

08 de diciembre de 2015

Sentencia 538/2015

Tribunal Apelaciones Penal 4° T°

Dr. Angel Manuel CAL SHABAN

Dr. Julio Ernesto OLIVERA NEGRIN (Discorde)

Dr. Jorge Antonio CATENACCIO ALONSO(Redactor)

VISTOS:

Para Sentencia Interlocutoria de Segunda Instancia, estos autos caratulados: "**AA – SU DENUNCIA**"- IUE : **88-155/2012**, venidos a conocimiento del Tribunal, en mérito al recurso de apelación en subsidio interpuesto por la Defensa Privada de Carlos Guianze Altezor, Dra. Graciela Figueredo y Dra. Rosanna Gavazzo, contra la Interlocutoria N° 2309/2014 del 10 de setiembre de 2014 (fs. 258-262), dictada por la Sra. Juez Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 7° Turno, Dra. Beatriz Larrieu De Las Carreras, con intervención del Sr. Fiscal Letrado Nacional en lo Penal de 6° turno, Dr. Carlos Negro.

RESULTANDO:

I) Que por la precitada Interlocutoria, y por los fundamentos expuestos en la misma, se dispuso en lo sustancial, la prosecución de las actuaciones presumariales en este expediente.

II) La Defensa Particular del indagado se agravió en su apelación en subsidio (fs. 265-269 vto.), por entender que respecto de su patrocinado la Suprema Corte de Justicia en su sentencia N° 724 de 30 de julio de 2014 (fs. 220-247 vto.) hizo lugar a la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 2° y 3° de la Ley 18.831.

Asimismo se agravió al estimar que a su entender, el supuesto delito materia de la investigación de estas actuaciones, "...prescribió a tenor de lo dispuesto por el art. 117 del C. Penal ya que habría ocurrido en el año 1975...".

Solicitó la revocatoria de la recurrida y que en su lugar se disponga la clausura y archivo de este expediente.-

III) El Ministerio Público evacuó el traslado conferido de los recursos interpuestos (fs. 271 -274), estimando que en estos autos se investigan delitos de lesa humanidad, y que por tanto a su entender los mismos deben ser considerados imprescriptibles, por lo cual se opone a la pretensión formulada por la Defensa Particular.

Solicitó la confirmación de la recurrida.
IV) Por interlocutoria N° 292/2015 (fs. 278-290), la Sra. Magistrado a-quo por los fundamentos que allí expuso, mantuvo la recurrida y franqueó la alzada pertinente.

V) Que recibidos los autos en este Tribunal, se dispuso el pasaje a estudio de los mismos por su orden, citándose a las partes para sentencia (fs. 293).-

VI) Que esta Sala dictó la Interlocutoria N° 389 (fs. 299), y por la misma se concedió el derecho de abstención al Miembro Natural, Ministro Dr. Luis Charles Vinciguerra, al tiempo que se dispuso el sorteo para la integración correspondiente.

VII) Que como surge del Acta de fs. 302, se procedió a efectuar el precitado sorteo, resultando del mismo que la Sala se integró con el Ministro Dr. Julio Olivera Negrin.-

VIII) Que integrada la Sala, y verificado el estudio pertinente de estos autos por cada uno de los Ministros integrantes, se resolvió dictar en mayoría la presente sentencia, con la discordia que se establecerá por parte del Ministro sorteado, Dr. Julio Olivera Negrin.-

CONSIDERANDO:

I) Que la Sala por la mayoría legal requerida de sus miembros (art. 90 C.P.P., y art. 61 inc. 3°, de la ley 15750), que integran el Ministro redactor de la presente, y el Ministro Dr. Angel Manuel Cal Shabán, confirmará la Sentencia Interlocutoria recurrida N° 2309/2014 de fs. 258-262, ya que los agravios formulados por la Defensa Particular no logran conmovier la apelada en subsidio, por lo cual se desestimará el recurso interpuesto contra la misma, en mérito a las consideraciones que seguidamente se exponen.-

II) Que en la presente causa la Suprema Corte de Justicia declaró inconstitucionales y por ende inaplicables los artículos 2 y 3 de la Ley 18.831 del 27 de octubre de 2011 (fs. 220-247 vto.), admitiendo en su mérito el planteamiento formulado al respecto por el Capitán de Navío Carlos Guianze Altesor (fs. 76-84).-

III) Que la Sala mantendrá su jurisprudencia expuesta en anteriores pronunciamientos, respecto de situaciones de igual naturaleza legal, a saber: Sentencia Interlocutoria N°185/2014, dictada en autos caratulados “BB-Denuncia. IUE: 100-1308/86 (Sede de Origen Juzgado Letrado en lo Penal de 11° Turno); en Sentencia Interlocutoria N°198/2014, dictada en autos “CC - Cómplice de un delito de Homicidio muy especialmente agravado”, IUE: 87-289/1985 (Sede de Origen Juzgado Letrado en lo Penal de 1° Turno); y Sentencia Interlocutoria N°49/2015, dictada en autos “DD y EE Incidente de Prescripción” IUE 89-108/2013, en las que estableció precisamente su posición interpretativa, respecto del cómputo del término de prescripción en casos como el de autos, y ratificando íntegramente la misma, procederá a la transcripción de los fundamentos en que reposa y que se detallan seguidamente.

