

Montevideo, catorce de marzo de dos mil dieciséis

Sentencia N° 50/2016

Dra. Elena MARTINEZ ROSSO

Dr. Jorge Omar CHEDIAK GONZALEZ (discorde)

Dr. Felipe Javier HOUNIE SANCHEZ

Dr. Jorge Tomas LARRIEUX RODRIGUEZ (Redactor)

Dr. Ricardo Cesar PEREZ MANRIQUE

VISTOS:

Para sentencia estos autos caratulados: “**TESTIMONIO DE AUTOS: AA – SU MUERTE – PROVIENE DE IUE 2-21986/2006 ORGANIZACIONES DE DDHH. DCIA CONTRA MANDOS CIVILES, MILITARES Y POLICIALES. ATTES – CASACION PENAL**”, IUE: 88-259/2014.

RESULTANDO QUE:

I) En el caso se investiga la detención y el fallecimiento de AA, quien habría sido presuntamente detenido por efectivos militares el 24 de mayo de 1973, un mes antes de producirse el quiebre institucional.

A fs. 381-384, los Sres. Defensores Dres. KK, LL y MM solicitaron la clausura y el archivo de las actuaciones, alegando que había operado la prescripción de los delitos investigados.

Por Sentencia No. 2936/2012, dictada a fs. 399-408 por el Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 7mo. Turno, no se hizo lugar a dicha solicitud.

II) A fs. 420-431 vto. BB, CC, DD, EE, FF, GG, HH, II y JJ opusieron la excepción de inconstitucionalidad de los arts. 2 y 3 de la Ley No. 18.831, que se resolvió por Sentencia No. 480/2013 de la Suprema Corte de Justicia, en la que se declaró la

inconstitucionalidad y la inaplicabilidad al caso concreto de los arts. 2 y 3 de la referida Ley (fs. 510-547).

III) Devueltos los autos a la Sede de origen, a solicitud del Ministerio Público, y conforme lo dispuesto en Resolución No. 163/2014, se prosiguieron las actuaciones (fs. 556 vto.-557 y 564-567).

Contra dicha resolución los indagados interpusieron recursos de reposición y apelación a fs. 571-576 vto.

IV) A fs. 598-620 el co-indagado NN interpuso excepción de inconstitucionalidad de los arts. 2 y 3 de la Ley No. 18.831.

Por Resolución No. 932/2014 la Sede “a quo” ordenó la suspensión de los procedimientos respecto de NN y la formación de la correspondiente pieza separada. Asimismo, dispuso se continuaran las actuaciones respecto de los otros co-indagados.

V) Por Sentencia Interlocutoria No. 2413/2014 la Sede Penal de 7mo. Turno desestimó el recurso de reposición interpuesto y ordenó la elevación de los autos para ante el superior procesal.

VI) Por Sentencia Interlocutoria No. 1/2015, dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 1er. Turno (fs. 646-657), se confirmó el pronunciamiento de primera instancia.

VII) A fs. 660-666 la Defensa de los indagados interpuso recurso de casación, e invocaron que la resolución impugnada vulneró los arts. 7, 10 y 72 de la Constitución, art. 9 del Pacto de San José de Costa Rica (art. 15 de la Ley No. 15.737), art. 11 nal. 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como las normas relativas a la prescripción de los delitos recogidas en el Código Penal (arts. 1, 15, 16, 117 y 119).

En sustento de sus agravios expresaron, en síntesis, los siguientes fundamentos:

La impugnada, fundándose en normativa y jurisprudencia internacional, invirtió los criterios que imperan en nuestro país, priorizando el derecho de las víctimas por sobre el de los indagados, y alteró el término de prescripción de los delitos. En este sentido, la decisión hostilizada violentó los arts. 7, 10 y 72 de la Constitución, al desconocer el principio de irretroactividad de la Ley penal, así como el de seguridad jurídica.

