

Número	Sede	Importancia	Tipo
460/2021	Tribunal Apelaciones Penal 1º Tº	MEDIA	INTERLOCUTORIA

Fecha	Ficha	Procedimiento
20/08/2021	529- 94/2021	PROCESO PENAL ORDINARIO

Materias
DERECHO PENAL

Firmantes	
Nombre	Cargo
Dr. Alberto Domingo REYES OEHNINGER	Ministro Trib.Apela.
Dra. Graciela Susana GATTI SANTANA	Ministro Trib.Apela.
Dr. Sergio TORRES COLLAZO	Ministro Trib.Apela.

Redactores	
Nombre	Cargo
Dra. Graciela Susana GATTI SANTANA	Ministro Trib.Apela.

Abstract	
Camino	Descriptor s Abstract
DERECHO PENAL->LOS CRIMENES->CRIMEN DE LESA HUMANIDAD (ARTÍCULO 18 DE LA LEY 18.026)	

## Texto de la Sentencia

Ministro Redactor:

Dra. Graciela Gatti Santana.-

## VISTOS

Para interlocutoria de segunda instancia en autos: “AA. SU DENUNCIA – Testimonio IUE: 472-112/2012” (IUE. 529-94/2021); venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Libertad de 1º Turno, en virtud del recurso interpuesto por la co-Defensa (Dres. Graciela Figueredo y Emilio Mikolic) contra la Res. 47/2021, dictada el 23.03.2021 por el Dr. Gustavo Machado, con intervención del Sr. Fiscal Letrado especializado en Crímenes de Lesa Humanidad, Dr. Ricardo Perciballe.-

## RESULTANDO

I) La recurrida (fs. 1019/1023), oído el Ministerio Público (fs. 1003/1008), no hizo lugar al pedido de clausura y archivo de las actuaciones por prescripción (fs. 229/232 vto.).-

II) La Defensa (Dra. Graciela Figueredo) interpuso recursos de reposición y apelación en subsidio (fs. 306/312), reclamando se revoque por contrario imperio y decrete la clausura y archivo de las actuaciones por prescripción. Expresó en síntesis: es innegable las dificultades que apareja intentar someter a juicio hechos ocurridos cuarenta años atrás y bajo un régimen de excepción, pero es el propio ordenamiento jurídico el que soluciona la cuestión, a través de los principios que lo informan y dan sentido. Resultan débiles y desatinados razonamientos a los que se debe acudir con la finalidad de eludir la prescripción inevitablemente ocurrida, ya sea buscando una tipificación inexistente al momento de los hechos o deteniendo el transcurso del tiempo. Tampoco resulta ajena la manifiesta voluntad de castigo, natural ante la gravedad y prepotencia e injusticia de los hechos relativos a cualquier régimen de facto, que sin considerar el móvil de venganza que pueda guiar el espíritu de algunos, seguramente, los más, se movilizan ante la esperanza ingenua de que el castigo garantice un nunca más. Pero todo ello no logra disimular ni justificar la vulneración consciente de principios caros al Estado de Derecho utilizando un puñado de individuos, personas, seres humanos, “como medios para obtener fines”. 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. En esta causa como en todas, habrá

de honrarse el Estado de Derecho, y ello implica honrar 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. Por tanto, solicita se revoque la recurrida haciendo lugar a la excepción de prescripción, ordenando la clausura y archivo de estas actuaciones.

III) El M. Público evacuó el traslado conferido y en lo medular expresó: 1- Principio de raigambre civil del impedido por justa causa no le corre el plazo. En efecto, a partir del 6 del C.P. que lo habilita la integración de la normal procesal con las restantes del ordenamiento jurídico patrio, en cuanto no se opongan al Código, así como el art. 87 del mismo cuerpo legal, que remite a la norma civil en todo lo atinente a la iniciación, suspensión e interrupción, etc. del cómputo de los plazos, se ha entendido por parte de la jurisprudencia nacional, que resulta de aplicación el Principio elencado en el art. 98 del C.G.P., según el cual al impedido por justa causa no le corre el plazo desde el momento en que se configura el impedimento y hasta su cese.