“II) Que la Sala considera como cuestión básica, del desarrollo jurídico que formulara, que cabe reiterar que la falta de garantías individuales, que efectivamente se configuró durante el lapso de interrupción de la democracia, sobrevenido por la instauración del gobierno de facto, amerita que legalmente no corresponda tomar en consideración a dicho período de quiebra institucional, a efectos del cómputo del término de prescripción, para los delitos cometidos por policías o militares durante la dictadura”.

“Sin mengua de que en dicho período, los Tribunales de Justicia continuaron funcionando, y eventualmente se podía comparecer ante los mismos, para efectuar denuncias penales por hechos en que estuvieran eventualmente involucrados funcionarios de la policía, o de las fuerzas armadas, la actividad de investigación que podían desarrollar los Magistrados Judiciales, en casos como los premencionados, carecía por completo de eficacia para averiguar la verdad material, al no existir colaboración alguna de las reparticiones dependientes del Poder Ejecutivo, incluida la policía como auxiliar de la Justicia”.

“Es aplicable por ende al multicitado lapso, el principio de legalidad edictado en el art. 98 del Código General del Proceso (antes art. 321 del Código del Procedimiento Civil), que establece como apotegma, que “...Al impedido por justa causa no le corre plazo desde el momento en que se configura el impedimento y hasta su cese...”, y ello es legalmente trasladable al régimen procesal en materia penal, atento a lo establecido en los arts. 4 y 5 del Código del Proceso Penal, que regulan la integración, y la complementación de las normas penales”.

“III) Que en dicho marco conceptual, con la recuperación de la democracia, a partir de la asunción de un gobierno electo libremente, lo que se verificó el 1º de marzo de 1985, se restablecieron en toda su extensión las garantías individuales, y entre otros planos institucionales, ello se proyectó en el derecho ilimitado de ocurrir ante los órganos jurisdiccionales, para denunciar hechos con apariencia delictiva, que hubieran ocurrido durante el período de gobierno de facto, con la correlativa posibilidad, efectiva y concreta, de que los Tribunales de Justicia pudieran investigar y sustanciar tales denuncias, con las garantías del debido proceso.”

“Tal situación institucional se mantuvo hasta la entrada en vigencia de la Ley 15.848, -operada a partir de su promulgación por el Poder Ejecutivo, el 22 de Diciembre de 1986-, en cuanto por la misma, -obviamente sancionada y promulgada en plena etapa democrática-, se consideró que había caducado el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado, respecto de los delitos cometidos durante el lapso de interrupción democrática, por parte de funcionarios policiales o militares.”

“Se estableció asimismo en dicho texto legal, que para la sustanciación de presumarios vinculados con tales delitos, el Juez interviniente debía obligatoriamente solicitar al Poder Ejecutivo, que informara si los mismos estaban o no incluidos en la precitada declaración de caducidad del ejercicio del ius puniendi estatal, y de informarse afirmativamente por el Poder Ejecutivo, ello implicaba preceptivamente, que el Juez debía disponer, la clausura y el archivo del presumario pertinente.”

“Tal normativa legal supuso ineluctablemente, que las víctimas, o sus causahabientes, o cualquier persona con un interés directo, en que se investigaran eventuales hechos delictivos ocurridos en el período dictatorial, se tuvieron que enfrentar nuevamente a la paradójica situación de que la Justicia carecía de autonomía funcional para desarrollar su específica labor institucional, al quedar la misma condicionada a un previo

“informe” del Poder Ejecutivo, de que el hecho presuntamente delictivo denunciado, no estaba incluido en los delitos respecto de los cuales se había declarado legalmente la caducidad del ejercicio del derecho de la pretensión punitiva del Estado, para recién tener la posibilidad de proceder a la investigación presumarial del mismo.”

“IV) Que es dable examinar, a efectos del desarrollo de la posición sustentada por la Sala, cuales son las características que se le asignan por la doctrina, a los institutos legales de la caducidad, y de la prescripción, para evaluar sus respectivos planos de aplicación concreta.”

