//tencia Nº 178

Min. Red.: Dr. Alberto Reyes Oehninger

Montevideo, 7 de agosto de 2015

VISTOS

para sentencia interlocutoria de segunda instancia en estos autos: "**YIC, Nuble Donato. SU MUERTE. Proviene del Expediente IUE 2-21986/2006 "Org. de DDHH Denuncias c/ mandos civiles, policiales, militares. ANTECEDENTES" (IUE 88-211/2011)**; venidos del Jdo Ltdo. de 1ª. Instancia en lo Penal 7°, en virtud del recurso interpuesto de la Defensa contra la Res. N° 2677 de 13/10/2014 dictada por la Dra. Beatriz Larrieu con intervención de la Sra. Fiscal Ltda. Nacional en lo Penal de 5° T. Dra. Ana Ma. Tellechea Reck.

RESULTANDO

I) La recurrida (fs. 356/365) no hizo lugar al pedido de clausura y archivo (fs. 344/346 vto.) del presumario por la muerte de Nuble Yic (54), ocurrida el 15/3/19976 mientras se encontraba detenido en el Batallón de Infantería N° 2 y 3.

II) Dicha solicitud fue formulada por el militar retirado Nelson Heber Coitinho el 30/7/2014, a raíz de su citación a declarar en estos obrados el 1°/8/2014 (fs. 336, 342).

Sostuvo:

1) Se investigan hechos que ocurrieron hace más de tres décadas. Corresponde analizar si, a su respecto, operó el instituto de la prescripción de cualquier posible delito que pudiera surgir de los hechos denunciados. El Derecho vigente le impone al Juez la obligación de relevar de oficio la prescripción, aun cuando no fuera invocada (art. 124 CP). 2) En virtud de lo dispuesto por el art. 31 CPP la investigación que trata la causa refiere a hechos que no pueden constituir delitos ni faltas, en tanto ha transcurrido un lapso en virtud del cual cualquier delito o falta que pudiera surgir de ellos, ha dejado de existir. 3) El presupuesto necesario de la iniciación de la etapa presumarial es la existencia de un hecho delictivo. Así lo dispone el art. 114 CPP que dispone el inicio de la instrucción presumarial cuando se tienen conocimiento de la comisión de un delito. 4) Esta etapa comienza con la comunicación al Juez de turno de la *notitia criminis* informada por la policía o mediante denuncia presentada en Sede Judicial por un particular. Esa necesaria existencia de la comisión de un delito obliga al Juez, entre otras cosas, a relevar la prescripción al momento de dar inicio al proceso. Esa etapa presumarial no podrá tener existencia si operó la prescripción, extinguiendo cualquier delito que pudiera haber ocurrido. 5) El instituto de la prescripción es de orden público y por ello debe ser declarado de oficio toda vez que se advierta su acaecimiento (art. 124 CPP). 6) El art. 117 CP establece que la prescripción extingue

el delito. La misma, en el caso más extenso, se extingue a los veinte años. Admitiendo que el cómputo de la prescripción comenzara el 1°/3/85, los 20 años se cumplieron el 1/3/2005.

III) Al contestar (fs. 348/351), el M. Público había dicho:

1) En caso de que se entienda que se trata de delitos prescriptibles, dicho plazo deberá ser tomado a partir de la sentencia Nº 1525 de la SCJ de 29/10/2010, dictada en autos, que declaró inconstitucional e inaplicable al mismo la Ley Nº 15.848, por lo que de ninguna manera se ha cumplido. 2) Estos delitos que se investigan no están sujetos a prescripción. Se trata de delitos de *lesa humanidad* dado que fueron cometidos aprovechando el andamiaje del Estado, por funcionarios del Estado y con el claro propósito de arrancarles información a como diera lugar, aunque ello ocasionara la muerte de la víctima. 3) La ONU, que Uruguay integra, dicta normas que pasan a ser obligatorias para todos los países que la conformas y se integran directamente al derecho interno de los países signatarios, aun cuando no las ratifique expresamente, los tratados que refieran a derechos humanos, salvo que el Estado lo denuncie dentro del plazo respectivo antes de su entrada en vigencia. Desde su creación sus normas son aplicables directamente sin necesidad de una ley que los ratifique, porque sus normas son auto-ejecutables. A estas disposiciones refiere el art. 72 de la Constitución. 4) Uruguay integra dicha comunidad de Estados por lo que tiene aceptadas e

