

Sentencia Nº 259/2015

TAP 1º Turno

Montevideo 27 noviembre de 2015

VISTOS

para interlocutoria de segunda instancia en autos: “AA. DENUNCIA” (IUE 2-117149/2011); venidos del Jdo Ltdo. en lo Penal 2º, en virtud del recurso de las Dras. Graciela Figueredo y Rosanna Gavazzo contra la Res. Nº 2500 de 12/11/2014 dictada por el Dr. Pedro Salazar con intervención de la Sra. Fiscal Ltda. Nacional en lo Penal de 2º T. Dra. Ma. de los Ángeles Camiño.

RESULTANDO

I) La recurrida (fs. 219) no hizo lugar al pedido de clausura y archivo (fs. 212/214) del presumario iniciado con denuncia de BB del 25 o 30/11/2011 (fs. 3/11), por apremios que la denunciante dijo haber recibido entre febrero de 1971 y agosto de 1973, por personal militar.

Dicha clausura fue solicitada por “La defensa de CC” el 15/9/2014 (fs. 212/214), luego que citado éste a declarar el 4/6/2013 (fs. 63), el día anterior interpusiera inconstitucionalidad de la Ley 18.831 (fs. 70/77), que el 21/8/2014 desestimó la Suprema Corte de Justicia (fs. 172).

II) El 17/11/2014, compareciendo como Defensoras de CC, las Dras. Graciela Figueredo y Rosanna Gavazzo interpusieron Reposición y Apelación (fs. 226/233).

Dijeron, en síntesis, que la impugnada “causa agravio al defendido en primer lugar al desconocer su legitimación para promover la clausura y archivo de estas actuaciones...al ser citado exclusivamente como testigo”, por lo que “no corresponde expedirse en relación a la prescripción...”. Adujo:

1) El TAP 1º ha manifestado que “...cuando en un presumario se cita a una persona como testigo pero se le interroga como posible culpable de un delito, le asisten los derechos del indagado...” (Sent. 23/2012); 2) no se ha podido acceder al dictamen fiscal que la recurrida dice compartir, pero teniendo en cuenta que el plazo para presentar los recursos vencen el 20/11 y habiéndose fijado audiencia para la misma fecha, corresponde presentar los recursos con los argumentos que pasa a expresar; 3) aunque ninguna atribución de

responsabilidad respecto del Cnel. Font resulta de esta causa, se debe tener presente que en la misma situación se encuentran todos los militares indagados en ella, tratándose precisamente de la investigación de la posible participación de cada uno en un supuesto hecho delictivo; 4) 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 refiere a 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 por la pasada dictadura, resulta ajeno al objeto y las posibilidades de la presente causa; 5) 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, S. 24/2006); 6) resulta inadmisibles sostener que en nuestro país no rigió plenamente el Estado de Derecho hasta el pronunciamiento del Poder Judicial, favorable a los intereses de los denunciados, o que éstos se encontraban “justamente impedidos” en virtud de la vigencia de una ley, con el único propósito de evitar el archivo de una causa irremediablemente prescripta; 7) desde la visión que otorgan los 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°); 8) varias han sido las posiciones para establecer un comienzo del plazo de prescripción, para así no llegar al plazo real. La posición de ubicar ese comienzo en la fecha de la sentencia 1525/2010 de la SCJ declarando inconstitucional la ley 15.848, implica atribuir a una sentencia facultades modificativas de las disposiciones que rigen en materia de prescripción, de reserva legal. Tampoco una ley puede ser considerada “impedimento” para el cómputo de su plazo. La ley 15.848, más allá de la inagotable controversia sobre la naturaleza de sus disposiciones o sobre su origen, fue una ley consagrada con todas las garantías del proceso pertinente, emanada del órgano natural y producto de una ardua reflexión parlamentaria y social. Fue sometida a todos los procesos legales de impugnación, incluido un plebiscito, en el que el Soberano se pronunció libremente a favor de su vigencia. Posteriormente fue sometida a consideración del órgano judicial pertinente su constitucionalidad, declarada en reiteradas oportunidades. Lo cierto es que dio solución legal 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 generó