En virtud de ello, se ha entendido que: a- no se puede contar para el plazo de prescripción el período de la dictadura cívico militar, por cuanto en dicho momento no regían las garantías mínimas para una verdadera investigación independiente.

b- tampoco se puede computar el lapso de vigencia y/o aplicación de la Ley 15.848 de caducidad de la pretensión punitiva del Estado. En éste caso por cuanto el Ministerio Público no pudo ejercer su poder-deber de investigación de los delitos, ni de ejercer la acción penal, así como tampoco las víctimas acceder a la verdad y ejercer el derecho a la justicia.

c- dable es resaltar que la denuncia de autos fue presentada el día 30 de Octubre de 1986. Ello en consideración con lo previsto en el art. 120 del C. Penal. Esta posición es pacíficamente admitida y fundada extensamente por los Tribunales de Apelaciones de 1º y 4º. EN tal sentido entre muchas otras, ver sentencias 31/2018, 276/201y 189/2017 del TAP 1º turno, y sentencias 372/2017, 228/2016, 600/2015 y 49/2015 del TAP 4º Turno. Amén de las anteriores Sentencias 563/2015 del TAP 3º Turno, así como también por la Suprema Corte Justicia en sentencias 1501/2011, 127/2015 y 935/2015, 340/2016, 1381/2015 y 1846/2016.

2- Obligación internacional de cumplir con la Sentencia del Caso BB vs. Uruguay. Al proceder Uruguay a ratificar la Convención Americana de

Derechos Humanos mediante la Ley 15.737, reconoció de pleno derecho la competencia de la Corte Interamericana para entender en todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención (arts. 45.3 y 62.2).

De esta forma sus sentencias se vuelven obligatorias para todos los órganos del Estado. En tal sentido la Corte Interamericana en el caso BB Vs. Uruguay sostuvo en su párrafo 253. “Para ello, dado que la Ley de Caducidad carece de efectos por su incompatibilidad con la Convención Americana y la Convención Interamericana sobre Descripción Forzada de Personas, en cuanto puede impedir la investigación y eventual sanción de los responsables de graves violaciones de derechos humanos, el Estado deberá asegurar que aquélla no vuelva a representar un obstáculo para la investigación de los hechos materia del presente caso ni para la identificación y, si procede, sanción de los responsables de los mismos y de otras graves violaciones de derechos humanos similares acontecidas en Uruguay”. Y su párrafo 254, “En consecuencia, el Estado debe disponer que ninguna otra norma análoga, como prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, en bis in idem o cualquier excluyente similar de responsabilidad, sea aplicada y que las autoridades se abstengan de realizar actos que impliquen la obstrucción del proceso investigativo”.

Por tal motivo en aplicación de la Sentencia de la Corte Interamericana en el caso BB Vs. Uruguay, todos los órganos del Estado se ven obligados a salvar los obstáculos que impidan la investigación y castigo de los responsables de delitos de lesa humanidad, entre los que vagamente resaltarlos se encuentra precisamente el instituto de la prescripción.

Esta posición ha sido desarrollada por el constitucionalista Martín Risso Ferrand (Cumplimiento de la sentencia de la CIDH en el caso BB en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano año 2013 págs. 639-654) y asumida por el Fiscal de Corte de distintos dictámenes. De igual forma ha sido objeto de aceptación por parte del Tribunal de Apelaciones de 1er. Turno que entre otras razones sustanciales, también recogió ésta. Ver entre otras sentencias 31/2018, 276/2017 y 189/2017 del TAP 1º Turno.

3-Imprescriptibilidad a partir de normas de *ius cogens*: La convención sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad fue aprobada por la Asamblea General de ONU el día 26 de Noviembre de 1968 y aprobada en Uruguay por Ley 17.347 con fecha 5 de junio de 2001. En la referida Convención se estatuye explícitamente su aplicación retroactiva, puesto que comienza la misma mediante la frase paradigmática “Los crímenes siguientes son imprescriptibles cualquiera sea

la fecha en que se hayan cometido” (art. I inc. 1). Motivo por el cual en los trabajos preparatorios a la Convención se utilizó el término “afirmar” en reemplazo de “enunciar” que contenía el proyecto original, como forma de robustecer la tesis conforme a la cuál el principio de imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y lesa humanidad ya que existía en el derecho consuetudinario internacional. En virtud de ello se ha señalado “...Que esa convención sólo afirma la imprescriptibilidad, lo que importa el reconocimiento de una norma ya vigente (ius cogens) en función del derecho internacional público de origen consuetudinario. De esta manera, no se fuera la prohibición irretroactividad de la ley penal, sino que se reafirma un principio instalado por la costumbre internacional, que ya tenía vigencia al tiempo de comisión de los hechos...” (Corte Suprema de la Nación Argentina caso Arancibia Clavel) Temperamento desarrollado en Uruguay por el Dr. Oscar Lopez Goldaracena (entre otros trabajos en La Justicia Uruguay Tomo 147 “Las violaciones a los derechos humanos de la dictadura deben juzgarse por ser crímenes de lesa humanidad. Crímenes de Lesa Humanidad. Principio de Legalidad y régimen de la imprescriptibilidad) y en Argentina por E. Raúl Zafaroni Eugenio Raúl Zaffaroni.- (Notas sobre imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad en Rev. Nuevo Derecho Penal año 2000/B). Seguido en su momento desde las Fiscalías Letradas Nacionales de lo penal de 2º y 5º turno a cargo de las Dras. Mirta Guianze y Ana Tellechea respectivamente.