incorporadas las normas interamericanas y universales de protección de derechos humanos y se obliga a aplicarlas, así como las consecuencias que de ellas se derivan, aceptando las decisiones de sus órganos (Comisión y/o Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estas normas internacionales tienen rango constitucional por aplicación de los arts. 72 y 332 de la Constitución.- Así lo refiere la Sentencia Nº 365/2009 de la SCdeJ a la que se remite la dictada en autos (Nº 1525/2010). 6) La CIDH estableció que todas las personas privadas de libertad tienen el derecho a ser tratadas dignamente. El Estado es responsable por las instalaciones de detención teniendo el pleno control de los detenidos, lo que incluye el derecho a la integridad personal. Además, el Estado tiene el deber de responder por las condiciones de detención cuando no son acordes a la dignidad personal de los detenidos, las malas condiciones de detención que violan el art. 5º de la Convención Americana de DDHH. Este derecho a la integridad personal está comprendido en la lista de derechos que no pueden suspenderse (art. 27.2), ni admite ninguna excepción. 7) La calidad de delitos contra la humanidad conlleva características inherentes a los mismos. Sobre todo que son reconocidos por el Derecho Internacional con el rango de *ius cogens*, de origen mixto, con fuente consuetudinaria y convencional.

IV) Al decidir el incidente (recurrida), sostuvo la *A quo*:

1) La investigación sobre la muerte no esclareció totalmente

los hechos sucedidos, ni la eventual participación que pudo tener Nelson Coitinho. Por tanto no corresponde pronunciarse respecto de la naturaleza y orden jurídico aplicable a eventuales delitos cuyas circunstancias y partícipes aún no se acreditaron, a riesgo de incurrir en prejuzgamiento. 2) Deberán continuarse las actuaciones y, ante la eventualidad de formularse requerimiento para proceder a la imputación de responsabilidad penal, es que la Sede deberá pronunciarse sobre los delitos a atribuirse, su naturaleza y orden jurídico que los rige. El objeto del incidente consiste en decidir si operó la prescripción de los presuntos delitos emergentes del fallecimiento de Nuble Yic. 3) De comprobarse se trataría de hechos cometidos desde el aparato estatal durante la dictadura cívico-militar que se extendió de 1973 a 1985. Cualquiera sea la decisión que recaiga respecto de su naturaleza, los mismos no prescribieron. Si se entiende que son delitos de lesa humanidad, es admitido que son imprescriptibles por constituir el *jus cogens* internacional. Al respecto se entendió que en tales delitos se consagra una excepción regla de la prescripción de la acción penal o la sanción, dado que se trata de supuestos que debido a su magnitud no dejaron de ser vivenciados por la sociedad, siendo que, por otra parte, generalmente se realizan por las mismas agencias del control punitivo actuando fuera del control del derecho penal. Las fuentes del Derecho Internacional consideran aberrantes la ejecución de cierta clase de actos y sostiene que, como consecuencia de ello, no son

aplicables institutos tales como la prescripción. Así se ha consagrado en el art. 1 de la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Lesa Humanidad aprobada por la Asamblea Gral. de ONU del 26/11/68 y en el art. 1 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptado en Roma el 17/7/98 y suscrito por nuestro país el 19/12/2000. Fue recogido por el Derecho interno en el art. 7 de la Ley 18.026, promulgada el 25/9/2006. 4) En la posición adoptada por Nelson Coitinho, que encuadra los hechos de autos en la normativa del CP, el incidente debe resolverse decidiendo cuándo se inicia el cómputo del período prescripcional. Es cuestión zanjada por la jurisprudencia que no es computable el período de facto ya que, durante ese tiempo, la acción penal estuvo impedida por las investigaciones correspondientes. En su apoyo citó Sent. de la Sala Nº 84/2013) y del TAP 4º (Sent. N° 185/2014). Dijo que, sin que implique prejuzgamiento, de las actuaciones surge los hechos investigados encuadran en la previsión del art. 1° de la Ley 15.848, por tratarse de la presunta comisión de delitos perpetrados con anterioridad al 1/3/85 por funcionarios militares y policías, equiparados y asimilados por móviles políticos o en ocasión del cumplimiento de sus funciones y en ocasión de acciones ordenadas por los mandos que actuaron durante el período de facto. En mérito a ello, desde la sanción de la llamada Ley de Caducidad hasta la primera declaración de inconstitucionalidad de la misma (Sent. N° 365/2009 de la SCJ

