

Decreto 455/2017,

Fecha :13/03/17

VISTOS:

Estos autos caratulados “CUESTA, MARÍA Y PATIÑO, NILO DENUNCIAN – MELO CUESTA, NEBIO ARIEL, SU DESAPARICIÓN, DDHH”, IUE 2 57895 2012 seguidos con la fiscalía penal de 13er turno por el Ministerio Público y las defensas de las Dras Graciela Figueredo y Rossana Gavazzo.

RESULTANDO:

I) Luego de la recepción de la denuncia se instruyó la casa desde fs. 124 en adelante.

II) Se agregaron documentos de fs. 2 y sts.

III) A fs. 633 y 636 se presentaron los indagados Jorge Silveira y José Gavazzo iniciando incidente de prescripción y solicitud de clausura de estos obrados a su respecto.

IV) De la pretensión incidental se dio traslado al Ministerio Público, que lo evacuó fuera de plazo, fs. 659v, art. 294 del CPP.

V) Los demandantes fundaron sus argumentaciones en lo dispuesto por los arts. 117 y sts y concordantes del CP, 124 del CP, 7 y 8, 114 del CPP. Dijeron que los plazos legales contados desde el 1 de marzo de 1985 arrojan la extinción de los delitos por prescripción. Los 20 años de lapso se han cumplido en relación a estos obrados, dijeron.

VI) Subieron al despacho a fs. 659v.

CONSIDERANDO:

I) que se no se hará lugar a la pretensión.

1. El despacho cree que la acción no ha prescripto, y que no pueden oponerse obstáculos a la instrucción pedida, por los siguientes fundamentos, por los cuales no hará lugar a los recursos de reposición.

2. La normativa internacional apunta a la imprescriptibilidad de los hechos del tenor de los denunciados. Los documentos internacionales reconocen los derechos fundamentales del hombre. Así la Declaración Universal de DDHH, AG ONU diciembre de 1948 establece en el art. 3 el reconocimiento del derecho a la vida, libertad y seguridad de su persona; en el art. 5 el derecho a no ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. El sistema ONU también registra su Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio. El Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, el Pacto internacional sobre derechos civiles y

políticos. La Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad, 1968. La Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Convención sobre los derechos del niño. Las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley. La Declaración americana de los derechos del hombre establece en su art. 1 el derecho a la vida, libertad y seguridad de su persona. La Convención Interamericana sobre DDHH declara la existencia de los derechos a la vida, integridad personal, libertad, honra y dignidad, entre otros. La Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura. La Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas.

Esta enumeración es claramente enunciativa. De ella surge claro que el sistema mundial, el sistema jurídico escrito mundial, declara y protege los derechos fundamentales del hombre. Una protección especial de estos derechos humanos puede considerarse la que asume la Convención sobre Imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, 1968, ley 17347. En la medida en que ella establece la imprescriptibilidad de esas conductas, cualquiera sea la fecha en que se han cometido (art. I) y en la medida en que dispone que los Estados se comprometen a adoptar las medidas legislativas para que la prescripción de la acción penal o de la pena no se aplique a los crímenes de lesa humanidad (art. IV) existe una protección indirecta. Esta protección indirecta se concreta mediante el juego de la prevención general positiva y negativa en tanto de esta forma se enseña claramente a los miembros de la comunidad internacional que no está permitido ni tolerado atentar contra los DDHH y que es contraproducente para los propios intereses hacerlo. Los Estados que han ratificado esta Convención han aceptado que ella sea retroactiva. Tal como dice la Sra. Fiscal en su dictamen, los Estados pueden comprometerse de esta forma (art. 28 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, ley 16.173). En tanto la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece también que no se puede invocar una disposición de rango interno para desaplicar un Tratado, art. 27, se sostiene que las normas sobre prescripción del CPU, art. 117 y sts, no se pueden imponer a las normas de la Convención sobre Imprescriptibilidad. Sin perjuicio de que también se sostiene que la imprescriptibilidad es, básicamente, una norma de derecho consuetudinario y aun de ius

cogens).

3. Existe una tesis doctrinaria, acompañable, que sostiene que la prescripción en este tipo de delitos corre, pero empieza a correr desde que asume la dirección política nacional un gobierno que sea capaz de perseguir este tipo de delitos cometidos por medio del gobierno y que además tenga voluntad política de no impedir su investigación, juzgamiento y castigo: “TEMAS ACTUALES DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL contribuciones de América Latina, Alemania y España” Konrad-Adenauer-Stiftung 2005: “Crímenes Internacionales y Prescripción” José Luis Guzmán Dálbora” pp.112,113. “Jurisprudencia latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional” Konrad – Adenauer – Stiftung, Georg – August – Universität – Göttingen, 2008, pp. 153, 154. En esta lógica la prescripción habría comenzado en 2005.