La Sala Consideró que la Ley No. 15.848 significó un impedimento o constituyó una causa de fuerza mayor que logró válidamente interrumpir el término prescriptivo, lo que no es cierto, tal como fue consignado en reciente pronunciamiento de la Sala Penal de 2do. Turno en Sentencia No. 360/2014.

VIII) Elevados y recibidos los autos, la Corporación resolvió dar ingreso al recurso de casación interpuesto (Decreto No. 983/2015, fs. 674).

IX) Conferida vista al Sr. Fiscal de Corte éste, por las razones que expuso en el Dictamen No. 3272/2015 (fs. 694-700 vto.), entendió que correspondía rechazar el recurso de casación.

CONSIDERANDO:

D) La Corporación, por mayoría, desestimaré el recurso de casación interpuesto.

II) Respecto a la admisibilidad del recurso, quienes concurren en mayoría a formar la decisión sostienen soluciones diversas.

El Sr. Ministro Dr. Felipe Hounie y el Redactor tuvieron oportunidad de pronunciarse, respecto de un caso análogo al presente, sobre la admisibilidad del recurso de casación en hipótesis donde se discute la prescripción de delitos investigados en etapa presumarial (cfme. Sentencia de la Corporación No. 2.123/2014).

Por su parte, el Sr. Ministro Dr. Ricardo Pérez Manrique, en posición que es compartida por la Sra. Ministra Dra. Elena Martínez, reitera la posición que sostuvo en discordia a la referida sentencia de la Corporación, en la medida en que la recurrida se trata de una decisión de naturaleza interlocutoria de segunda instancia que confirma la de primera la que, a su vez, desestima la solicitud de clausura de las actuaciones, por lo que ésta no integra el elenco de las sentencias casables, al no revestir la cualidad de ser una sentencia interlocutoria que ponga fin al proceso penal y haga imposible su continuación.

No obstante, el Sr. Ministro Dr. Ricardo Pérez Manrique entiende que, razones de mérito, también conllevan a la desestimación del recurso de casación movilizad, según se dirá.

Por su parte, la Sra. Ministra Dra. Elena Martínez entiende que la declaración de inadmisibilidad del recurso de casación conlleva el no pronunciamiento sobre el mérito del debate.

III) Respecto a la alegada prescripción que enervaría la posibilidad de investigar los delitos presuntamente cometidos por los indagados, la mayoría que conforma ésta decisión, aunque por distintos fundamentos, estima no ha operado.

III.1.- A juicio del Redactor, el dilema entre la prescripción o imprescriptibilidad de los hechos comprendidos en el art. 1o. de la Ley No. 15.848 fue intentado resolver por el legislador con la Ley No. 18.831 que por su art. 1o. derogó tácitamente la Ley No. 15.848, restableciendo la potestad punitiva del Estado para los delitos cometidos en aplicación del terrorismo de Estado hasta el 1.3.1985, comprendidos en el art. 1o. Ley No. 18.848, aunque introdujo nuevas dificultades en sus artículos 2 y 3 declarados inconstitucionales por Sentencia No. 20/2013.

Entonces, estima que es el propio legislador patrio que reconoce que durante la vigencia de la Ley No. 15.848 (declarada inconstitucional por Sentencia No. 365/2009 para los casos concretos en que se interpusiera tal accionamiento) y hasta la vigencia de la Ley No.18.831, los plazos de prescripción extintiva no pudieron transcurrir útilmente.

Por otra parte, señala que como se sostuvo en Sentencia de la Corporación No. 1501/2011, y reiterara en lo pertinente en la Sentencia No. 20/2013, la Ley No. 15.848 no consagró una amnistía, por lo cual los delitos comprendidos no dejaron de existir, sino que se eliminó la posibilidad de accionar para su persecución por parte del

Ministerio Público y, en consecuencia no hay innovación penal retroactiva en el art. 1o. de la Ley No. 18.831.