“Se ha señalado al respecto, que son “...dos institutos que se refieren a la extinción de un derecho por el transcurso del tiempo...”, y se ha precisado que “...en cuanto a las diferencias... en el caso de la prescripción estamos ante un derecho... que se extingue por el paso del tiempo, en virtud del no uso, del no ejercicio, de la negligencia por inactividad de su titular, ...la caducidad en cambio, es un derecho que nace limitado a que se ejerza en un tiempo prefijado... su extinción es automática...” (Vescovi – Derecho Procesal Civil – T. IV)- pgs. 185 y sgts.).”

“En similar enfoque se ha establecido doctrinariamente, que “...la caducidad es la extinción de una situación jurídica activa... es irrenunciable, y relevable de oficio. Se da en todos los casos en que la ley es expresa...”, precisándose que la caducidad, por su naturaleza y definición es de orden público, mientras que la prescripción es de orden y disponibilidad privada (Barrios de Angelis - “Teoría del Proceso”. pg. 151, y “El Proceso Civil C.G.P.” - T I pg. 147).”

“En el presente análisis jurídico de ambos institutos, no puede soslayarse que en el Código Penal no se previó la caducidad, sino que exclusivamente se reguló la prescripción, habiendo el legislador incurrido en confusión, respecto a las características que le atribuyó.”

“Ejemplo de ello es el art. 124 del Código Penal, en el que se estableció que “...La prescripción será declarada de oficio aún cuando el reo no la hubiese alegado...”, por cuanto resulta indubitable que tal posibilidad jurídica, es íntegramente privativa del instituto de la caducidad, en cuanto a ser declarada de oficio.”

“Y en dicho marco conceptual, es por tanto dable relevar, que fue la Ley 15.848 la que hizo ingresar al instituto de la caducidad en nuestro derecho positivo en materia penal.”

“V) Que resulta de estas actuaciones, que el hecho con apariencia delictiva oportunamente denunciado, fue considerado por el Poder Ejecutivo como incluido en la caducidad del ejercicio de la pretensión punitiva del Estado (fs. 9 vto. - 11), y en su mérito, el titular de la Sede de origen, dispuso el archivo de este presumario (fs. 12 vto.).”

“La Sala considera que la referida caducidad, operó de pleno derecho por mandato legal, y tal situación jurídica respecto de un instituto excepcional, no se modifica por la declaración de inconstitucionalidad, que la Suprema Corte de Justicia ha efectuado en diversos pronunciamientos, -no en este expediente-, respecto de los arts. 1, 2 y 3 de la Ley 15.848, teniéndose presente que tal declaración, no tiene carácter general, sino que únicamente se aplica al caso concreto en que se dicta.”

Cabe precisar que en esta causa IUE: 88-155/2012, la Suprema Corte de Justicia, en mayoría, mediante el dictado de la Sentencia N° 724, de fecha 30 de julio de 2014, ante el planteo concreto formulado por la Defensa Particular, se limitó a declarar la inconstitucionalidad, y por ende la inaplicabilidad, de los arts. 2 y 3 la Ley N° 18.831 (fs. 220-247 vto.),

“A ello cabe agregar, que la declaración de inconstitucionalidad de una ley, sólo retrotrae sus efectos hasta la fecha de promoción de la demanda, o interposición de la excepción pertinentes, habida cuenta de la presunción de constitucionalidad de que gozan las leyes, y el correlativo amparo de los derechos subjetivos generados desde su vigencia, en mérito a las garantías de seguridad jurídica imanes.”

“Pero además, tratándose como se ha señalado ut supra, de un instituto de excepción en cuanto al ejercicio del derecho, la declaración de inconstitucionalidad por sí misma, no implica que la caducidad haya sido modificada, ni dejada sin efecto, ni que fuera declarada nula jurídicamente.”

“Es más, la Ley 15. 848 no ha sido derogada, y por tanto, integra nuestro derecho positivo penal, y si eventualmente fuera derogada, los efectos jurídicos no tendrían carácter retroactivo, y sólo se proyectarían hacia el futuro.”

“VI) Que la Sala considera que el exámen precedente, conlleva ineluctablemente a establecer que no es jurídicamente admisible, pretender computar el término de prescripción, de manera conjunta, simultánea, o superpuesta, con la caducidad operada legalmente.”

“Ambos son institutos excepcionales, en cuanto extinguen derechos, y por tanto, la caducidad y la prescripción no pueden jurídicamente hacerse valer conjuntamente, y por ende, no admiten ser aplicados respecto del ejercicio del mismo derecho, en un plano temporal idéntico.”

“Por tanto, el término de prescripción no puede jurídicamente computarse, durante el lapso que operó la caducidad, esto es, a partir de la vigencia de la Ley 15.848, sin

perjuicio de ser computable el período anterior a la promulgación de la misma, como se señaló precedentemente.”