4. Existe una tesis doctrinaria con amplia sanción jurisprudencial que sostiene que en los delitos de lesa humanidad no opera la prescripción. Así lo ha sostenido la relevante doctrina de Eugenio Raúl Zaffaroni: “Notas sobre el fundamento de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad” en su obra: “En torno a la cuestión penal” B de F. 2005, colección de maestros del Derecho Penal nº 18, p. 253 y sts. Y jurisprudencia argentina en “PERSECUCIÓN PENAL NACIONAL DE CRÍMENES INTERNACIONALES EN AMÉRICA LATINA Y ESPAÑA” Konrad-Adenauer-Stiftung, p. 71 y sts.

5. La jurisprudencia vernácula se ha pronunciado en general por la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad o bien rechazado las pretensiones incidentales del tenor de las presentadas en autos argumentando diversos extremos. Por ejemplo se citará la sentencia del Tribunal de Apelaciones de 1er turno en lo penal, 324/2015, donde se estableció que la prescripción no pudo correr mientras la ley de caducidad fue un efectivo y auténtico obstáculo para este tipo de investigaciones, a lo que se suma el mandato de la Corte Interamericana de DDHH en el caso Gelman contra Uruguay y el cumplimiento de la normativa internacional relacionada con este hito. No dejó de señalar al mencionado Tribunal que aun durante el período democrático no fue posible operar normalmente en relación a los delitos alcanzados por la regulación de la ley de caducidad. Sobre la jurisprudencia nacional se colacionará más en el número siguiente. En Argentina ha dicho el Tribunal Oral en lo Criminal Federal nº 1 de Córdoba, (en el desarrollo de este capítulo “El Tribunal”) en su sentencia 22/2008 de 24 de julio de 2008 que las prácticas de desaparición forzada, tortura, ejecución extrajudicial, son delitos de lesa humanidad e imprescriptibles, previstos por el derecho

internacional y el derecho interno de conformidad con la Constitución Nacional, que el *ius cogens* es la mayor fuente internacional de prohibición de crímenes contra la humanidad impuesta a los Estados, en: "DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL, Derecho internacional de los Derechos Humanos, Tribunales Nacionales, Corte Interamericana de Derechos Humanos" enero – junio de 2008, IIDH, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Konrad Adenauer Stiftung, Instituto Interamericano de DDHH, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Fundación Konrad Adenauer, México 2009, p. 23. En adelante, las citas de este capítulo se refieren a este libro. Estableció el Tribunal Oral que la tipicidad y la prescriptibilidad de los delitos comunes cometidos por los imputados debía ser analizada en atención a la obligación de punición que tiene Argentina a través de su incorporación a la comunidad internacional que condena dichas conductas, p. 24. Que en cuanto a la supuesta aplicación retroactiva de la ley, alegada por los imputados, el Tribunal señaló que al momento en que se cometieron los hechos ya existía un sistema de protección de derechos que resultaba obligatorio independientemente del consentimiento expreso de los Estados, es decir, el *ius cogens*, p. 24. Además de la Convención Interamericana de DDHH el Tribunal se basó, entre otros, en la Declaración Universal de los DDHH, el PIDC y P, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, el Estatuto de la Corte Penal Internacional, la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad; el Tribunal se remitió al informe de la Comisión Interamericana de DDHH sobre la situación de los DDHH en Argentina y a los casos Velázquez Rodríguez vs Honduras, Barrios Altos vs Perú, Loayza Tamayo vs Perú, Blake vs Guatemala, Durand y Ugarte vs Perú, Suárez Rosero vs Ecuador, Villagrán Morales y otros vs Guatemala, Paniagua Morales y otros vs Guatemala, Castillo Páez vs Perú, de la Corte Interamericana de DDHH, p. 24. El Tribunal Oral, integrado con los Jueces de Cámara Dres Jaime Díaz Gavier, Carlos Otero Álvarez, José Vicente Muscara estableció que el hecho tercero investigado es un crimen de lesa humanidad y compone el plexo de delitos sancionados por el derecho internacional penal, trajo a colación jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso Arancibia Clavel. Se trata, dijo, de delitos imprescriptibles, inamnistiables, inindultables, p. 132. A fs. 195 concretamente el Tribunal se planteó si los hechos tenían naturaleza de delitos de lesa humanidad y si se veían abarcados por el instituto de la prescripción. Se remitió a jurisprudencia de la Corte