Sobre las relaciones entre las multicitadas Sentencias de la Corporación No. 365/2009 y 20/2013 (en que se invocara la ejecución de la Sentencia de la CIDH, caso Gelman vs. Uruguay, en especial párrafo 224) y la solución del tema en análisis (ya adelantado en Sentencia No. 127/2005 y seguido con distintos fundamentos en la Sentencia No. 935/2015), estima que la imprescriptibilidad no viene impuesta por tratarse de delitos de lesa humanidad, cuya concepción en la costumbre internacional carecía en nuestro orden jurídico de acogida hasta la Ley No. 18.026 conforme al principio de legalidad o tipicidad, pues no hay delito sin Ley previa, escrita y con una sanción determinada.

En este sentido, sustenta la idea que ni la doctrina, ni la jurisprudencia o la costumbre nacional o internacional, ni las Convenciones o Tratados Internacionales, habilitan el poder punitivo del Estado por sobre los límites temporales previamente establecidos (Larrieux, Diálogos judiciales y control de convencionalidad y constitucionalidad en el sistema interamericano, LJU T. 151, Abril/2015).

III.2.- Por su parte, el Sr. Ministro Dr. Felipe Hounie y el Redactor siguen posición sustentada en reciente pronunciamiento de la Corporación (Sentencia No. 935/2015) que, al resolver un caso análogo al presente, sostuvo:

“...es cuestión zanjada por la jurisprudencia (Sentencia No. 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 No. 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 No. 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 No. 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 No. 15.848 para el caso concreto”.

No debe olvidarse que el hecho investigado en este procedimiento presumarial, esto es, la muerte de AA, fue excluido del ámbito de la aplicación de la Ley No. 15.848 por Sentencia No. 1525 del 29 de octubre de 2010 de la Suprema Corte de Justicia.

Entonces, y como se expresara por la Corporación en el citado fallo: *“Parece claro, pues, que si la Ley No. 15.848 no fue un obstáculo para el ejercicio de la acción, como sostuvo el recurrente, ¿por qué el titular del Ministerio Público promovió la declaración de inconstitucionalidad por vía de excepción de los arts. 1, 3 y 4 de la referida Ley respecto de los hechos investigados en los autos IUE 2-21986/2006 de la Sede ‘a quo’, entre los cuales se incluyó, precisamente, el presunto homicidio de XX?*

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

Para el Sr. Ministro Dr. Felipe Hounie, esta circunstancia está marcando una clara diferencia con el caso YY, recientemente fallado por la Corte en Sentencia No. 127/2015, en el cual, a diferencia del presente, la Ley No. 15.848 no significó, a su juicio, un obstáculo a las investigaciones. Ello, por cuanto obraba en autos el testimonio de una comunicación del Poder Ejecutivo, suscripta el 27 de octubre de 2008 por el Presidente de la República, que claramente establecía que el caso investigado no estaba comprendido dentro del ámbito del art. 1 de la mencionada Ley.

Coinciden, entonces, con los tribunales de mérito en que el “dies a quo” del plazo de prescripción de la acción penal debe ubicarse en el momento en el cual habría de entenderse removido el obstáculo que provocaba la suspensión del referido plazo, esto es, a la fecha de la Sentencia No. 1525 del 29 de octubre de 2010 de la Suprema Corte de Justicia, por la que, como se vio, se declaró inconstitucional, para el presente caso, la Ley No. 15.848.

Si bien el criterio de principio que debería sustentarse en cada caso es el precedentemente indicado, no pueden desconocer que también existió otro acto que permitió remover el referido obstáculo, que es de carácter general y para todos los casos que no habían obtenido una sentencia de declaración de inconstitucionalidad de la Ley de caducidad.

Dicho acto es el decreto del Poder Ejecutivo del 30 de junio de 2011, por el que se revocaron todos los actos administrativos y mensajes emanados de ese Poder que habían incluido casos dentro de los supuestos contemplados en la Ley No. 15.848. No obstante, como no es esta la hipótesis de autos, no corresponde su aplicación.