durante ella. Asimismo, el principio general del que se pretende hacer caudal refiere a plazos procesales y a impedimentos personales. 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 el Estado de Derecho; 9) en materia laboral se ha dado hace unos años un caso similar que la jurisprudencia resolvió en el sentido que sostiene la Defensa. La ley 18.091 modificó el plazo de prescripción de los créditos laborales, pasando a ser de cinco años, cuando hasta entonces era de dos años. En esa oportunidad se presentaron demandas reclamando créditos anteriores a la vigencia de la ley, que por la ley anterior ya estaban prescriptos pero no de acuerdo con la nueva ley. Y la jurisprudencia fue unánime en sostener la improcedencia de tales demandas, en tanto la nueva ley no podía tener efectos retroactivos; 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; 11) 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; 12) asumir la posición de que el presunto delito que se investiga en autos es de lesa humanidad, echaría por tierra su prescripción, desconociendo los gobiernos democráticos de 1985 hasta 2005. Quienes han adoptado esta posición omiten mencionar el art. 9 del Pacto de San José de Costa Rica (“Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable...”) 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”). De este último se podrá discutir si el derecho internacional está o no por encima

del derecho interno, pero la respuesta indudable es de que están por encima nuestras normas constitucionales, ya que de otra manera se desconocería 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); 13) el Estatuto de Roma establece en su art. 24.1 que "Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor". Resulta inaceptable postergar el pronunciamiento acerca de la naturaleza de los hechos hasta tanto se avance en la investigación, ya que cualquiera sea el resultado de la misma, 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 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); 14) abonando lo expuesto, se recordará que el tema ha merecido "un reciente 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 Nacional" (Sent. 20/2013); 15) resultan débiles y desatinados los alambicados 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. Pero ello no logra disimular ni justificar la vulneración o aplicación excepcional de normas y de principios caros al Estado de Derecho. 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". 16) 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. 234), el M. Público abogó por el rechazo de los recursos (fs. 237/254 vto.). Dijo:

1) en la vista N° 1900 de fs. 217 y ss., la Fiscalía fundó las razones por las cuales Carlos Font fue citado como testigo y no como indagado, remitiéndose a su contenido por economía procesal, el que deberá ser tenido como parte del presente escrito. La víctima lisa y llanamente no lo describe como autor o cómplice de delito alguno, todo lo contrario. Font -quien entonces tenía el grado de Alférez- desde el inicio trató a la víctima con compasión facilitándole insumos y hasta permitiéndole comunicación con la familia (dentro de sus posibilidades), haciéndole llegar en una oportunidad una carta de su familia. Ella misma entiende que la trató bien y siempre que se le acercaba le decía al oído si había algo que pudiera hacer por ella; 2) "La Defensa refiere en todo su libelo recursivo a Font como si fuera citado como indagado haciendo referencia justamente a la situación de un presunto indagado -que no es tal- basando su recurso en dicha posición, siendo la única que así lo considera en tanto el Sr. Juez Letrado en todo momento entendió como la Fiscalía que el mismo es citado para declarar como testigo por tanto ni siquiera es necesario que compareciera con asistencia letrada"; 3) la imputación existe cuando alguien es indicado como posible autor o partícipe de un delito en cualquier acto de procedimiento dirigido a perseguirlo penalmente, y perdura hasta la sentencia firme, de donde resulta que "imputado" es el término que parece adecuarse más a este sujeto procesal. Como regla, se da cuando oficialmente la autoridad con funciones judiciales (policía, agente fiscal o tribunal) tiene indicado a alguien como posible partícipe en un hecho delictuoso. La indicación debe estar contenida en un acto imputativo procesalmente eficaz en cuanto dirigido a formar causa. Los códigos modernos le dan este alcance cuando extienden la posibilidad de hacer valer los derechos que la ley acuerda al imputado por la persona indicada como partícipe de un hecho delictuoso "en cualquier acto inicial del procedimiento dirigido en su contra" (art. 80, Córdoba). Este modo legal de expresión se debe a la noción restricta del imputado en cuanto "sujeto del proceso", por lo cual no lo sería durante el procedimiento previo a su