4- Bloque de Constitucionalidad y art. 72 de la Constitución: A partir de la sentencia de la Suprema Corte de Justicia 365/2009 se debe colegir que los acuerdos internacionales sobre derechos humanos se incorporan a nuestra carta política a partir del art. 72 de la misma. De esa forma se conforma un bloque de constitucionalidad comprendidos por el texto de la Lex Fundamental al que se le aduna todos los convenios internacionales sobre derechos humanos. Por tanto, la Convención de Naciones Unidas sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad obtiene rasgo constitucional. En virtud de ello y de lo establecido en el art. 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se ha de colegir que las normas internacionales priman sobre las de carácter nacional y por tanto en crímenes de guerra y de lesa humanidad la regla es la imprescriptibilidad de los mismos.

Posición desarrollada extensamente por el suscrito en (La Justicia Uruguay Tomo 148 año 2013 págs. 21 a 32 Reflexiones a partir de la Sentencia N° 20 de la S.C.J. por la que se declaran inconstitucionales los arts. 2 y 3 de la Ley 18.831. Admitida parcialmente por el Tribunal de Apelaciones de 1 er. Turno entre otras en Sentencias 31/2018, 276/2017 y 189/2017.

5- Normas de *Ius Cogens* y art. 72 de la Constitución: En una posición intermedia o si se quiere abarcativa de las anteriores, se posicionó el excelso y malogrado Ministro Dr. Fernando Cardinal al integrar la Suprema Corte de Justicia en la Sentencia N° 794/2014. En dicha ocasión Cardinal sostuvo “la calificación de determinados delitos como de lesa humanidad -o crímenes de lesa humanidad- forman parte del universo de situaciones regladas por el art. 72 mencionado, por cuanto no cabe duda alguna que funciona como forma de protección de los derechos humanos, impuesto por la forma republicana de gobierno que impone a la autoridad pública – el Estado- que garantice a la sociedad toda su control y punición. De ello se infiere que el reconocimiento de dichos delitos por parte de nuestro ordenamiento es anterior a la Ley No. 17.347 del 5 de junio de 2001 (que ratificó la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad de la O.N.U. de 1968) desde que se encuentra entre el elenco de normas de “*jus cogens*”, que ingresan al sistema constitucional mediante la aplicación del art. 72 de la Constitución. Por tanto la fecha de ratificación de los convenios sobre derechos humanos en general y de los delitos de lesa humanidad en particular no sería relevante, desde que es precisamente su fundamento el que permite su incorporación a la *Lex Fundamentalis*. Y ello, conforme a Cardinal, por dos razones; “el primero, que por ser una garantía (constituida por el deber del Estado de perseguirlo) inherente a la protección de la personalidad humana, está incorporado sin necesidad de reglamentación alguna, conforme con el art. 332 de la Constitución; el segundo, en tanto los mencionados instrumentos lo que hacen no es establecer la categoría, sino reconocerla, por cuanto si son inherentes a la personalidad humana, no es el precepto expresado en el Estatuto, Tratado o Convenio el que la hace vigente, sino que solo la actualiza mediante una verbalización determinada, ya que en sí preexisten a tal actualización”. Seguido a su vez en el voto disorde del Ministro Felipe Hounie en distintas sentencias, entre otras 10/2016 de la S.C.J.

IV) Por Resolución N° 72/2021 de fs. 1061, el Sr. Juez a quo, sin pronunciarse en forma expresa respecto del recurso de reposición también interpuesto, implícitamente lo desestimó, al ordenar solamente franquear la Alzada.

Recibidos los autos, se citó para sentencia, la que previo estudio por su orden, fue acordada.-

CONSIDERANDO

I) La Sala, por unanimidad en actual integración, habrá de confirmar la recurrida, revalidando los fundamentos jurídicos concurrentes de anteriores fallos, análogos a los de autos.