“En mérito a lo expuesto, el primer período computable para el término de prescripción -eventualmente aplicable a los delitos ocurridos durante el gobierno de facto-, es el comprendido entre el restablecimiento de la democracia, el 1º de marzo de 1985, y la entrada en vigencia de la Ley 15.848, el 22 de Diciembre de 1986.”

“El precitado cómputo prescripcional, recién se reiniciaría a partir de las fechas, en que se verificaron alguna de las tres diferentes hipótesis legales, a saber:

a) A partir de la fecha, en que eventualmente el Poder Ejecutivo hubiese emitido un nuevo informe en un caso concreto, excluyendo el hecho presuntamente delictivo, de la caducidad operada legalmente;

b) A partir de la fecha del dictado de la Resolución N° 322/2011, -verificada el 30 de junio de 2011-, por la que se revocaron por el Poder Ejecutivo los actos administrativos que dictara anteriormente, en cumplimiento de lo establecido en el art. 3 de la Ley 15.848, y se declaró que los hechos que ameritaron dichos informes, no estaban comprendidos en el art. 1º de la precitada ley.

c) A partir de la fecha de entrada en vigencia del art. 1º de la Ley 18.831, que se estableció a contar de su promulgación, la que se verificó el 27 de octubre de 2011.”

“VII) Que la Sala en mérito a la interpretación expuesta precedentemente, considera que cualquiera que sea la fecha que se tome en consideración, -en el contexto de las hipótesis legales referidas-, a efectos del cómputo del término de prescripción, adicionándole el lapso previo precisado oportunamente, resulta indubitable que no se

ha configurado en absoluto, la prescripción recepcionada en la recurrida, lo que habilita la revocatoria preanunciada de la misma, con el correlativo levantamiento del archivo y clausura de este presumario, que se dispusiera en la atacada, a efectos de que se continúe con la instrucción pertinente.”

“En el caso de autos, se comunicó a la Sede a quo, a los efectos que hubiere lugar, la precitada Resolución N° 322/2011, del 30 de junio de 2011, del Poder Ejecutivo (fs. 15), por lo que previa vista al Ministerio Público (fs. 16 vto.), por providencia sin numerar dictada a fs. 17, se dispuso implícitamente la prosecución de la instrucción presumarial.”

“En consecuencia, en aplicación del criterio legal del literal b) del Considerando VI precedente, a partir de la fecha premencionada, se reanudó nuevamente el cómputo del término de prescripción.”

“VIII) Que en dicho marco conceptual, no se comparte la posición sustentada por el Sr. Magistrado a quo, y por la Sra. Fiscal Letrado Nacional, respecto de la supuesta inaplicabilidad del art. 1 de la Ley 18.831, para el caso planteado en autos.”

“Por el contrario de tal tesitura, la Sala considera que dicha norma legal, convalida la interpretación que se postula en la presente.”

“En tal sentido, el referido art. 1 de la Ley 18.831, -que no ha sido declarado inconstitucional por la Suprema Corte de Justicia (fs. 169-208 de autos)-, restableció el pleno ejercicio de la pretensión punitiva del Estado, para los delitos comprendidos en el art. 1 de la Ley 15.848.”

“El verbo restablecer, significa volver a establecer, y su utilización por el legislador en la redacción del precitado art. 1 de la Ley 18.831, implica de manera indubitable que se reconoció legalmente, que en el plano temporal anterior a la sanción de dicha norma, había efectivamente caducado el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado, por lo cual se procedió a restablecer el ejercicio de dicho derecho.”

“Por tanto, la precitada norma no modificó un ápice la situación legal preexistente a su sanción, en cuanto sus efectos se proyectan hacia el futuro (ex- nunc), al carecer de efecto retroactivo (ex- tunc), y por tanto su eventual aplicación al caso que pudiera corresponder, se efectúa con absoluta prescindencia de los arts. 2 y 3 del mismo texto legal, (que fueron declarados inconstitucionales en autos).”

“El término en el que, muta la caducidad, se retoma el cómputo de la prescripción, se comienza a contar en el caso a partir del 30/6/2011 en que el P. Ejecutivo dictó la Resolución N° 322 (fs. 15).”

“IX) Que la Sala sin mengua de que hará lugar a la pretensión recursiva, no comparte los fundamentos en que reposa la misma.”

“Cabe precisar al respecto, que la irretroactividad de la ley penal, es la base sobre la que reposa el derecho penal liberal, de raigambre democrática y constitucional, como protección de los individuos, en tanto sujetos de derecho, respecto de la ulterior criminalización de conductas, que no revestían un carácter antijurídico al tiempo de su ejecución.”

