

## Texto de la Sentencia

23/02/2018

Tribunal Apelaciones Penal 1° T°

//tencia N° 29/2018

Ficha 170-950/2017

Dr. Alberto Domingo REYES (Redactor)

Dra. Graciela Susana GATTI

Dr. Sergio TORRES

Montevideo, 23 de febrero de 2018

### VISTOS

para interlocutoria de segunda instancia en autos: "**AA. DENUNCIA**" (IUE. **170-950/2017**); venidos del Jdo. Ltda. de Las Piedras 2° T°, en virtud de los recursos de la Defensa de los indagados Carlos Garibotto y Edgardo Camps (Dra. Estela Arab), contra la Res. N° 2213/2017 dictada por el Dr. Alejandro Asteggiante, con intervención de la Sra. Fiscal Ltda. Deptal., Dra. Silvia Blanc.

### RESULTANDO

I) La recurrida (fs. 449/454) no hizo lugar al pedido de clausura y archivo de las actuaciones por prescripción (fs. 359/368), y oído el M. Público (fs. 434/439), resolvió continuar el trámite según su estado. Según se expresara en la citada resolución, el 24/04/2012, se presentó ante el Juzgado AA, ratificando la denuncia presentada el 15/10/2011 ante la Seccional 4ta. de Policía de Canelones, manifestando que fue detenido el 06/06/1972, en la ciudad de Las Piedras, por personal policial y militar y trasladado a dependencias militares donde fue golpeado y sometido a torturas. Su privación de libertad cesó el 30/06/1972.

II) Al interponer Reposición y Apelación, la Defensa de ambos indagados (Dra. Estela Arab), argumentó en síntesis: a) los hechos denunciados sucedieron en junio de 1972, previo al período militar instaurado en nuestro país a partir de junio de 1973; b) no comparte la postura de la Sede en el sentido de que luego del advenimiento de la democracia, existió un período de "*no injerencia estatal en cuanto a la libertad de investigar los delitos ocurridos en la dictadura*" pues "*con la entrada en vigencia de la Ley 15.848 se continuó en cierta medida conculcando o limitando las posibilidades de investigar ciertos delitos cometidos por militares o policías en tiempo de la dictadura*", sin embargo, más allá de que la SCJ ha declarado en diversas oportunidades la constitucionalidad de dicha ley, se pone de manifiesto que ya en esa época el acceso a la justicia existía, por lo que no puede decirse que durante los sucesivos gobiernos democráticos a partir de 1985, pudiera realizarse denuncias como la que se investiga en

autos. Entonces, la Ley 15.848 nunca fue un obstáculo para el ejercicio de cualquier acción, así como tampoco, puede considerársela como un “*impedimento*” para el cómputo del plazo de prescripción; c) por más que se pueda discutir sobre la naturaleza u origen de la ley en cuestión, fue consagrada con todas las garantías del proceso pertinente, sometida incluso a un plebiscito, donde el soberano se manifestó libremente a su favor; d) al derecho penal le corresponde juzgar la conducta del indagado para determinar si cabe en la descripción de la figura delictiva, y sólo de la conducta voluntaria y consciente contraria al derecho vigente, formal y escrito, podría surgir la atribución de responsabilidad, en cambio, la consigna de la causa, parece ser el juzgar a como de lugar los hechos denunciados; e) en cuanto al comienzo del cómputo del plazo de prescripción sostiene que bajo ningún concepto ello puede quedar librado a la discrecionalidad judicial, rechazando enfáticamente la posición sustentada en la recurrida, en tanto llevan a determinar el inicio de dicho plazo de prescripción a partir de la Ley 18.831 desconociendo el período de vigencia de la ley de caducidad. De adoptarse tal criterio, los principios de legalidad y certeza jurídica no existirían y se estaría desconociendo el Estado de Derecho; f) con relación a la calificación como delitos de *lesa humanidad*, si bien el sentenciante no se pronunció sobre su naturaleza de los supuestos hechos delictivos que se investigan, sí lo hace el Tribunal de Apelaciones que entiende en la causa, enmarcándolos como delitos de *Lesas Humanidad*, por lo tanto, expone su posición al respecto. Dice que una de las características de este tipo de delitos la constituye su imprescriptibilidad, sin embargo, la categoría delictiva señalada no fue consagrada en nuestro ordenamiento jurídico sino a partir del año 2005, año en el que asumió un gobierno integrado por quienes participaron de una guerra interna contra quienes hoy son juzgados, ello constituye una clara aplicación de un “*derecho penal del enemigo*” inconcebible en un Estado Democrático. Cualquier pretensión de aplicación a hechos anteriores a su vigencia implica necesariamente la vulneración de los principios de legalidad y de irretroactividad de la ley penal. En este sentido, el art. 9 del Pacto de San José de Costa Rica establece: “*Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable.*” a su vez, el art. 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos reza: “*Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el Derecho nacional o internacional.*” también el Estatuto de Roma contiene una disposición en este sentido, así, el artículo 24.1 expresa: “*Nadie será plenamente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor*”; g) se podría discutir en nuestro ordenamiento jurídico si el derecho internacional está por encima del derecho interno, estimando que es indudable que quien está por encima son las normas constitucionales, ya que su desconocimiento llevaría a desconocer la soberanía del Estado Uruguayo; h) resulta inaceptable postergar el pronunciamiento acerca de la naturaleza de los hechos hasta tanto se avance en la investigación, como se sostiene en la sentencia, ya que cualquiera sea el resultado de esa investigación ningún delito calificado de lesa humanidad puede surgir de hechos que tuvieron lugar cuando no estaban consagrados en el Derecho interno, ni en el internacional que omitió su tipificación.