Suprema de Justicia de la Nación y de la Cámara Nacional de Casación Penal (en sentencia de 9 de mayo de 2007, causa 6716, registro 469/2007) que se plegó a la tesis de la inconstitucionalidad de las leyes de impunidad e imprescriptibilidad de los hechos juzgados, p. 195. En la página 196 se refirió expresamente a la Doctrina de la Seguridad Nacional, al terrorismo de Estado, a los delitos de lesa humanidad, a la vinculación estrecha entre estos conceptos. En las págs. 201, 202 el Tribunal Oral sostuvo que los hechos juzgados son delitos de lesa humanidad, que integran el derecho de gentes y por ende forman parte del derecho interno argentino por imperio del art. 118 de la Constitución Nacional y de los convenios internacionales de derechos humanos vigentes para la República, siendo por lo tanto imprescriptibles. Se remitió a la jurisprudencia del ex Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia en su decisión del caso “Endemovic” cuando afirmó que los crímenes de lesa humanidad son actos que por su extensión y gravedad van más allá de los límites de lo tolerable para la comunidad internacional, la que debe necesariamente exigir un castigo. Se remitió también al concepto de delito de lesa humanidad establecido por el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, el que se remite a las normas fundamentales del derecho internacional y tiene una cláusula genérica inclusiva de otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física (p. 202). Se remitió también al Estatuto del Tribunal Internacional de Nüremberg, a Declaración de la Asamblea General de la ONU Resolución 95, Resoluciones 170 y 177 y a los “Principios de Nüremberg, formulados por la Comisión de Derecho Internacional del año 1950, p. 202. Sostuvo que los actos juzgados son de los considerados criminales por la Comunidad Internacional, por ser lesivos de normas y valores fundamentales de la humanidad, p. 202. Se remitió a la Declaración Universal de DDHH, primer párrafo del preámbulo, a la Carta de ONU arts. 55 inciso c y 56, a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de DDHH la que se remite y se basa en la normativa de la Convención Interamericana de DDHH, a los dictámenes de la Comisión Interamericana de DDHH, (pp. 203, 204). Sostuvo que el sistema de protección de estos derechos humanos se apoya en principios que se encuentran en los orígenes del derecho internacional y que de algún modo lo trascienden pues no se limitan al mero ordenamiento de las relaciones entre las naciones sino que también se ocupa de valores esenciales inherentes a la dignidad de la persona humana que todo ordenamiento nacional debe proteger

independientemente de su tipificación positiva, esto es el derecho de gentes configurativo de un sistema de moralidad básica universal. Señaló que ya la Constitución de 1853 reconoció la supremacía del derecho de gentes y su aplicación por los Tribunales respecto de los crímenes aberrantes que son susceptibles de generar responsabilidad individual para quienes los hayan cometido en el ámbito de cualquier jurisdicción, considerándolo preexistente y necesario para el desarrollo de la función judicial, p. 204. Agregó que antes de la jurisprudencia internacional sobre DDHH, los delitos contra el derecho de gentes estaban reconocidos por el derecho internacional consuetudinario y concurrentemente por el texto de la Constitución Nacional, p. 204. Que la gravedad de estos delitos puede dar fundamento a la jurisdicción universal (art. 118 de la Constitución). Que la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reconocido en diversas ocasiones que este derecho no queda limitado a las normas locales sino que se encuentra interrelacionado con el sistema de convivencia general de las naciones entre sí, que supone la protección de derechos humanos básicos contra delitos que agravan a todo el género humano, conductas que no pueden considerarse aceptables por las naciones civilizadas, reconociendo la existencia de este conjunto de valores superiores al que deben subordinarse las naciones por el solo hecho de su incorporación a la comunidad internacional (colaciona diez casos de la CSJN, como ejemplo), p. 205. Agregó que este derecho de gentes fue siendo precisado progresivamente en cuanto a los delitos por él protegido, a través de su reconocimiento por los distintos tribunales nacionales, por el derecho consuetudinario, por las opiniones de los juristas, por el conjunto de los tratados internacionales, p. 205. Que al momento de los hechos juzgados ya existía un sistema de protección de derechos que resultaba obligatorio, independientemente del consentimiento expreso de las naciones que las vincula, esto es, el *ius cogens*, que importa la noción del derecho de gentes en un grado de mayor precisión a través de las receptaciones aludidas antes, que constituye la mayor fuente internacional de prohibición de crímenes contra la humanidad impuesta a los Estados e insusceptible de ser derogada por tratados en contrario, operando con independencia del asentimiento de las autoridades de los Estados. Agrega que, dada tal situación, cuestiones jurídicas como la tipicidad y la imprescriptibilidad de los delitos comunes, debe ser efectuada en atención al deber de punición que le corresponde al Estado Nacional por su incorporación a la comunidad internacional que condena tales conductas, p. 205. Que dicho deber de

punición del Estado proviene de los principios receptados por la comunidad internacional para la protección de los DDHH, siendo éstos a su vez las pautas básicas que impulsaron a los constituyentes de 1994 a incorporar los tratados internacionales como un orden equiparado a la Constitución Nacional, p. 206. Se remitió al art. 25 de la Convención Interamericana de DDHH, al art. 8 de la Declaración Universal de DDHH (y p. 207), al art. 22.2 y 3 del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos que disponen que toda persona debe tener derecho a un recurso sencillo, rápido y efectivo ante los jueces competentes para el amparo de sus derechos fundamentales. Agregó que la reforma constitucional de 1994 reconoció la importancia del sistema internacional de protección de los derechos humanos y no se atuvo al principio de soberanía ilimitada de las naciones; la voluntad del constituyente acepta la responsabilidad de los Estados en la prosecución de acciones penales contra los crímenes de lesa humanidad como principio preexistente; la negativa a la prosecución de tales acciones penales importa desconocer estos principios y salir del marco normativo en el que se han insertado las naciones civilizadas, especialmente desde la creación de la ONU, p. 206. Que al momento de la sanción de las leyes de impunidad existía un doble orden de prohibiciones que rechazaba toda idea de impunidad respecto de los Estados Nacionales: un sistema internacional imperativo reconocido por todas las naciones civilizadas y un sistema interamericano de protección de los derechos humanos constituido por la Convención Americana de DDHH y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, p. 207. Agregó que el delito de desaparición forzada de personas queda incluido entre los delitos de lesa humanidad y que las convenciones vigentes al momento de la sanción de las leyes de impunidad impedían al Estado que dispusiera medidas que impidieran la persecución penal, que la no punición supone la victoria de los regímenes autoritarios por sobre las sociedades democráticas, p. 207. Que la CSJN ha dicho que la interpretación de la Conv. Interamericana sobre DDHH debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de DDHH para resguardar las obligaciones asumidas por el Estado en el sistema interamericano, y citó casos de jurisprudencia del órgano supremo, pp 207, 208. Agregó que la Corte Interamericana de DDHH ha consagrado la jurisprudencia que, sin excepciones, niega la impunidad de los crímenes de este tipo, para desalentar (también) la repetición de hechos de este tenor, p. 209. Que a la luz de las normas nacionales e internacionales (art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, derecho internacional de los DDHH,