del 19/10/2009), tanto la víctima como el M. Público se vieron impedidos de promover investigación judicial alguna sobre esos hechos. Si bien la declaratoria de inconstitucionalidad es para el caso concreto, es a partir de dicha sentencia que las víctimas y el M. Público contaron con un recurso legal que habilitó la investigación judicial de los hechos, pudiendo promover el correspondiente proceso de inconstitucionalidad. 5) Ello significa que pese al restablecimiento del orden constitucional en 1985, el Estado no proporcionó a las víctimas de violaciones a los derechos fundamentales los medios necesarios para la debida protección judicial de sus derechos. Establece el art. 2 num. 3 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos que "toda persona cuyos derechos o libertades reconocidas en el presente Pacto hayan sido violados, podrán interponer por un recurso efectivo, aun cuando la violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales". Dicho Pacto fue aprobado por nuestro país por Ley 13.751 de 11/7/ 1969. Similar disposición contiene el art. 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, aprobada por Ley 15.737 del 8/3/1985. Contrariamente a lo dispuesto, el 22/12/1986 el Estado Uruguayo sancionó la Ley 15.848 que cercenó a las víctimas su derecho de acceso a la justicia. 6) En el caso recayó Sent. de inconstitucionalidad Nº 1525/2010, lo que significa que fue recién el 29/10/2010 cuando se removió el obstáculo legal que impedía dicha investigación. Al justamente impedido no le corresponde término, por lo que debe

computarse a partir de esa fecha el plazo de prescripción.

V) Al interponer Reposición y Apelación (fs. 369/276), la Defensa del citado (Dra. Graciela Figueredo), adujo:

1) Sostiene la Sentenciante que solo concluida la instrucción corresponde pronunciarse sobre la prescripción, lo que no resulta ajustado a Derecho. De seguir adelante una investigación judicial sobre hechos prescriptos se estará actuando sobrepasando los límites de la Jurisdicción natural por inexistencia de delito, contrariando los arts. 31 y 114 CPP. 2) No obstante, afirma que de comprobarse los hechos denunciados se habrían "perpetrado desde el aparato estatal, en el marco de la llamada lucha antisubversiva, durante la dictadura cívico militar que rigió en nuestro país entre los años 1973 y 1985...dichos delitos no han prescripto, cualquiera sea la decisión que en definitiva recaiga respecto de su naturaleza". 3) Si bien tal encuadre es correcto en tanto claramente se trata de hechos ocurridos durante el pasado gobierno cívico-militar, su consideración será acertada cuando y solo cuando, la misma abarque exclusivamente los hechos denunciados y atribuidos específicamente a los indagados teniendo presente las consecuencias de un gobierno de facto sobre todos los actores o posibles actores. 4) Aun teniendo presente la ilegitimidad de los gobiernos de facto, el rechazo que merecen y la natural voluntad de castigo que provocan, es inadmisible perder de vista que el proceso refiere a individuos y su

conducta personal; tan inadmisible como valerse de esa visión global de la dictadura para igualar la situación de todo aquel que por haber sido militar resulte indagado en una causa, achacándole el peso de toda la dictadura, aunque claramente no tenga la más remota posibilidad de determinar políticas de estado, ni siquiera de la existencia de esa dictadura de la que participaron civiles y militares a través de un gobierno constitucional y democrático, ante el aplauso o la indiferencia de la mayoría. Naturalmente el enjuiciamiento del Estado por la pasada dictadura, resulta ajeno al objeto y las posibilidades de la presente causa. 5) Un acertado encuadre de los hechos denunciados en el contexto de la dictadura implica también tener presente, que dicho contexto abarca de igual manera al indagado "desde que también para ellos, dado su rango y con prescindencia de las preferencias y apetitos personales, la situación política, militar funcional, les venían dadas por las respectivas jerarquías y por la coyuntura histórica" (TAP 2, S. 24/2006). 6) Resulta inadmisible sostener que en nuestro país no rigió plenamente el Estado de Derecho hasta el pronunciamiento del Poder Judicial, favorable a los intereses de los denunciantes, o que éstos se encontraban "justamente impedidos" en virtud de la vigencia de una ley. Igualmente improcedente resulta calificar a los hechos como delitos de lesa humanidad, que la Sede refiere aunque evitando su pronunciamiento definitivo. 7) La posición sustentada en la impugnada acerca de ubicar el comienzo del plazo de