En función de lo expuesto, no puede sustentarse, como lo hace el recurrente, que tanto la sentencia de primera como la de segunda instancia vulneraron la cosa juzgada emanada de la Sentencia No. 480/2014 de la Corte por la que se declaró, para este caso concreto, la inconstitucionalidad de los arts. 2 y 3 de la Ley No. 18.831, ya que el fundamento para llegar a la conclusión de que no ha operado la prescripción de la acción respecto de los delitos investigados en autos no descansa en la referida Ley, sino en el plexo de normas integrantes de nuestro sistema procesal penal vigente (Código Penal, Código del Proceso Penal y Código General del Proceso).

Por último, el Sr. Ministro Dr. Felipe Hounie entiende que, sin desconocer la naturaleza provisoria propia de la etapa procesal en la que se encuentra esta causa, puede afirmarse, sin esfuerzo, que los hechos denunciados constituyen delitos de lesa humanidad y que, por ende, son imprescriptibles. En tal sentido, se remite a los argumentos que expuso en Sentencia No. 1.061/2015 que, con las naturales adecuaciones, resultan trasladables al caso de autos.

III.3.- Finalmente, cabe señalar que el Dr. Pérez Manrique comparte los fundamentos que vienen de señalarse y, sin perjuicio de ratificar su posición en cuanto a la inadmisibilidad del recurso interpuesto, entiende que no ha operado la prescripción de los delitos investigados en aplicación del plexo normativo de nuestro sistema penal vigente (Código Penal, Código de Procedimiento Penal y Código General del Proceso). Coadyuva en el sentido apuntado que la vigencia de la Ley de caducidad de la pretensión punitiva del Estado (Ley No. 15.848) significó un claro obstáculo (irresistible) para el ejercicio de la acción penal de su titular, el Ministerio Público.

Asimismo, señala que, como lo sostuviera en discordia extendida a la Sentencia No. 212/2013 de la Suprema Corte de Justicia, los delitos que se investigan en estos autos constituyen, en puridad, crímenes de lesa humanidad y, en consecuencia, no son susceptibles de prescripción. En esa oportunidad, expresó que:

“...además tiene recepción este tipo de crímenes en nuestro propio Derecho Constitucional, toda vez que la Constitución de la República establece en su Art. 239 que a la Suprema Corte de Justicia corresponde: ‘Juzgar sobre delitos contra Derecho de Gentes...’ (Nral. 1). Confiando a la Ley la potestad de regular los aspectos procesales referidos a la competencia originaria establecida en el primer inciso del numeral.

Así, el Dr. Rubén Correa Freitas afirma: ‘El origen de esta disposición lo encontramos en el art. 96 de la Constitución de 1830 donde se expresaba: ‘... sobre delitos contra el derecho de gentes...’. En la Constitución de 1918 se decía en el art. 119 ‘...sobre delitos contra el derecho de gentes...’ y en las Constituciones de 1934 ‘art. 215 ordinal 1o.’; 1942 (arts. 212 ord. 1o.) y 1952 (art. 239 ord. 1o.) rezaba: ‘...sobre delitos contra derecho de gentes...’.

‘El derecho de gentes que equivale a la alemana ‘Volkerrecht’, es la traducción castellana del ‘ius gentium’ romano no es otra cosa que la antigua denominación del Derecho Internacional Público. Incluso en nuestra Facultad de Derecho (antigua Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Mayor de la República) se enseñó Derecho de Gentes a partir del año 1963, habiéndose publicado Curso Elemental de

Derecho de Gentes por el primer catedrático Gregorio Pérez Gomar (Cfme. *'Derecho Constitucional Contemporáneo'*, tomo II, tercera edición actualizada, F.C.U., pág. 223).