Convención Americana de DDHH arts. 4, 5; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, de la que surge la prohibición de acoger la justificación de la obediencia debida, art. 2.3; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre), jurisprudencia nacional (por ej. casos Arancibia Clavel, Simón, retroactividad e imprescriptibilidad en caso de delitos de lesa humanidad) e internacional (Corte Interamericana de DDHH caso Consuelo Herrera contra Argentina, caso Barrios Altos contra Perú), las normas argentinas de impunidad son inconstitucionales (pp. 209 a 215). De estos fallos el Tribunal Oral Criminal Federal de Córdoba, cuya decisión se viene analizando, destaca las siguientes líneas jurisprudenciales de tribunales nacionales e internacionales: en los crímenes contra la humanidad se trata de supuestos que no han dejado de ser vivenciados por la sociedad internacional entera dada la magnitud y significación que les atañe, p. 211; una de las razones del establecimiento de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad fue la grave preocupación de la opinión pública mundial suscitada por aplicación a estos crímenes de las normas de derecho interno relativas a la prescripción de delitos ordinarios, p. 212. Agrega el Tribunal Oral Criminal Federal de Córdoba que la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad, ONU 1968, ya estaba vigente y era obligatoria para Argentina a la fecha de comisión de los hechos juzgados. Que esto surge del propio texto de la referida Convención, de las normas de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de la normativa y operatividad del ius cogens, que no aceptar la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad importaría desconocer el sentido y alcance del art. 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1963 que establece el carácter imperativo de una norma del derecho internacional general (ius cogens) suscripta por el Estado nacional, p. 213. El Tribunal se detuvo en el análisis del caso Barrios Altos contra Perú en el que la Corte Interamericana de DDHH dijo que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, prescripción y excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las graves violaciones de los derechos humanos, prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos, que la cosa juzgada debe ser dejada de lado si ello es necesario para que pueda avanzar la investigación y el castigo; la Corte dio a esta solución un alcance general, para todos los casos

similares, pp, 216, 217, 219. El Tribunal también trajo a colación el informe 28/92 de la Comisión Interamericana de DDHH y el informe "Joinet" de la ONU que establece que no puede hacerse uso de la justificante de la obediencia debida, que a lo sumo puede considerarse una atenuante, que la prescripción no puede ser opuesta a los crímenes contra la humanidad, p. 217. Recordó el Tribunal que el Comité de DDHH creado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, concluyó de la misma forma que el informe "Joinet" dijo no a las amnistías, a la obediencia debida, prescripciones excesivamente breves, p. 217, 218. Concluyó el Tribunal que en función de la jurisprudencia nacional e internacional de derechos humanos y de los convenios internacionales de DDHH, los delitos de lesa humanidad son imprescriptibles y que tal condición era y es anterior a la fecha de los hechos juzgados, p. 219. Que desde la Convención sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de lesa humanidad, ONU 1968, la calificación de delitos de lesa humanidad va indisolublemente unida a la imprescriptibilidad de este tipo de crímenes, de modo tal que los principios que se utilizan habitualmente en el ámbito nacional para fundamentar el instituto de la prescripción, no resultan necesariamente aplicables en el ámbito de este tipo de delitos contra la humanidad, en tanto el objetivo que se pretende con esta calificación es la persecución y castigo más allá de las limitaciones que habitualmente se usan para restringir el poder punitivo de los Estados, p. 219. Que la imprescriptibilidad de estos delitos opera como una cláusula de seguridad tendiente a evitar que los restantes mecanismos adoptados por el derecho internacional y por el derecho nacional se vean burlados por el mero transcurso del tiempo. Si a continuación de calificar los hechos como delitos de lesa humanidad el tribunal declara la prescripción, cae en contradicción y en violación del derecho penal internacional, p. 220. En el mismo sentido de la imprescriptibilidad las normas de la Convención Americana sobre Desaparición Forzada de Personas, el Estatuto de la Corte Penal Internacional, la Convención Americana de DDHH, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de DDHH en caso Barrios Altos, pp. 220, 221. Que la modificación de las reglas de la prescripción de manera retroactiva, que supone la aplicación de la Convención sobre Imprescriptibilidad de 1968, no altera el principio de legalidad, que no se viola el principio de culpabilidad en la medida en que las normas legales sobre prescripción no forman parte del tipo penal en sentido amplio a efectos de establecer el juicio de reproche penal por lo que modificación no implica alterar esta