iniciación: actos persecutorios anteriores al avocamiento (Clariá Olmedo, Derecho Procesal Penal, T. II, p. 59); 4) para Varela Méndez, antes del procesamiento, el imputado es indagado, sospechoso, presunto culpable. Carnelutti denomina cuasi imputado o imputado impropio a aquel que está entre el puro sospechoso y el imputado. Imputado impropio, sería, en esta opinión, aquél que está sometido a arresto y aún no ha sido procesado. Esta denominación de Carnelutti adquiere relevancia en el Derecho patrio a partir del CPP y resulta aplicable a quien se toma declaración indagatoria, previa a su procesamiento (art. 126). Y su art. 69 define al imputado como "...toda persona física a quien se atribuye participación en un ilícito penal mediante auto de procesamiento"; 5) al testigo Carlos Alberto Font se le aplica el art. 217 CPP, que consagra el poder-deber del instructor de interrogar a toda persona informada de los hechos investigados y cuya declaración considere útil para el descubrimiento de la verdad, con el deber correlativo derivado del art. 178 CP. El art. 218 CPP establece una especial habilidad general para ser testigo: "La amplitud de la fórmula se justifica, pues siendo los testigos <el oído y ojo de la justicia, sería impolítico cerrarle estos ojos y teparle estos oídos> por cuyo intermedio puede llegarse a descubrir la verdad..." (Cafferata, cit. del TAP 1°, Sent. 276/05, RDP 17); 6)

en la denuncia y su ratificatoria (fs. 33 y ss.), Nancy Flores expresó que fue detenida cuando tenía 14 años por pertenecer a la Unión de Juventudes Comunistas en febrero de 1971 por efectivos del ejército en la casa de una amiga, a la cual también aprehendieron, cuando se preparaban para ir a un baile. Las fuerzas conjuntas habían estado en la casa de sus padres, sita a pocos metros de dicho lugar, en la ciudad de La Paz; 7) luego fue trasladada a la División de Ejército N° 1, donde permaneció encapuchada. En dicho lugar padeció por varios oficiales, todo tipo de manoseos, tocamientos e introducción en su vagina de distintos objetos. Luego fue trasladada en la noche al Batallón IV de Ingenieros de Laguna del Sauce (Maldonado), donde permaneció unos tres meses. Allí fue sometida a todo tipo de tortura. Finalmente y ante un intento de autoeliminación fue derivada al Hospital Naval de Maldonado, y de allí a un Hogar de Menores en Maldonado. Compareció en un Juzgado Letrado en lo Civil y en agosto de 1973 fue entregada a su madre, debiendo ir a firmar a la comisaría de su barrio, hasta los 18 años; 8) a fs. 34 expresamente aclara la situación que vivió con el Alférez Carlos Alberto Font, diciendo que el abogado patrocinante padeció error cuando se refirió al mismo afirmando que él lo que hizo fue ayudarla, diferenciándose de otros que sí reconoce como quienes la sometieron a tortura, por lo que el propósito de interrogar a Font es como testigo y no como indagado; 9) 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), destacando asimismo su Resolución de Supervisión de cumplimiento de 20/3/2013, que cuestiona la Sent. N° 20/2013 de la SCJ (que refiere a estos autos), que declaró inconstitucionales los arts. 2 y 3 de la Ley N°18.831.

IV) Por Res. N° 461/2015 (fs. 258/267 vto.), el A quo mantuvo y franqueó la alzada (con efecto suspensivo).