Al respecto, es dable señalar lo sostenido por el Prof. Dr. José Korzeniak, en este sentido: 'Nos parece superada la polémica acerca de si esta expresión (ya obsoleta en el lenguaje jurídico moderno) debe entenderse como equivalente al derecho 'de los gentiles' de la época romana (distinto del Derecho para los extranjeros y los esclavos), o si lo correcto es entenderla como sinónimo de Derecho Internacional Público. Pensamos que esta última es la posición correcta. Concretamos nuestra opinión de esta manera: son delitos contra el 'derecho de gentes' aquellos tipificados como tales en tratados internacionales o en reglas internacionales aunque no sean tratados (en Derecho Internacional se estudian otras fuentes jurídicas, como las costumbres, los principios generales, etc.). Entre tales delitos pueden citarse algunos muy repudiables como los de 'lesa humanidad', de 'torturas generalizadas', delitos de terrorismo, delitos de tráfico internacional de estupefacientes, etc. Cuando este tipo de delitos tipificados en el Derecho Internacional Público deba ser juzgado en nuestro país, la Suprema Corte debe juzgar (en primera o ulterior instancia, según ya hemos explicado)', (Primer Curso de Derecho Público - Derecho Internacional, F.C.U, pág. 572)''.

Ese orden jurídico supranacional está reconocido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos que regula su aplicación en el plano de la represión penal de determinadas conductas.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por Ley No. 13.751:

“Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional...”

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”.

La Convención Americana de Derechos Humanos, en su Artículo 9 –Principio de legalidad y de retroactividad-, refiere al derecho aplicable, excediendo el nivel de la Ley interna:

“Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivas según el derecho aplicable”.

En el mismo sentido el art. 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos establece que 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”.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, ampara la existencia de este orden normativo en su art. 53:

“Es nulo todo tratado que en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.

La Corte Europea de Derechos Humanos en el caso denominado de los “Guardianes del muro”, es decir los crímenes cometidos por los guardias del denominando “Muro de Berlín” en la ex RDA que estaban mandatados para extinguir si era necesario a quien quisiera cruzar la frontera, entendió 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 de los derechos humanos, no puede estar cubierta por la protección del art. 7o. de la

Convención. Dicha práctica que vació de contenido la legislación sobre la cual se suponía estaba basada, y que fue impuesta a todos los órganos de la RDA, incluyendo sus tribunales, no puede ser descrita como derecho, en el sentido del art. 7o. de la Convención”.

En consecuencia tales actos quedan encartados en el concepto de crímenes de lesa humanidad.

Norma general de jus cogens internacional, aplicable por todos los Estados, más allá de su codificación a través del Estatuto de Roma. El efecto de éste es añadir certeza y taxatividad a algo preexistente.

Las acciones delictivas de autos por su gravedad y excepcionalidad, resultan de un contexto en el cual la violación y denegatoria de derechos, fueron el medio elegido para obtener determinados objetivos políticos, se hizo sistemática la práctica del terrorismo de Estado.

El Estado ha reconocido por Ley No. 18.596:

“el quebrantamiento del Estado de Derecho que impidiera el ejercicio de derechos fundamentales a las personas, en violación a los Derechos Humanos o a las normas del Derecho Internacional Humanitario, en el período comprendido desde el 27 de junio de 1973 hasta el 28 de febrero de 1985” (art. 1o.).

Por la misma Ley se ha reconocido “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).

Las conductas señaladas constituyen delitos de lesa humanidad, por su gravedad, sistematicidad y generalidad de su reiteración.

En aplicación de la interpretación pro homine de los DDHH conforme el bloque de constitucionalidad, cuya aplicación es imperativa para todos los órganos jurisdiccionales, como afirmara esta Corte en Sabalsagaray, es perfectamente compatible con la Constitución la admisión de un orden normativo comprendido por un único bloque de constitucionalidad cuyo contenido fuera descrito en aquel pronunciamiento.

Es menester interpretar y aplicar dicho orden jurídico por los Jueces Nacionales, sin violentar la Constitución de la República ni los tratados de DDHH.

Como se señalara al analizar el fallo de la Corte Suprema de Justicia en “Arancibia Clavel” en el que se decide acerca de la aplicación del principio de imprescriptibilidad en los delitos de lesa humanidad: “...esos actos ya eran imprescriptibles para el derecho internacional, puesto que si bien la aprobación de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad se produjo con posterioridad a esos hechos, dicho ‘instrumento’ sólo afirma la imprescriptibilidad, lo que importa el reconocimiento de una norma ya vigente (jus cogens), en función del derecho internacional público de origen consuetudinario.