tipicidad conductas distintas a las del momento de comisión, o penas más gravosas que el autor pudo tener en cuenta al momento de perpetrar los hechos que se juzgan, p. 221. Que atendiendo a que el fundamento de la extinción de la acción por prescripción depende de la pérdida de toda utilidad en la aplicación de la pena que parece justo aplicarle al autor del delito, es absurdo afirmar que al momento de cometerlo éste pueda contar con una expectativa garantizada constitucionalmente a esa pérdida de interés en la aplicación de la pena, no resulta legítimo invocar la afectación de la seguridad jurídica que corresponde garantizar a todo ciudadano fiel a las normas, p. 221. Que ni el principio de legalidad ni el principio de reserva se ven afectados por la aplicación de la Convención sobre Imprescriptibilidad, en tanto ella ya se encontraba aprobada por la AG ONU desde 1968 y en cualquier momento que hubiese sido ratificada, antes o después de los hechos juzgados, el efecto hubiera sido el de la instauración de la imprescriptibilidad retroactiva y prospectiva para los delitos de lesa humanidad, p. 221. Que si la Convención sobre Imprescriptibilidad quiso establecer la retroactividad, su aplicación no supone violación alguna del principio de legalidad, p. 222. En virtud de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la imprescriptibilidad puede y debe aplicarse: SCJN caso Simón), p. 222. Que la vigencia del derecho de gentes permite rechazar el planteo de prescripción, p. 223. Que el derecho de gentes es el sistema moral básico universal de protección de la dignidad inherente a la persona humana, lo que ha sido receptado por la comunidad internacional desde la Carta de la ONU y pasando por los múltiples pronunciamientos de los diversos tribunales internacionales, americanos y nacionales (Cámara Criminal y Correccional Federal de Buenos Aires Sala 1, Massera s/exc. de falta de acción del 9/9/1999; sala 2, Astiz, Alfredo, 4/5/2000 y Contreras Sepúlveda del 4/10/2000, Juzgado número 3 de La Plata en la causa 2251/06 contra Miguel Osvaldo Etchecolatz, Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nº 5 res. de 24/8/2006, causa Simón, CSJN caso Priebke, caso Rafael Videla y caso Astiz, caso Arancibia Clavel, entre otras) y de su positivización en tratados internacionales de DDHH, conocido como *ius cogens*, pp. 222, 223, 224, 225.

6. En Uruguay, en la sentencia 1501/2011 de la Suprema Corte de Justicia, el voto disorde del Ministro Van Rompaey echó mano al concepto de delito permanente, cuya consumación prosigue en el tiempo, dando lugar a un estado antijurídico duradero y dando lugar a su persecución penal aun cuando esta figura no estuviere incorporada a la legislación nacional a la época del comienzo de consumación con la

privación injusta de libertad de las víctimas con lo cual se salvaguarda el principio de legalidad y el de irretroactividad de la norma penal por cuanto el delito de desaparición forzada se sigue consumando en la actualidad, hasta la aparición de los cuerpos de quienes fueran ultimados por los agentes estatales. En la sentencia 19/2012, de 29 de febrero de 2012, del TAP 2º turno, se abordó, en relación a delitos cometidos por el gobierno dictatorial, el tema de la prescripción. Estableció el colegiado de segundo grado que la prescripción no había operado considerando la existencia del régimen dictatorial hasta el 1 de marzo de 1985, considerando que desde esa fecha no se pasó automáticamente a un régimen institucional pleno y fuerte y a un estado de derecho consolidado (hizo mención de la ley 15848), sumando el aumento del art. 123 del CPU, argumentando el derecho de la sociedad a la seguridad general y a exigir de los autores la asunción de responsabilidad.

En la sentencia 22/2012, de 22 de febrero de 2012, el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 3er turno entendió que la acción no había prescrito porque era del caso sumar el plus del art. 123 del CPU. Trajo a colación la jurisprudencia de la sala de 2º turno, S. 70/2006 y la suya propia, S. 565/2007.

En la sentencia 141/2012, de 30 de mayo de 2012, del TAP 2º turno, no se hizo lugar a la excepción de prescripción. Se sostuvo la aplicabilidad del plus del art. 123 del CP, se sostuvo la interrupción del lapso de prescripción por la ocurrencia de procesamientos de los años 1984, 1995, 2006.

Por sentencia 292 de 17 de setiembre de 2012 el Tribunal de Apelaciones de 1er turno rechazó la alegación de prescripción en el presumario. Dijo que la alegación de prescripción no puede impedir la investigación para saber las circunstancias que le rodearon y sobre eventuales partícipes.

En la sentencia 899 de 5/11/2012 la Suprema Corte de Justicia rechazó el argumento de la prescripción, no haciendo lugar a la pretensión de desaplicación del art. 123 del CP.