**III)** Al evacuar el traslado respectivo (fs. 482/485), el Ministerio Público abogó por el mantenimiento de la hostilizada. Sostuvo en lo medular: a) en primer lugar destaca que la presente comparecencia obedece a un mero interés dilatorio puesto que el asunto en cuestión ya fue resuelto por Sent. N° 141 del 23/06/2015 del TAP 1° T°. confirmada por la SCJ en Sent. N° 1280 del 24/08/2016; b) con relación a la prescripción de los delitos

de *Lesas Humanidad*, entiende que dicha calificación y su imprescriptibilidad deviene de la integración del derecho internacional al derecho interno vigente, en aplicación de los tratados internacionales y al amparo de los arts. 72 y 332 de la Constitución de la República. La Ley 15.848 es incompatible con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ya que consagra la impunidad, contrario al ordenamiento democrático y en clara violación a los preceptos constitucionales de derechos humanos. Los derechos consagrados en la Carta de Naciones Unidas, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesas Humanidad y la Convención referente a la interpretación de los Tratados, conforman un bloque de constitucionalidad y han sido incorporados a nuestro ordenamiento jurídico con anterioridad a la fecha de comisión de los delitos que se denuncian en autos, por lo que eran derecho positivo en esa época y los tribunales patrios están obligados a su aplicación; c) como consecuencia de lo expresado en el punto anterior, los hechos denunciados por José Errandonea, no se ven alcanzados por las normas ordinarias de prescripción como pretende la Defensa; d) es indiscutible que la ley de caducidad constituyó un obstáculo a la investigación de denuncias de este tipo, como se ha sostenido en numerosos fallos jurisprudenciales patrios e internacionales; e) aún cuando los hechos ocurrieron con anterioridad al inicio formal de la dictadura militar, formaron parte de la práctica sistemática de violación de los derechos humanos, ya que la víctima fue presuntamente privada de su libertad y sometido a torturas por sus ideas políticas y su militancia gremial.

IV) Por providencia N° 2745 de 26.07.2017 (fs. 486), el *A-quo* no hizo lugar al recurso de reposición y franqueó la Alzada. Recibidos los autos, se citó para sentencia que fue acordada previo pasaje a estudio (fs. 495 vto.).

### **CONSIDERANDO**

I) La Sala confirmará la recurrida, por coincidir con el *A quo* en descartar la prescripción y continuar la investigación.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Se caracterizan por agravar no sólo a las víctimas y sus comunidades, sino a todos los seres humanos, porque lesionan el núcleo de humanidad. Son “*crímenes internacionales cometidos por grupos políticamente organizados que actúan bajo un color político, consistentes en los más graves y abominables actos de violencia y persecución, y cometidos sobre víctimas en razón de su pertenencia a una población o grupo más que por sus características individuales*”; “**su criminalidad anula la soberanía estatal**”, lo

que impide acudir a ese “fetichismo” invocado desde los juicios de Nüremberg (Luban, Una teoría de los crímenes contra la humanidad, Traducción del original: *A theory of crimes against humanity*, publicado en Yale Journal of International Law (29 Yale J. Int'l L 85) por Ezequiel Malarino y Marisa Vázquez, disponible en internet: <http://postgradofadercs.uncoma.edu.ar>, pp. 25 y 12).

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

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

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

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

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

**III)** También la Sala tiene relevado (Sents. N°s 84, 101, 313/2013, 2, 10, 275/2014, etc.) que la Ley de Caducidad fue efectiva e ilegítimamente un obstáculo a la persecución criminal de los delitos cometidos en la dictadura militar. La Ley N° 18.831

de 27/10/2011, conforme su art. 1º, “...**restablece el pleno** ejercicio de la pretensión punitiva del Estado para los delitos cometidos en aplicación del terrorismo de Estado hasta el 1º de marzo de 1985, comprendidos en el artículo 1º de la Ley N° 15.848, de 22 de diciembre de 1986”.

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

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

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

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

Así lo reconoce la señora Sent. de la SCJ N° 365/2009 (Chediak -r-, Van Rompaey, Ruibal, 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 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...” (SCJ, Sent. N° 935/2015, 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; Sent.101/2013 y 313/2013).*

Cuestionar que la Ley N° 15.848 obstaculizó -en mayor o menor medida, por décadas, ilegítimamente, al arbitrio del PE, la averiguación judicial de los delitos cometidos durante el período comprendido en su art. 1° **y aún los cometidos poco antes, como en el caso**, 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 prescrito. La Corte Suprema, con base en los actos criminales atribuidos a Arancibia Clavel y probados en el proceso (homicidios,*

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

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

*Estados no adoptarán medidas legislativas ni tomarán medidas de otra índole que puedan menoscabar las obligaciones internacionales que hayan contraído con respecto a la identificación, la detención, la extradición y el castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad”.*

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

La Convención de Crímenes de Guerra y lesa humanidad (1968), “...se limita a codificar como tratado lo que antes era *ius cogens* en función del derecho internacional público consuetudinario, siendo materia pacífica que en esta rama jurídica, la costumbre internacional es una de sus fuentes. En consecuencia, **la prescripción establecida en la ley interna no 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).

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

Así se ha pronunciado la SCJ (Sents. 794/14 y 1061/15).

La cuestión sobre los tipos penales y acerca de la imposibilidad de aplicar una sanción “retroactivamente” no será abordada a esta altura, porque aquí y ahora se trata de determinar la procedencia de la clausura de la investigación de hechos de apariencia delictiva (y ocurrencia contextual acorde con los desarrollos precedentes), que hasta el momento, no han sido objeto de una concreta imputación.

Por cuyos fundamentos, **EL TRIBUNAL,**

### **RESUELVE**

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

***Dra. Graciela Gatti Santana Dr. Alberto Reyes Oehninger, Dr. Sergio Torres Collazo.***