“Implica además, una limitación al poder étatico, en cuanto a la aplicación de nuevas figuras abstractas delictivas, para hechos anteriores a la entrada en vigencia de las mismas.”

“El art. 10 de la Constitución de la República, sienta el principio de legalidad precedentemente examinado, que es recepcionado en los arts. 1 y 15 del Código Penal, arts. 7 y 8 del Código del Proceso Penal, y art. 7 del Código Civil (Título Preliminar de las Leyes), lo que es compartido por la doctrina nacional.”

“Por su parte, la irretroactividad de la ley penal en los tratados internacionales, es una cuestión absolutamente independiente, del principio “pacta sunt servanda” que se recepciona en los mismos.”

“En efecto, este último importa la obligatoriedad en la aplicación de las disposiciones penales contenidas en los tratados internacionales, para los Estados que adhieran a los mismos, pero siendo preceptivo hacia el futuro, pero nunca hacia el pasado, porque se establece a texto expreso la irretroactividad de la ley penal.”

“Reafirmando tal principio, está el propio inciso primero del art. 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, citado por la apelante, donde indubitadamente se establece el principio referido.”

“La Sra. Fiscal Letrado Nacional soslaya dicha disposición, y únicamente se refiere al inciso segundo de dicha norma, y tampoco se comparten sus apreciaciones, en cuanto en nuestro ordenamiento jurídico legal, la costumbre no es fuente de derecho, salvo que expresamente la ley se remita a ella (art. 9 inc. 2 del Código Civil), y la Ley 13.751 nada refirió al respecto.”

“Pero además, los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional, no pueden ser una entelequia, sino disposiciones expresamente reconocidas por los Estados, para evaluar las concordancias, y su proyección

internacional, sin mengua de que no se altera en absoluto el principio de irretroactividad penal.”

“Y ello es un requisito preceptivo, de elemental seguridad jurídica en un estado de derecho, por cuanto no puede quedar sujeto nuestro ordenamiento legal interno, a una suerte de aluvión de normas penales no reconocidas.”

IV) Que para la Sala las interpretaciones jurídico legales precedentemente transcritas son íntegramente aplicables al caso materia de estas actuaciones. En consecuencia, el reinicio del cómputo del término de prescripción, ocurrió a partir de la fecha de entrada en vigencia del art.1º de la Ley 18.831, que se estableció a contar desde su promulgación, la que se verificó el 27 de octubre de 2011.

V) Que en consecuencia, en este presumario no se ha configurado la prescripción de él o los delitos materia de éstas actuaciones, lo que habilita legalmente la prosecución de la sustanciación del proceso penal iniciado.

En su mérito se confirmará la impugnada con el alcance correspondiente a su naturaleza.

Por los fundamentos expuestos, **EL TRIBUNAL:**
FALLA:
CONFIRMASE LA INTERLOCUTORIA n° 2309/2014 DE FECHA 10/SETIEMBRE/2014 FOJAS 258-262.

OPORTUNAMENTE, DEVUÉLVASE A LA SEDE DE ORIGEN.-

Dr. Angel M. Cal Shabán Dr. Jorge Catenaccio Alonso

Ministro Ministro

MINISTRO DISCORDE:

DR. JULIO OLIVERA NEGRIN

REVOCO LA RESOLUCION No. 2309 de 10 de Setiembre de 2014 Y EN SU MERITO, EN CUANTO A LA SITUACION DE CARLOS GUIANZE ALTESOR DECLARO QUE OPERO LA PRESCRIPCION DE CUALQUIER EVENTUAL DELITO QUE PUDIERA HABER EXISTIDO, DISPONIENDO LA CLAUSURA DE LAS ACTUACIONES A SU RESPECTO

En primer término señalo que considero acertado el pronunciamiento de la distinguida Sra. Juez LARRIEU en cuanto a no disponer la clausura de las actuaciones - por lo menos respecto a GUIANZE - por el solo hecho de que la Suprema Corte de Justicia declarara la inconstitucionalidad de los artículos 2 y 3 de la Ley 18.831, si estimaba que por otros fundamentos las mismas debían continuar.

A su vez, comparto que el Tribunal debe expedirse sobre el planteo de la prescripción – a pesar de que fue realizado al momento de interponer los recursos de reposición y apelación -, en tanto la Fiscalía tuvo la oportunidad procesal de argumentar su posición y el Juzgado se expidió expresamente sobre tal cuestión.

Ahora bien, en cuanto al fondo del tema no tengo el honor de acompañar la solución dada en la anterior instancia en otra muy bien fundada sentencia de la Sra. Magistrada LARRIEU .

En tal sentido no comparto la posición del versado representante del Ministerio Público en cuanto a que se estaría ante delitos de lesa humanidad y por ende, imprescriptibles.