En la sentencia 901 de 5/11/2012 la SCJ rechazó el argumento de la prescripción, no haciendo lugar a la pretensión de desaplicación del art. 123 del CP.

En la sentencia 84 de 19 de marzo de 2013 el Tribunal de Apelaciones Penal de 1er turno estableció que durante el régimen de facto el plazo de prescripción no pudo correr, que el período subsiguiente tampoco es computable dado que ni el Ministerio Público ni las víctimas

estuvieron en plenas condiciones de perseguir los delitos encapsulados por el art. 1 de la ley 15848, que la ley de caducidad se erigió en obstáculo a la investigación de denuncias como la de autos, que los dictámenes y la jurisprudencia internacionales, el ejercicio del control de convencionalidad impuesto por la Corte IDH, el art. 72 de la Constitución uruguaya, la normativa internacional (colacionó jurisprudencia) coadyuvan al argumento para sostener que la prescripción no ha operado, trajo a colación el caso Gelman vs Uruguay, ante la Corte Interamericana de DDHH. Acotó que la eventual prescripción de los delitos no constituye impedimento para la investigación.

En la sentencia 392/2013 de 19 de agosto de 2013 la Suprema Corte de Justicia abordó el tema de la legitimación para proponer inconstitucionalidad de una ley en el marco de un proceso presumarial por parte de los indagados en él. La Corporación dijo que la inconstitucionalidad de una norma no puede discutirse en la etapa del presumario debido a que aun no se ha formulado juicio alguno acerca de la probable participación del indagado en los hechos con apariencia delictiva denunciados. Que atento a que el enjuiciamiento penal es una eventualidad, las disposiciones cuya declaración de inaplicabilidad se solicita, no resultan de ineludible aplicación al caso de autos, lo que conlleva a su declaración de inadmisibilidad, en tanto el planteamiento se hace valer para la eventualidad de que se entienda aplicable al caso la norma legal impugnada (Cf. sentencias 842/2006, 1085/2006, 2586/2007 entre otras). A diferencia de lo resuelto por la Corte en dichas ocasiones (agrega esta sentencia) la aplicación de la norma impugnada es absolutamente cierta en este caso puesto que buena parte de la operativa de la ley ya se cumplió. Agregó que corresponde recordar que la prescripción del delito se caracteriza por extinguir el mismo, que es un instituto de orden público que puede declararse de oficio aun cuando el reo no lo hubiere opuesto, es irrenunciable y puede oponerse en cualquier momento de la causa. Que en la causa fue reclamada la declaración de prescripción. Que el despacho de primera instancia de 4º turno dijo que la prescripción no había operado, invocando para ello la ley 18831. Agregó que por tanto los excepcionantes tienen derecho a comparecer y reclamar la inconstitucionalidad de la referida ley. La Suprema Corte de Justicia se remitió, en lo sustancial, a la decisión que hizo primera jurisprudencia sobre el tema, la Nº 20/2013. Dijo la Corte que en esa sentencia argumentó que para los delitos cometidos durante la dictadura y amparados por la ley de caducidad no se creó ningún

término de prescripción especial sino que regían los mismos términos extintivos que para cualquier otro delito, por lo que en la especie no sería de aplicación la condena impuesta por la Corte IDH en cuanto a la remoción de las leyes de prescripción establecidas especialmente para estos casos, puesto que no se dictaron leyes de tal naturaleza. Dijo la Corte, recogiendo el voto disidente del Juez Fayt en el seno de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina que las conclusiones de la Corte IDH relativas a la prescripción de la acción penal no pueden extrapolarse a fin de resolver otras situaciones con particularidades propias como las que presenta el sub lite. Agregó la Corte que la Convención IDH establece los principios de irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, principio de libertad, principio de legalidad (art. 15, nadie puede ser condenado por actos que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional). Trajo a colación también las disposiciones del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Señaló que las normas de prescripción son normas sustanciales, no procesales, que la ley prescriptiva más favorable es la que debe aplicarse, que los delitos cometidos durante la dictadura no constituyen delitos de lesa humanidad conforme la normativa que fue desarrollándose respecto a este concepto, que las normas sobre imprescriptibilidad establecidas por la Convención sobre Imprescriptibilidad, de ONU 1968, el Estatuto de Roma de la CPI y la ley 18026, no pueden aplicarse en forma retroactiva, que una norma que prolongue los plazos de prescripción o que haga imprescriptible un delito no puede ser aplicada en forma retroactiva conforme la propia Convención IDH, que por aplicación de estos principios los arts. 2 y 3 de la ley 18831 son inconstitucionales; voto de la mayoría de los Ministros Dres Ruibal, Chediak, Larrioux y Chalar. El voto disidente del Dr. Pérez Manrique habilita la instrucción sosteniendo que no se ha operado la prescripción porque aun cuando se sostenga que los detenidos desaparecidos están muertos esto no implica la inaplicabilidad del tipo delictivo de la desaparición forzada por cuanto la pérdida de la vida no es excluyente de la incertidumbre ínsita en la desaparición, que las víctimas estarán muertas pero continúan desaparecidas por lo que el delito de desaparición forzada se sigue consumando hasta que se conozca el paradero, el destino final, la ubicación de sus restos, que el delito de desaparición forzada es permanente; por el inicio de sumarios penales posteriores a los hechos juzgados también este voto relevó que la prescripción había sido interrumpida. Este voto disidente declaró que los impugnantes no

pueden invocar lesión a un interés directo, personal y legítimo, que es dudoso que la prescripción haya operado a su favor pues la resolución 322 del PE que excluyó el caso de la ley 15848 tiene efectos ex tunc.