II) Desde su Res. No 84/2013, este Colegiado viene afirmando, sin encontrar a la fecha, motivo para revisarlo:

“... II) Está fuera de discusión que para el cómputo de la prescripción, no es computable el período de facto: ...El principio general de que al justamente impedido no le corre término es aplicable al caso al tratarse de un principio general que se inscribe en los derechos inherentes a la persona humana, con recepción en los artículos 7, 72 y 332 de la Constitución ...” (ADCU XXI, c. 911)”.-

“La Sala de 2º T. (Sent. Nº 263 de 26/8/2010), declaró en el mismo sentido: <...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>”.-

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

“... III) En público reconocimiento por el Estado (21/3/2012), acerca de su responsabilidad institucional e internacional en el caso BB, Uruguay (representado por máximas jerarquías de sus tres Poderes) admitió formal y expresamente la existencia del Plan Cóndor y del terrorismo de Estado. Asimismo, se comprometió a perseguir la responsabilidad criminal, asumiendo la falta de recurso efectivo para las víctimas y de ejercicio pleno de la acción penal, obstaculizado por la inconstitucional Ley 15.848, “interpretada” por la Ley N° 18.831 de 27/10/2011, que pretendiera zanjar toda discusión acerca de la “irretroactividad” e “imprescriptibilidad”. Pero que antes (art. 1º), relevó lo que desde Sabalsagaray había quedado restablecido: “...el pleno ejercicio de la pretensión punitiva del Estado para los delitos cometidos en aplicación del terrorismo de Estado hasta el 1º de marzo de 1985, comprendidos en el artículo 1º de la Ley No. 15.848, de 22 de diciembre de 1986”.

“Que la Ley de Caducidad se erigió en obstáculo a la investigación de denuncias como la de autos, es indiscutible y relevante para coincidir en el rechazo del incidente”.-

“Lo había señalado el sistema interamericano, reiteradamente: “... 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 Uruguay 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 Sentencia de la Corte IDH en BB vs. Uruguay)”.-

“...V) Como dijo la Sala (Sent. N° 380/2010) “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)”.-

“III) Luego, desde Sents. 101/2013, 313/2013, 2/2014, 10/2014, 275/2014, etc. (hasta la reciente Sent. 119/2019, entre otras), lo ha profundizado: “... 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)”.-

“En tal sentido, el art. 2° de la Ley 18.596 excluye todo debate 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°)”.-

“El art. 1° de la Ley N° 18.831 (que nunca fue declarado inconstitucional), “... 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 tras la restauración democrática, el titular de la acción no 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 tanto el Poder Ejecutivo como el Poder Legislativo, se habían allanado”.-

“El 30/6/2011 recayó decreto del PE que al revocar todos los actos administrativos y mensajes emanados del mismo (sustrayendo del sistema judicial la investigación de las denuncias de delitos cometidos antes y eventualmente después de la época contemplada en el art. 1º), 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 BB (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, tanto durante el período de facto como por 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), el valioso instituto no se configura respecto de ciertos delitos que -sin dejar de serlo- no pudieron perseguirse -nada menos- porque se dictó una ley inconstitucional para impedirlo. Así lo reconoce la señora Sent. de la SCJ N° 365/2009 (Chediak -r-, Van Rompaey, Ruibal, Larrieux, Gutiérrez -d- parcial) cuando dice: “... Con respecto a que las normas impugnadas transgreden el derecho de las víctimas y de sus familiares de acceder al sistema judicial para que se identifique y castigue a los presuntos culpables de los hechos acaecidos durante la dictadura militar, el agravio es de recibo ... las normas atacadas excluyeron del aparato sancionatorio del Estado a sujetos que, para ello, no necesitaron ser juzgados por el Poder de gobierno que tiene a su cargo la función soberana de aplicar las penas ... las normas atacadas excluyeron de la órbita del Poder Judicial el juzgamiento de conductas con apariencia delictiva, lo cual transgredió el principio de separación de poderes y afectó muy seriamente las garantías que el ordenamiento constitucional puso en manos de aquél ... A modo de síntesis, la ilegitimidad de una Ley de amnistía dictada en beneficio de funcionarios militares y policiales que cometieron delitos de esta naturaleza, gozando de impunidad durante regímenes de facto, ha sido declarada por órganos jurisdiccionales, tanto de la comunidad internacional como de los Estados que pasaron por procesos similares al vivido por el Uruguay en la misma época. Tales pronunciamientos, por la similitud con la cuestión analizada y por la relevancia que han tenido, no podrían soslayarse

en el examen de constitucionalidad de la Ley No. 15.848 y han sido tenidos en cuenta ...” .-