Por Ley No. 17.347, promulgada el 13 de Junio de 2001, se aprobó la “ Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad”, adoptada en la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 26 de noviembre de 1968.

La Ley 17.510, promulgada el 27 de Junio de 2002, aprobó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptado en Roma, República de Italia, el 17 de julio de 1998 y suscrito el 19 de diciembre de 2000.

Y en el año 2006, la Ley 18026 en su Título II hace referencia a los “ crímenes de lesa Humanidad”, tipificando como uno de ellos a la “ Tortura “ el que por expresa disposición del artículo 7 es imprescriptible.

O sea que la tipificación del delito de “ Tortura” en nuestro ordenamiento jurídico, con las características de delito imprescriptible. se realizó en el año 2006.

En materia del ámbito temporal de validez de la ley penal y en especial de las soluciones de la Ley 18026, mantengo la solución dada por la Sala de Tercer Turno integrada (BORGES, CORUJO, TAPIE y OLIVERA NEGRIN) en el caso de Juan Carlos BLANCO en Sentencia No. 22 de 16 de Febrero de 2012, cuyo recurso de casación fuera desestimado por la Suprema Corte de Justicia por Sentencia No. 899 de 5 de Noviembre de 2012.

En el Considerando IX) de dicha Sentencia de segunda instancia se dijo que “ Que la distinguida representante del Ministerio Público, por su parte, al adherirse al recurso de apelación centró su agravio en la calificación delictual imputada en la sentencia de primera instancia, abogando por la revocación de la misma en ese aspecto acogiendo en definitiva la imputación de Desaparición forzada.

El Tribunal, con la presente integración, no comparte la tipificación que de los hechos realiza la Sra. Fiscal Letrado e irá a confirmar la recurrida también en ésta cuestión.

En materia del análisis del ámbito temporal de validez de la ley penal, se pueden dar diversas hipótesis de sucesión de leyes que obligan a pronunciarse con qué norma legal debe juzgarse un hecho.

Como derivado del artículo 10 de la Constitución de la República surge el principio de legalidad, del cual se desprende la necesidad de que una ley escrita, estricta, previa y cierta establezca los delitos y su penalidad.

Evidentemente que la Ley 18.026 del año 2006 creó un nuevo tipo penal, que presenta diferencias sustanciales con los “ tradicionales” – por llamarlos de alguna forma - tanto, entre otros aspectos, en cuanto a los bienes jurídicos protegidos, la estructuración del mismo, los sujetos activos e incluso habilitando la imposición de penas más gravosas que las de las figuras anteriores así como la imprescriptibilidad de las novísimas figuras.

Por ende, se considera que esa ley contemporánea que contiene una nueva incriminación delictual más gravosa, no puede aplicarse a hechos delictivos anteriores a su vigencia, ya que el comienzo de ejecución – momento que debe tomarse en consideración - de los hechos que se tienen por debidamente probados en autos, es previo a la tipificación realizada por la multicitada Ley 18.026 en sus dos modalidades; con lo cual si se aplicara a aquellos la nueva normativa ello implicaría una vulneración del principio cardinal de reserva de la necesidad de una “ ley previa”: “ nullum crimen nulla poena sine praevia lege.

O sea que, evidentemente el Derecho seleccionado por el acusador público para calificar la conducta delictiva juzgada no vincula al Decisor – “ iura novit curia” - y aquél se descarta en la especie por razones de legalidad, la imposibilidad de imponer un ilícito más perjudicial para el justiciable en forma retroactiva, pero en especial por la muerte de Elena QUINTEROS porque el presupuesto de permanencia del delito decae ante la certeza del fallecimiento el que, como ya se expuso, acaeció mucho antes de la vigencia de la nueva Ley.

Como sostiene LOPEZ DIAZ en “ Desaparición forzada de personas. Análisis comparado e internacional”. Coordinador AMBOS Kai. Bogotá 2009, págs. 89 y 98, citada por la Sala Penal de 2º. Turno en sentencia No. 263 de 26 de Agosto de 2010: “ si la víctima ya no está viva ya no puede decirse que el delito se siga consumando porque no hay sujeto pasivo de éste y porque el autor no tiene más dominio del hecho para mantener privado de la libertad a un ser humano que no existe”.

Así pues, hoy ya no hay incertidumbre sobre el destino o la “ suerte” de GG– más allá de que no se hayan encontrado sus restos -, el que no fue otro que la muerte, por lo que tampoco existe adecuación típica de la conducta imputada en la figura delictiva reclamada por la Fiscalía.

Asimismo la Suprema Corte de Justicia en Sentencia No. 1501 del 6 de Mayo de 2011 se pronunció en igual sentido.