Argumentó, en síntesis: 1) la providencia atacada ordena la citación del Cnel. Carlos Font, exclusivamente en calidad de testigo, lo que resulta de los decretos de fs. 58 y 63, así como de la forma en que se realizaron sus citaciones a fs. 60, 61, 64, y 65. En ningún caso se hace mención a las garantías del art. 113 del CPP, como debía hacerse si se lo requería como indagado. Ello se adelanta en la providencia 2080 de 17/9/2014 (fs. 216), atendido a lo depuesto por la denunciante, como muy bien lo establece la Sra. Fiscal: "...dijo que viniera adelante con él y el chofer, que era injusto lo que estaba pasando, que él no había entrado a las armas para andar llevando preso a menores de edad, que donde iba como destino era el IV de Ingenieros de Laguna del Sauce y que iba a tratar por todos los medios de darme una mano y que mi familia supiera dónde me encontraba, lo cual cumplió. Me aflojó la capucha y me dio agua...Yo respecto del Alférez Font, posiblemente el Abogado Álvarez Petraglia interpretó mal el relato que le hice puesto que Font no creo que haya participado de los apremios físicos y psicológicos, por cuanto tengo muy buena memoria para relacionar las voces, sin embargo sé que Font desempeñaba funciones en el Batallón porque si bien nunca lo volví a ver sí escuché su voz, ya que él se acercaba cuando yo estaba en la enfermería y me decía que era Carlos y me preguntaba si había algo que su alcance que pudiera hacer. En otra ocasión me dijo que se había comunicado con mi madre y que dentro de la pasta de dientes que me habían hecho llegar venía una cartita de ellos, en otra ocasión dentro del papel higiénico me hizo llegar otra carta de mi familia y me dijo que no creyera que a mi hermana les estaban haciendo nada porque era mentira"; 2) en base a ello, carece de legitimación para pretender que se expida el tribunal respecto a si operada o no la prescripción, y tiene el deber de comparecer como testigo, más allá que se comparte plenamente la cita que las impugnantes realizan de la Sent. N° 23/2012 del TAP 1°, porque la misma no se aplica debido a que se reitera, Font será interrogado en calidad de testigo y no como indagado. Las dudas que se pueden generar con la lectura de la denuncia (fs. 4) quedan despejadas en la declaración de Nancy Flores (fs. 34); 3) en autos no hay ningún indagado individualizado por la Sede al momento y las Letradas firmantes carecen de legitimación al no tener representación de ningún tipo respecto de otros militares; 4) es prematuro pronunciarse sobre la naturaleza de los ilícitos denunciados, pero aún de tratarse de delitos comunes, la Ley 15.848 impidió el pleno ejercicio de la pretensión punitiva del Estado, que fue restablecido por la Ley 18.831 (art. 1°).

CONSIDERANDO

I) La Sala, por unanimidad, confirmará la recurrida al no encontrar motivo para la clausura por eventual prescripción.

II) En cuanto a la legitimación del Cnel. Font para recurrir la desestimatoria porque -según la Fiscalía y el A quo- se lo citó e interrogará solo como testigo, la Sala no advierte que ello resulte con la claridad requerida para privarlo de los derechos propios de un indagado. En efecto, no surge de ninguna de las providencias anteriores a la recurrida, que el requerimiento de la declaración del mencionado haya obedecido a su calidad de tercero sin responsabilidad alguna con los hechos investigados.

Echa de verse que el escrito por inconstitucionalidad se admitió sin reserva alguna derivada de la condición de testigo luego invocada para negar legitimación: “Vistos y Resultando: “La interposición de la Excepción de Inconstitucionalidad (fs. 70 a fs. 77), por parte de las Defensas de Particular Confianza del indagado Carlos Alberto Font (fs. 69)...” (fs. 78).