De esta manera, no se fuerza la prohibición de 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” (Cfme. “Derechos Humanos: Justicia y reparación”, Ricardo Luis Lorenzetti y Alfredo Jorge Kraut, págs. 138 a 139).

Dichas normas generales obligan al Estado, a sus instituciones y a sus ciudadanos al respeto de los Derechos Humanos, en definitiva han contribuido a desarrollar el principio ya establecido en el art. 239 Nral. 1o. de la Constitución.

El efecto del fallo en el presente, será la declaración de que no existen objeciones de constitucionalidad para avanzar en la sustanciación del proceso, sin perjuicio de lo que corresponda decidir sobre el fondo de la cuestión en las instancias procesales oportunas.

En definitiva, rechazo la excepción de inconstitucionalidad respecto de los artículos 2o. y 3o. de la Ley No. 18.831.

Primero porque no se aplican en el caso de autos.

Segundo porque no resultan inconstitucionales porque no constituyen innovación en el ordenamiento jurídico internacional, en la medida que, como lo ha sostenido la Corporación en anteriores oportunidades, los Tratados de Derecho Internacional aplicables consagran determinados principios que hacen a la protección de los Derechos Humanos en su integralidad, situación jurídica con raigambre constitucional para el Uruguay en virtud de lo establecido en el art. 239 No. 1 de la Constitución de la República.

Tercero, porque además el artículo 3o. admite interpretación conforme a la Constitución, los delitos del art. 1o. son crímenes de lesa humanidad “de conformidad con los tratados internacionales en que la República es parte.

Corresponde al intérprete y no al tribunal de constitucionalidad, determinar si los hechos investigados integran el elenco del art. 3o., de los delitos de lesa humanidad por encontrarse en los tratados firmados por la República.

No todos los delitos comprendidos en la Ley No. 15.848 son de lesa humanidad, pero algunos sí lo son y ello será determinado por el tribunal de mérito, que deberá calificar si las conductas delictivas tipificadas en el Código Penal cometidas en el marco de la acción del terrorismo de Estado constituyen o no crímenes de lesa humanidad”.

IV) La conducta procesal desplegada por las partes ha sido correcta, no dando mérito a especial condenación en gastos causídicos.

Por tales fundamentos, la Suprema Corte de Justicia, por mayoría,

FALLA:

DESESTIMASE EL RECURSO DE CASACION INTERPUESTO, CON COSTAS DE OFICIO.

OPORTUNAMENTE, DEVUELVA.

DR. JORGE CHEDIAK DISCORDE: Considero que se debe hacer lugar al recurso y en su mérito hacer lugar a la prescripción invocada.

En primer término, corresponde destacar que, a mi juicio, el recurso de casación interpuesto resulta admisible, tal como se sostuvo en la Sentencia No. 2.123/2014 de la Corporación (cf. Sentencia No. 935/2015 de este Colegiado, entre otras).

En segundo lugar, no surge que, en el caso en estudio, la Ley No. 15.848 haya significado un obstáculo a las investigaciones y al normal funcionamiento del Poder Judicial.

En la presente hipótesis, no emerge acreditado que el juez de la causa o el fiscal se hubiesen visto imposibilitados de actuar en razón de haber recibido del Poder Ejecutivo la comunicación de que los hechos denunciados se encontraban comprendidos en el art. 1 de la Ley No. 15.848.

Por eso, considero que la sola existencia y vigencia de dicho texto legal no puede considerarse como un impedimento con virtualidad interruptiva del transcurso del plazo de prescripción (cf. opinión del suscripto en la Sentencia No. 127/2015 de la Suprema Corte de Justicia).

En este mismo sentido, puede convocarse la fundada posición del Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 2do. Turno, el cual, en términos enteramente compartibles, sostuvo:

“(...) las normas jurídicas y los principios generales del derecho operaron y, siendo así, lo que prescribió en materia criminal se extinguió por inacción consciente y voluntaria, aun descontando el plazo de suspensión genérica (dictadura militar), salvo las

excepciones por eventuales interrupciones originadas en situaciones particulares en relación a los agentes.

