desde la filosofía general, la filosofía del derecho, la teoría legal, la sociología, el derecho constitucional, la teoría de los derechos humanos, el derecho internacional de los derechos humanos” (Lorenzetti-Kraut, *ob. cit.*, pp. 22/23).

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

supremo en la jerarquía internacional no puede ser descripta como “derecho” en el sentido del art. 7° de la Convención” Europea de Derechos Humanos, que dice:

No hay pena sin ley

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

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

III) También la Sala tiene relevado (Sents. N°s 84, 101, 313/2013, 2, 10, 275/2014, etc.) que la Ley de Caducidad fue efectiva y auténticamente, un obstáculo para la persecución criminal de delitos como los eventualmente convocados en la presente pieza. La Ley 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 P.E. que al revocar todos los actos administrativos y mensajes emanados del mismo, en aplicación del art. 3° de la ley citada, la convirtió en un “monumento testimonial en ruinas” o “una ventana que no tiene vidrios...” (Galain, La justicia de transición en Uruguay...Rev. de Der. 06/2011, KAS-UCUDAL, p. 140, nota n° 118).

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

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

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

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

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

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

“...El Comité también se refirió a la Ley de Caducidad en ocasión de sus observaciones finales realizadas en los años 1993 y 1998. En esas observaciones el Comité señaló que la Ley de Caducidad violaba los artículos 2-3 (derecho a un recurso efectivo a todas las víctimas de violaciones a los derechos humanos), el artículo 7

(tratamiento cruel de las familias de las víctimas) y el artículo 16 (reconocimiento de la personalidad jurídica) del Pacto. También recomendó al Estado uruguayo tomar las medidas legislativas necesarias para corregir los efectos de la ley de Caducidad y asegurar que las víctimas de dichas violaciones tengan acceso a un recurso útil y efectivo ante las instancias jurisdiccionales nacionales” (apartados 206 y 207; de la Sala, Sents.101/2013 y 313/2013).

Cuestionar que la Ley N° 15.848 obstaculizó -en mayor o menor medida, por décadas, según sucesivas etapas de su aplicación o interpretación por el PE- la averiguación de los delitos y su enjuiciamiento, es desconocer un antecedente necesario nacional (Sabalsagaray) e internacional (Gelman).

Las excusas de orden interno fueron rotundamente descartadas por la SCJ en Sabalsagaray y en Organización de los DDHH: “...no puede ahora invocarse la teoría clásica de la soberanía para defender la potestad estatal de limitar la protección jurídica de los derechos humanos...ya no se puede partir de una potestad soberana ilimitada para el Estado en su rol de constituyente...la regulación actual de los derechos humanos no se basa en la posición soberana de los Estados, sino en la persona en tanto titular, por su condición de tal, de los derechos especiales que no pueden ser desconocidos con base en el ejercicio del poder constituyente, ni originario ni derivado...Como señala Nogueira, en la medida en que los derechos humanos son inherentes a la dignidad humana, ellos limitan la soberanía o potestad estatal, no pudiendo invocarse esta última para justificar su vulneración o para impedir su protección internacional, no pudiendo invocarse el principio de no intervención cuando se ponen en ejercicio las instituciones, los mecanismos y las garantías establecidas por la comunidad internacional para asegurar la protección y garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de toda persona y de todas las personas que forman parte de la humanidad...”

IV) En otro orden, este Colegiado no encuentra argumento alguno de peso para dejar de revalidar lo dicho ya tantas veces, al desestimar impugnaciones semejantes: “A idéntica solución confirmatoria se arriba por: a) acatamiento de la sentencia de la Corte IDH en 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 prescripto. 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 extingüía 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 LA RECURRIDA. NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE, CON COPIA PARA EL A QUO.