Falló la Alta Corporación, por legal mayoría, que no es aplicable a casos como el de autos el ilícito de Desaparición Forzada en cuanto el mismo “... fue creado por el artículo 21 de la Ley No. 18.026, de fecha 25 de setiembre de 2006, es decir que al no existir la norma al momento de ejecutarse los hechos a juzgar, no corresponde su aplicación en forma retroactiva, pues ello resultaría en franca vulneración a lo dispuesto en el art. 15 inc. 1 del Código Penal y a los pilares básicos en que se fundan los principios que rigen el Derecho Penal.

En la medida que ello, constituye un requisito inherente a la prohibición penal derivada del artículo 15 inc. 1. del C.P., que está especialmente consagrado por una norma de derecho internacional, como lo es el Pacto de San José de Costa Rica, que es Ley nacional (No. 15.737) y que literalmente expresa que: “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la Ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”.

En doctrina se ha expresado que: “... la irretroactividad de la Ley penal es un principio liberal o garantía implícita en el art. 72 de la Constitución, que deriva, además, indirectamente, del principio de libertad, expresamente proclamado en el art. 10 inc. 2 de la Carta. Asimismo, está íntimamente vinculado a la seguridad, valor aludido en el art. 7 y también comprendido en el art. 72 de la Constitución... (Alberto Ramón REAL, "Los principios generales de derecho en la Constitución Uruguaya", Montevideo, 1965, pág. 53).

En igual sentido opinan JIMENEZ de ASUA y JESCHECK. Dice el primero que la no retroactividad de la Ley primitiva y la extra actividad de la Ley más favorable es máxima de Derecho Constitucional, que se deduce de la regla unánimemente reconocida de que los hombres deben ser juzgados y condenados por "Ley anterior a su perpetración" (Cf. "La Ley y el delito. Principios de Derecho Penal", Ed. Hermes, 1954, pág. 165).

JESCHECK, por su parte, expresa que uno de los principios rectores del Estado de Derecho es el de que las normas que regulan un supuesto de hecho, no pueden luego modificarse en perjuicio de la situación jurídica del ciudadano pues, además, el delincuente, sólo puede motivarse por el mandato normativo cuando éste está configurado como Ley en el momento de la comisión del hecho. Por eso entiende que lo decisivo para la irretroactividad es la idea de la seguridad jurídica (“...Tratado de Derecho Penal. Parte General”, Ed. BOSCH, Barcelona, vol. 1, pág. 184) (Sent. No. 70/97).

En las especiales circunstancias del caso, la Corte disiente con la posición de la Sra. Fiscal, que aduce que de acuerdo a lo previsto en el art. 28 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, no existía conflicto alguno para aplicar en obrados el delito continuado de Desaparición Forzada. Pues, en la medida que el art. 28 de la Convención de Viena establece que: “...Las disposiciones de un Tratado no obligan 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 desprenda del Tratado o conste de otro modo”. Y, en ese sentido, no existe en nuestro derecho norma alguna que consagre esa intención diferente de aplicar retroactivamente las mismas a las desapariciones no resueltas, en tanto las Leyes Nos. 17.894 y 18.596 refieren, la primera, a la situación de las personas cuya Desaparición Forzada resultó confirmada por el anexo 3.1 del informe final de la Comisión para la Paz, a los sólo efectos de la apertura legal de la sucesión del ausente (art. 1.037 C. Civil) y la segunda a la Actuación Ilegítima del Estado entre el 13 de junio de 1968 y el 28 de febrero de 1985, a los sólo efectos reparatorios.

A su vez, tampoco se podría recurrir como también argumentó la representante del Ministerio Público a las normas del jus cogens, porque se coincide con el Fiscal de Corte que, es recién a partir de la ratificación de la Convención Interamericana del año 1995, que se podía sostener su vigencia, siendo de aplicación para hechos acaecidos hacia el futuro (fs. 9.398).”.

O sea que, por todos los argumentos expuestos anteriormente, considero que los hechos investigados en autos no se adecuan a un delito de Lesa Humanidad, sino a lo que pueden llamarse alguna conducta delictiva “tradicional”.

Ello habilita, como en otros hechos ya juzgados, a entrar a considerar si respecto al mismo ha operado o no el instituto de la prescripción.

La Sra. Juez “a quo”, al mantener la recurrida también, plantea que – aún sin entrar a pronunciarse sobre la categorización de crímenes de lesa humanidad y la aplicación de normativa internacional -, en autos no ha operado la prescripción por la aplicación del principio de que al impedido por justa causa – que en este caso sería la Ley 15.848 – no le corren los plazos.

Aún teniendo presente prestigiosas posiciones jurisprudenciales incluída la de la Suprema Corte de Justicia, por ejemplo en Sentencia No. 127 de 7 de Mayo de 2015 así como por la mayoría de los integrantes de la Sala de Tercer Turno en reciente Sentencia No. 38 de 26 de Febrero de 2015 y versados trabajos doctrinarios, no tengo el honor de compartir dicha solución.