Este voto disconforme también hizo caudal del Estatuto de Núremberg. Al cual adhirió Uruguay por D. de 12/11/1945. Y que estableció la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad conforme el contenido del ius cogens. También hizo pie en el art. 239 de la Constitución de la República, que trata del juzgamiento de los delitos contra el Derecho de Gentes, en el Derecho internacional de los DDHH, en el principio de legalidad establecido por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos basado en la previsión conforme el derecho nacional o internacional o los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional; en la Convención Americana de DDHH, el Convenio Europeo de DDHH, en la jurisprudencia de la Corte Europea de DDHH caso “tiradores del muro”, que distingue lo que es formalmente derecho de lo que es derecho también en el sentido sustancial (correlacionado con lo que es intrínsecamente justo o intrínsecamente injusto), en la jurisprudencia de la Corte IDH caso Arancibia Clavel, en la costumbre internacional como fuente de derecho.

Este voto disconforme habilitaba la instrucción del presumario, sin perjuicio de ulteriores instancias, que, como eventuales, anuncia como posibles.

La argumentación de que el caso se halla fuera del alcance de la ley 18831 es discutible. Porque la resolución 322 de 30 de junio de 2011, del Poder Ejecutivo, puso los casos fuera de la ley de caducidad, pero no puso los casos fuera del alcance de la prescripción, como mecanismo jurídico de extinción del delito. En cambio, la ley 18831 sí puso los casos referidos a los hechos ocurridos durante la dictadura, contra los DDHH, fuera del alcance del instituto de la prescripción. Mas allá de este tema puntual, lo cierto es que con discordias como las de los Ministros Van Rompaey y Pérez Manrique se abría una brecha, una senda que luego se iría pavimentando. Por esta senda la jurisprudencia ha transitado hacia la admisión de la investigación de esta clase de delitos. Sin que pueda argumentarse en contra, el instituto de la prescripción.

En la sentencia 83/2014 de 17/3/2014 la mayoría de la Suprema Corte de Justicia (reproduciendo argumentos vertidos en anteriores sentencias, como la vista supra 392/2013) hizo lugar a la declaración de inconstitucionalidad de ciertos artículos de la ley 18831; el voto

discorde del Dr. Ricardo Pérez Manrique removi6 lo que algunos de los magistrados intervinientes en el asunto entendieron un eventual obst6culo para el avance de la instrucci6n: la inconstitucionalidad de la ley 18831, y el voto disorde del Ministro Dr Eduardo Borges tambi6n habilit6 la instrucci6n del asunto por carencia de inter6s directo de los accionantes. En la sentencia 89/2014 de la Suprema Corte de Justicia, el voto disorde del Ministro Ricardo P6rez Manrique, si bien no se expidi6 sobre la prescripci6n, desestim6 uno de los obst6culos que algunos entendieron impedía avanzar en la instrucci6n: la inconstitucionalidad de una ley aplicada en primera instancia. Y en la misma decisi6n, el voto disorde del Dr Rolando Vomero relev6 que los hechos juzgados se tratan de delitos de lesa humanidad y que, a6n cuando se entendiera que 6stos prescriben, en el caso la prescripci6n no ha operado, por las razones que desarroll6. El dictamen de la Fiscalía de Corte de 18 de setiembre de 2014 en autos "Zavala Quinteros, Juan Ricardo, C6mplice de un delito de homicidio..." IUE 87 289/1985 establece que no son aplicables las normas de prescripci6n del c6digo penal cuando se trata de graves violaciones a los derechos humanos cometidas en Uruguay como lo es el caso de autos, que corresponde dar cumplimiento a las obligaciones internacionales del pa6s y a la jurisprudencia de la Corte IDH. Y que la obediencia debida no es admitida respecto a graves cr6menes contra los DDHH. Por sentencia 91 de 20 de abril de 2015 la Suprema Corte de Justicia no hizo lugar a la prescripci6n que se pretendía se declarase, por argumentos procesales. La discordia en esta sentencia acord6 que la prescripci6n no se aplica a los casos de graves violaciones de DDHH. La evoluci6n jurisprudencial se encamina al reconocimiento de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad o la consagraci6n de institutos o argumentos que en los hechos llevan a iguales consecuencias.