El hecho de que no se le haya intimado esa designación (art. 113 CPP) no determina la verdadera situación procesal de Font, ni al devenir que le haya de deparar la indagatoria. Ello sin perjuicio de la defectuosa crítica de las recurrentes, en tanto dicen desconocer lo expresado en el dictamen de la Fiscalía al que remite (también imperfectamente) la recurrida, y reivindican personería para impugnar por otros militares.

Tampoco puede privarse de reclamar la clausura (en cuyo caso debió denegarse el recurso de apelación) por el hecho de que el patrocinante de la denunciante hubiera padecido error en cuanto a la participación del citado. Al margen de lo que actualmente sostiene o interpreta el M. Público, la propia víctima sugiere no estar en condiciones de descartarlo: “...no creo que haya participado de los apremios físicos y psicológicos, por cuanto tengo muy buena memoria para relacionar las voces, sin embargo sé que Font desempeñaba funciones en el Batallón...”. Todas esas dudas llevan a que se deba preferir reconocer legitimación al citado, para insistir en su pretensión: “...la jurisprudencia supranacional entiende a la acusación como <la notificación oficial, emanada de la autoridad competente, del reproche por haber cometido una infracción penal>, la que puede producirse incluso en <una fecha anterior al inicio del proceso, como concretamente la fecha del arresto, de la

inculpación o de la apertura de investigaciones preliminares...” (Cafferata, Proceso Penal y DDHH, CELS, 2007, pp. 154/155).

La calidad de indagado, actualmente parte del proceso penal, es sustancial y no un mero designio formal. Su análisis reconduce al de las garantías del proceso penal, que deben respetarse desde su inicio, en el entendido que “no comienza con la acusación, sino con la denuncia o querrela o el acto por el cual se hace constar a la justicia que ha ocurrido un delito” (Jiménez de Aréchaga, La Constitución Nacional, Cámara de Senadores, Montevideo, 1991, p. 252 ss., citado por Varela Méndez en RUDP 1-2/2004, p. 123). En nuestro sistema, esa calidad no es compatible con la de testigo, la cual supone ajenidad a toda posible connotación incriminatoria. Por eso la Sala, a poco de entrada en vigencia el CPP, estableció “...su abierta discrepancia con un procedimiento que habitualmente se aplica en la etapa presumarial, luego de ordenarse la detención de una persona porque presuntivamente participó en un delito, en que se le interroga en una primera audiencia como testigo, -es decir, sin designación y asistencia de defensor-, seguidamente se le provee de asistencia letrada y su nueva declaración se reduce, por lo general, a ratificar aquello mismo que se relevó en forma claramente ilegal”. No es conveniente cuando desde el comienzo de las investigaciones las circunstancias sindicadas positivamente a un presunto autor, que ya en su primer versión del evento no declare investido de la garantía de la designación previa de su defensor y de su presencia” (Greiff, CPP, p. 83)” (de la Sala, Sent. N° 4/2014).

III) En relación a la prescripción de los eventuales delitos que se corresponderían a los hechos denunciados, la Sala tiene dicho en Sent. N° 313/2013 (entre otras): “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, Gómez Palomino vs. Perú, 22/11/2005 y Blanco Romero y otros vs. Venezuela, 18/11/2005, y De la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, 31/01/2008). Se dice que el Estado incurre en responsabilidad internacional cuando sus órganos judiciales no investigan seriamente y sancionan si corresponde a los autores (Comisión IDH, Informe 32/04, caso 11.556, de 11/3/04)...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)”.

En el corriente caso, está fuera de debate y es criterio consolidado de la materia, que para la eventual prescripción de cualquier delito que pudiere corresponder en el supuesto de probarse la denuncia, 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 aún 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.

IV) También la Sala tiene relevado (Sents. N°s 84, 101, 313/2013, 2, 10, 275/2014, etc.) que la Ley de Caducidad fue un auténtico 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 impedir eso 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, Larrioux, 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 solo pudieron ser investigados décadas después de la época a que refiere su art. 1°.