Es posición constante de la jurisprudencia nacional el no cómputo del término de prescripción, en eventuales ilícitos como el que se investiga en autos, durante la

vigencia del gobierno de facto (cfm. Sentencia No. 806 de 16 de Diciembre de 2010 del TAP 3º. entre otras).

Ahora se plantea que tampoco es aceptable computar el período subsiguiente durante el cual antes de que así fuera reconocido legalmente (art. 1º. De la Ley 18.831), sosteniendo que 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, declarado inconstitucional por la SCJ en el año 2009 (Sent. 365 / 2009).

En este sentido comparto plenamente la posición sostenida por el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de Segundo Turno en Sentencia No. 360 de 26 de Noviembre de 2014, en cuanto concluye que “ no hubo ningún impedido con justa causa o una forma de suspensión de la prescripción que determinara que el plazo dejara de correr durante el tiempo del impedimento, sino actos discrecionales del Poder Ejecutivo efectuados al amparo de una Ley vigente, tanto es así, que la revocación genérica que dispuso el Sr. Presidente de la República MUJICA en el año 2011 (de todas las resoluciones que incluían asuntos en la Ley 15.848), bien pudo ocurrir mucho antes en su mandato o, incluso, en el del Presidente VAZQUEZ si así lo hubieran entendido, pero sin embargo tal cosa no aconteció excluyendo solamente casos específicos.

Ello demuestra que no existió impedimento sino actos discrecionales basados en disposiciones legales por parte del Poder Ejecutivo y el libre ejercicio de sus cometidos Constitucionales en el caso del Poder Legislativo.

Lo mismo puede decirse de los Presidentes de la República anteriores a los Presidentes VAZQUEZ y MUJICA a partir del año 1986, pero como en esos casos no existieron revocaciones resultó un criterio constante, pero aún así, la facultad de incluir o excluir estuvo siempre vigente, porque todos y cada uno de ellos pudo hacerlo.

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”.

Como una simple forma de subrayar algunos conceptos parece clave recordar que la Ley 15.848 fue aprobada en plena vigencia de un Estado de Derecho, que fue ratificada por dos pronunciamientos populares consagrados en la normativa constitucional vigente y declarada en reiteradas oportunidades constitucional por el órgano máximo del Poder Judicial uruguayo dentro del marco de su competencia originaria (entre otras, Sentencias No. 184 de 2 de Mayo de 1988 y No. 150 de 10 de Agosto de 1988).

Pero es más, en la denuncia de autos – presentada en Octubre de 2011 - ni siquiera se requirió al Poder Ejecutivo que informara si al hecho allí denunciado por FERNANDEZ se lo consideraba comprendido o no en el artículo 1º de la Ley 15.848, por lo que mal

puede señalarse que las disposiciones de dicha norma fueron aquí un obstáculo insalvable. Y, menos aún que en este caso haya operado “ la caducidad “ de la acción penal - de entenderse compatible esta posición – al amparo de las previsiones del artículo 3 de dicha Ley que, como se vio, no se aplicaron en la especie.

Tampoco comparto que – más allá del término utilizado en la Ley 15.848 – lo que allí se haya regulado sea una situación de caducidad entendida como la extinción, consunción o pérdida de un derecho o facultad por vencimiento de un plazo predeterminado sin que se hubiera ejercido el mismo.

En la mencionada Ley no hubo esa determinación previa de un tiempo para el ejercicio del mismo y la consecuencia de la clausura judicial de las causas – a pedido del Ministerio Público – que, de acuerdo a los informes del Poder Ejecutivo se consideraban comprendidas en el artículo 1º de la Ley 15.848, no fue la extinción de la acción penal pública. Es más, el Poder Ejecutivo por Resolución No. 323 / 2011 revocó los actos administrativos de Gobiernos anteriores que informaban que determinados hechos investigados estaban comprendidos en lo dispuesto en el precitado artículo y con ello se habilitó a las Sedes judiciales a proseguir con la instrucción de causas que habían sido oportunamente archivadas.

Todo esto deja en evidencia que ese informe previo que debía requerirse al Poder Ejecutivo, debe entenderse como un requisito de procedibilidad de la investigación de las denuncias correspondientes.

Entonces, lo que siempre imperó en estas situaciones es el instituto de la prescripción regulado en el Código Penal vigente, no habiéndose relevado en la especie – como ya se expuso – alguna justa causa prevista legalmente que obligara suspender el transcurso de dicho término.

Por todo ello es que considero que ha operado el término de prescripción y así deberá ser declarado.