La conclusión es que el ejercicio del derecho que se posee es una carga de su titular y, si se quiere impedir la extinción del mismo, en este caso los soportes del Estado, debieron y dispusieron de la posibilidad de remover el obstáculo revocando la inclusión en la Ley (Poder Ejecutivo) para accionar ante los Tribunales (Ministerio Público) o derogar o modificar la propia Ley (Poder Legislativo), por tanto, si no lo hicieron en algunos asuntos perjudicaron el imperativo de su propio interés.

Por tanto, no es posible perjudicar la seguridad jurídica general del Estado de Derecho, adoptando soluciones en perjuicio del reo y violentando el régimen penal liberal por una inacción del propio Estado, ya que en definitiva se actuó dentro de la legalidad vigente ya sea en un sentido u otro y, si luego, se desconoce lo actuado se afectan derechos adquiridos en violación a preceptos constitucionales y se deteriora el Estado de Derecho.

COLOFON: No hubo ningún impedido por justa causa o una forma de suspensión de la prescripción que determinara que el plazo dejara de correr durante el tiempo del impedimento, sino actos discrecionales del Poder Ejecutivo efectuados al amparo de una Ley vigente, tanto es así, que la revocación genérica que dispuso el Sr. Presidente de la República Mujica en el año 2011 (de todas las resoluciones que incluían asuntos en la Ley No. 15.848), bien pudo ocurrir mucho antes en su mandato o, incluso, en el del Presidente Vázquez si así lo hubieran entendido, pero sin embargo tal cosa no aconteció excluyendo solamente casos específicos.

Con esto se pretende establecer que no puede tratarse de un impedimento por causa de fuerza mayor el régimen de la Ley 15.848, sino que lo acontecido fue el ejercicio de una facultad legal que cada Poder Ejecutivo utilizó de acuerdo a su leal saber y entender (...) nada impidió desde 1994 interponer acciones de inconstitucionalidad al titular de la acción pública y se convivía en un sistema democrático con una Ley cuestionada, pero susceptible de ser atacada. Tampoco nada impedía consultar al Poder Ejecutivo si el caso continuaba o no incluido en la Ley No. 15.848 a partir del año 2005 en adelante, porque era público y notorio que se estaban excluyendo casos de la misma, al punto que había personas enjuiciadas con el debido proceso y sin menguar las garantías de ningún ciudadano, pero resulta que nada se hizo al respecto. Lo que está claro es que todas esas inacciones ocurrieron, pero ahora resulta que se trata de delitos de lesa humanidad o sea crímenes aberrantes, pero nadie pidió siquiera informes sobre la existencia de causas archivadas incluidas años atrás en la Ley de caducidad. Por tanto, la responsabilidad del pasaje del tiempo no puede ahora cargarse contra los derechos de los sospechosos, o sea, mi culpa viene a justificar lo

que la Corte Interamericana no tiene reparos en definir como anulación de garantías fundamentales del imputado, lo cual resulta de franco rechazo.

Por tanto, la existencia de la Ley no creó un obstáculo insalvable derivado de caso fortuito o fuerza mayor para el ejercicio de una potestad del Estado, sino un procedimiento o requisito de procedibilidad cuyo detentador siempre pudo resolver en un sentido u otro y, cuando así ocurrió, permitió llevar adelante la acción penal (...) No existió entonces un impedido por justa causa y, como consecuencia lógica, lo único que incuestionablemente imperó en todo momento es la Ley sustancial general en materia criminal, que no es otra que el Código Penal, donde solamente se regula el instituto de la prescripción (...)” (Sentencia No. 360/2014 del T.A.P. 2do.).

Entonces, al comenzar a computarse el término de prescripción a partir del 1o. de marzo de 1985, es claro que, en el caso, operó plenamente la prescripción, por lo que corresponde disponer la clausura de las actuaciones respecto de los recurrentes.