Y así viene de sentenciarlo la Suprema Corte de Justicia:

“...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.

“No debe olvidarse que, como bien señalaron ambos órganos de mérito (fs. 1145 y 1234), el hecho investigado en este procedimiento presumarial, esto es, la muerte de A. P. ocurrida en el Batallón de Infantería N° 4 del Departamento de Colonia en los primeros días de marzo de 1974, fue excluido del ámbito de

la aplicación de la ley 15.848 por sentencia N° 1525 del 29 de octubre de 2010 de la Suprema Corte de Justicia, siendo irrelevante que la investigación correspondiente se hubiera desarrollado materialmente en estas actuaciones, iniciadas por la denuncia del hijo de la víctima, formulada el 11 de noviembre de 2010.

“Parece claro, pues, que si la ley 15.848 no fue un obstáculo para el ejercicio de la acción, como sostuvo el recurrente, ¿por qué el titular del Ministerio Público promovió la declaración de inconstitucionalidad por vía de excepción de los arts. 1, 3 y 4 de la referida ley respecto de los hechos investigados en los autos IUE 2-21986/2006 de la Sede “a quo”, entre los cuales se incluyó, precisamente, el presunto homicidio de A. P.?

“Es evidente, entonces, que sí lo fue, porque de otra manera no se explica la iniciativa que tomó el Ministerio Público en dichas actuaciones.

“Esta circunstancia está marcando una clara diferencia con el caso R. U., 15 recientemente fallado por la Corte en sentencia N° 127/2015, en el cual, a diferencia del presente, la ley 15.848 no significó, a juicio del redactor, un obstáculo a las investigaciones. Ello, por cuanto obraba en autos el testimonio de una comunicación del Poder Ejecutivo, suscripta el 27 de octubre de 2008 por el Presidente de la República, que claramente establecía que el caso investigado no estaba comprendido dentro del ámbito del art. 1 de la mencionada ley.

“Coincidimos, entonces, con los tribunales de mérito en que el “dies a quo” del plazo de prescripción de la acción penal debe ubicarse en el momento en el cual habría de entenderse removido el obstáculo que provocaba la suspensión del referido plazo, esto es, a la fecha de la sentencia N° 1525 del 29 de octubre de 2010 de la Suprema Corte de Justicia, por la que, como vimos, se declaró inconstitucional, para el presente caso, la ley 15.848.

“Si bien el criterio de principio que debería sustentarse en cada caso es el precedentemente indicado, no podemos desconocer que también 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.

“En función de lo expuesto, no puede sustentarse, como lo hace el recurrente, que tanto la sentencia de primera como la de segunda instancia vulneraron la cosa juzgada emanada de la sentencia N° 212/2013 de la Corte por la que se declaró, para este caso concreto, la inconstitucionalidad de los arts. 2 y 3 de la ley 18.831, ya que el fundamento para llegar a la conclusión de que no ha operado la prescripción de la acción respecto de los delitos investigados en autos no descansa en la referida ley, sino en el plexo de normas integrantes de nuestro sistema procesal penal vigente...” (SCJ, caso Perrini, 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).

Por ende, cuestionar que la Ley de Caducidad obstaculizó -en mayor o menor medida, según sucesivas etapas de su aplicación o interpretación por el PE- la averiguación y el enjuiciamiento de presuntos responsables, importa desconocer un antecedente necesario, extensible a manera de cosa juzgada nacional (Sabalsagaray) e internacional (Gelman).

Las excusas de orden interno fueron rotundamente descartadas por la SCJ el 19/10/2009 (Sabalsagaray), y el 29/10/2009 (Organización de los Derechos Humanos), cuando dijo: “...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 entiende aquí pertinente revalidar lo que dijo al desestimar pedidos de clausura análogos al de la especie: “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).

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

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.