“En suma, es irrefragable que la Ley de Caducidad emergió como un instrumento legal pero ilegítimo, destinado a impedir el conocimiento del destino de las personas desaparecidas durante la dictadura, las torturas y demás métodos del Plan Cóndor, todo lo cual recién (y con las dificultades que son de público conocimiento), pudo comenzar a investigarse décadas después. De ahí que no se aprecie de recibo el agravio relacionado con el extenso tiempo transcurrido desde los hechos investigados hasta la Ley 18.831, colacionando doctrina penal que se dice liberal pero impresiona sesgada”.-

“El rechazo de la prescripción por la interrupción del plazo común provocada por la Ley 15.848 fue actuado por la Suprema Corte (incluso con integrantes que se pronunciaron por la inconstitucionalidad de los arts. 2 y 3 de la Ley 18.831, desestimando la de su art. 1º): “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” (Sent. 935/2015, Hounie -r- Chediak, 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” hubo “un impedimento absoluto, insoslayable, que provoca a su vez la interrupción de cualquier proceso de prescripción”, “... se ha negado conocer la verdad de aquellos hechos denunciados, el poder judicial no actuó, y esa omisión lo fue por la acción del ejecutivo, basada en una ley inconstitucional y violatoria de los tratados suscritos por la República”

(Fagúndez, Sobre la prescripción de los delitos cometidos bajo la impunidad que otorga el terrorismo de Estado, RDP No 21, p. 145).-

“Lo mismo había señalado reiteradamente el sistema interamericano de derechos humanos, como recordara la Corte IDH en BB: “... 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).-

“Entonces, soslayar la incidencia -durante décadas- de una ley nacida para impedir investigar, como lo fue la Ley 15.848, es desconocer antecedentes ineludibles, entre ellos, Sabalsagaray (nacional) y BB (supranacional)”.-

“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) De todos modos, se coincide con la recurrida, que se investigan delitos o crímenes de lesa humanidad, incluidos en el art. 2 del CP, según redacción dada por el art. 1° de la Ley 18.026, que hasta donde se conoce, nunca fue declarado inconstitucional: “... en el marco de detenciones practicadas por las fuerzas conjuntas de la dictadura militar en el período comprendido entre los años 1972 a 1984 como parte de una política de terror, se practicaron torturas, tratos crueles, inhumanos y degradantes contra los detenidos, entre los cuales citan <submarinos> (en agua con excrementos o sacos con capuchas, picanas), agresiones sexuales y de violación, colgadas, quemaduras, golpizas, plantones, <caballetes>, <teléfonos>. Individualizan a los denunciados como activos partícipes en dichas conductas ...” (Considerando I, fs. 812)”.-

“Por su gravedad -entre otros fundamentos- las Naciones Unidas, el 26/11/1968, acordaron excluir estas conductas, de la prescripción ordinaria (Convención Internacional sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad, art. 1°). Ello, porque 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)”.-

“Se trata de 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 contra los juicios de Nüremberg (Luban, Una teoría de los crímenes contra la humanidad, traducción publicada 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 ...” “... 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”.-

“Es que cuando se trata de crímenes atribuidos a “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”.-

“Por eso, a partir de fallos de la Corte Interamericana de DDHH, la Corte Suprema Argentina declaró lo anterior y que: “... 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. 313/2013)”.-

“Como tuvo presente la Sala a partir de la 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 ... Aun 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 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 extinguía 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 ...” (Zaffaroni, en Arancibia Clavel)”.-

“Y como en doctrina ha sostenido el ilustrado Representante de la Fiscalía: “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 ...” (Perciballe, LJU 148, pp. D-24/27, de la Sala, Sent. 10/2014)”.-

En suma: como se dijo insistentemente y hoy se reitera, no hay colisión entre debido proceso, principio de legalidad y principio de irretroactividad de la ley penal menos benigna, con la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, que “... 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). En este sentido se ha pronunciado la SCJ en Sents. Nos 794/2014 y 1061/2015”.-

Por cuyos fundamentos, SE RESUELVE:

CONFÍRMASE LA RECURRIDA. NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE.-

Dra. Graciela Gatti Santana

Ministra

Dr. Sergio Torres Collazo

Ministro

Dr. Alberto Reyes Oheninger

Ministro