7. En el caso V6lez Looor contra Panam6 la Corte IDH estableci6 que el Estado tiene la obligaci6n de hacer efectiva la acci6n de las v6ctimas; en el caso Atala Raffo e hijas contra Chile se establecen principios de similares consecuencias pr6cticas ("Convenci6n Americana de DDHH, Comentario", AAVV, p. 853); en el caso Alb6n Cornejo y otros contra Ecuador, en los casos Ibsen C6rdenas e Ibsen Peña contra Bolivia, G6mes Lund y otros contra Brasil, Vera Vera y otra contra Ecuador, Ivcher Bronstein contra Per6, establece la imprescriptibilidad de las graves violaciones de DDHH (ob cit supra

pp.

640,

641).

II) El despacho entiende que las instrucciones deben continuar. Y en su momento determinar si los hechos son un delito de lesa humanidad y si han prescrito o no. Al día de hoy no hay argumentos válidos para sostener que la prescripción ha operado sus efectos. No corresponde ahora determinar si se va a aplicar la normativa nacional o internacional, si corresponde aplicar la normativa del Código Penal vigente desde 1934, o la normativa de la ley 18026, o la normativa convencional internacional o la consuetudinaria internacional (al respecto, "Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España" Kai Ambos/Ezequiel Malarino, Instituto Max Planck y Konrad Adenauer Stiftung, 2003 p. 73). Por eso es que el despacho no se afirma ahora en la consideración de las normas tipificadoras a aplicar, extremo que parece disgustar a los letrados comparecientes a fs. 193 y sts.

III) Ahora bien. La doctrina y jurisprudencia mencionadas son criticables a la luz de los principios de no retroactividad y legalidad. Por ello muchos las pondrían en tela de juicio. Pero existe un principio general del derecho que nadie pondrá en duda. La violencia vicia los actos jurídicos. Esto es una de las derivaciones del principio de libertad (art. 7º de la Constitución uruguaya). Los arts. 272 y sts del Código Civil uruguayo establecen la nulidad de los actos afectados por violencia moral o física. El CGP establece en su art. 114 que los actos procesales fraudulentos son nulos. Con más razón lo son los actos violentos, obviamente. El art. 111 del CGP establece la nulidad de los actos que carecen de alguno de los requisitos indispensables para su validez. El art. 62 del mismo cuerpo normativo establece que los actos procesales deben ser voluntarios; ergo, si falta la voluntad porque existe violencia, vis moral o absoluta, el acto es nulo. Nuestro código penal consagra un gran número de conductas que incluyen como medio típico la violencia moral o física, directa o indirecta sobre las personas o aun la esperanza de vida sobre la vida o sobre el honor o la libertad, indicador otro de que en estos casos no sólo la voluntad no vale y no existe sino que la propia acción conculcatoria merece la sanción más severa: arts. 132 número 1, 2, 5, 6, 133 1; 138; 139, 140; 141 a 145; 149 ter; 151, 1; 156, 168; 169; 171; 172; 173; 187; 198; 206; 207; 209; 210; 212; 213; 214; 216; 217; 218; 219; 220; 221; 222; 224; 225; 226; 266; 267; 268; 270; 272; 273; 274; 280; 281; 282; 283, 284; 285; 286; 288; 289; 290; 291; 293; 294; 303; 304; 305; 307; 308; 309; 310 a 324; 325 a 332; 333 a 339; 344; 344bis; 345; 346; 349; 355; 356; 359 número 4; 360 1;

360bis; 361 números 2, 3; 365; ; todo esto además de los delitos que contemplan las instigaciones a conductas violentas, los actos preparatorios de estas conductas, los delitos de peligro relacionados con posibles y futuras conductas violentas sobre personas, las colaboraciones a conductas violentas sobre personas o cosas, las conductas culpables que pueden contribuir a la lesión sobre personas o derechos de personas, las agravantes cuando los derechos de una persona resultan efectivamente conculcados; amén de lo dispuesto por las normas penales especiales. De la propia redacción de la ley 15848 y particularmente de su discusión en las cámaras surge que este texto fue arrancado al parlamento, por el poder de turno. Que se había retirado de los cargos de gobierno más altos pero conservaba la tutela sobre el poder civil. De modo que una pretendida prescripción en base a la aplicación de esta norma no es argumentable. Visto desde otro ángulo el problema, el Estado ha procurado su impunidad y la impunidad de sus agentes mediante esta norma. Este intento no puede ser validado, desde la plataforma de los principios generales del derecho. El art. 1º de la ley 15848 sostiene que a diciembre de 1986 no existía la plena vigencia del orden constitucional. No es posible admitir que una fuerza social conculcatoria de la constitución imponga y logre la consagración efectiva de normas cuya aprobación ha sido lograda por la amenaza de la fuerza y por el desacato de las citaciones judiciales, cual ocurrió en la época que se menciona.

IV) Por lo repasado, se concluye que la ley 15848 fue fruto de la violencia ejercida sobre el sistema político y un acto jurídico tal no adquiere validez conforme los principios generales del derecho. Y por todos los argumentos vistos la conclusión que se debe alcanzar es la de la no procedencia de la demanda incidental instaurada.

V) Por los argumentos expuestos

SE RESUELVE:

I) NO HACER LUGAR A LAS DEMANDAS INCIDENTALES INSTAURADAS.

II) NOTIFÍQUESE.

Juan Carlos FERNANDEZ LECCHINI