prescripción en la fecha de la sentencia 1525/2010 de la SCJ declarando inconstitucional la ley 15.848, implica atribuir a una sentencia facultades modificativas de las disposiciones que rigen en materia de prescripción, de reserva legal. 8) Tampoco una ley puede ser considerada "impedimento" para el cómputo de su plazo. La ley 15.848, más allá de la inagotable controversia sobre la naturaleza de sus disposiciones o sobre su origen, fue una ley consagrada con todas las garantías del proceso pertinente, emanada del órgano natural y producto de una ardua reflexión parlamentaria y social. Fue sometida a todos los procesos legales de impugnación, incluido un plebiscito, en el que el Soberano se pronunció libremente a favor de su vigencia. Posteriormente fue sometida a consideración del órgano judicial pertinente su constitucionalidad, declarada en reiteradas oportunidades. Lo cierto es que dio solución legal a una cuestión por demás controversial y soportó todos los embates legalmente posibles, por lo que es inaceptable pretender desconocer su vigencia y los efectos que irreversiblemente generó durante ella. Asimismo, el principio general del que se pretende hacer caudal refiere a plazos procesales y a impedimentos personales. Las causas en cuestión no prosperaron porque el derecho vigente así lo dispuso, y el sometimiento a las normas de derecho de los justiciables, de los ciudadanos todos y del Estado en particular, es un componente básico del Estado de Derecho. Pretender trocar ese natural sometimiento en un

"impedimento" que habilite el desconocimiento de las normas de manera retroactiva, implica vulnerar el Estado de Derecho. En materia laboral se ha dado hace unos años un caso similar que la jurisprudencia resolvió en el sentido que sostiene la Defensa. La ley 18.091 modificó el plazo de prescripción de los créditos laborales, pasando a ser de cinco años, cuando hasta entonces era de dos años. En esa oportunidad se presentaron demandas reclamando créditos anteriores a la vigencia de la ley, que por la ley anterior ya estaban prescriptos pero no de acuerdo con la nueva ley. Y la jurisprudencia fue unánime en sostener la improcedencia de tales demandas, en tanto la nueva ley no podía tener efectos retroactivos. 10) La compareciente ha reiterado incansablemente, que de adoptarse el criterio que propone la Sede, se iría al caos jurídico. No existirían los principios de legalidad y de certeza jurídica, los derechos adquiridos serían una utopía y la aplicación del derecho pasaría a depender del Orden Jurídico que pueda regir dentro de 40 años. Las veleidades del Hombre y sus cambios naturales en el pensamiento y en la distribución de las fuerzas representan un peligro eminente para el Estado de Derecho, que debería mantenerse por sobre las tendencias. El sometimiento a las leyes tanto de los ciudadanos como del propio Estado es un componente fundamental del Estado de Derecho, nunca un impedimento. Y la conculcación de principios básicos del Estado de Derecho como el de legalidad o el de irretroactividad de la ley más gravosa es propia de

regímenes totalitarios, inaceptable en nuestro sistema jurídico democrático de raigambre liberal. 11) El Prof. Gonzalo Fernández, en su reciente obra "Cuestiones Actuales de Derecho Penal" ¿Política Criminal o Derecho Penal del Enemigo, pp. 45/47, dice: "*Entonces, cuando hoy se alude a la existencia de dos derechos penales paralelos o, mejor aún, a un derecho penal de dos velocidades, la antinomia es claramente entre el modelo del derecho penal del ciudadano versus el modelo del derecho penal del enemigo. Este último sería un derecho de excepción, que pretende tratar al enemigo no como persona, sino directamente como una fuente de peligro y, eventualmente, emplearlo y ejemplificar con él mediante el castigo, tomándolo como un medio de intimidar a los otros…el derecho penal del ciudadano no debería aplicarse a los enemigos -esta es la cuestión axial- que* ***son los extraños a la comunidad jurídica***". Esto justamente es lo que sucede en los juicios entablados contra los militares, y este expediente no es la excepción sino uno más tramitado bajo ese derecho penal de excepción. 12) Asumir que el presunto delito que se investiga constituya un delito de lesa humanidad, echaría por tierra la prescripción del mismo, dado que una de las características de este tipo de delitos es la imprescriptibilidad, consagrada en nuestro ordenamiento jurídico recién a partir del año 2006. Cualquier pretensión de aplicación a hechos anteriores implica necesariamente vulneración de los principios de legalidad e irretroactividad de la

ley penal, una clara manifestación de un "derecho penal del enemigo", inconcebible en un Estado Democrático. La Fiscalía se pronuncia al respecto haciendo una selección de normas internacionales, omitiendo mencionar el art. 9 del Pacto de San José de Costa Rica: "*Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable…*"; tampoco menciona el numeral 2 del art. 11 de la Declaración Universal de DDHH: "*Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional…*". En relación a este último, se podría discutir en nuestro ordenamiento jurídico si el derecho internacional está o no por encima del derecho interno, cuya respuesta es indudable que quien está por encima son nuestras normas constitucionales, ya que su desconocimiento nos llevaría a desconocer la soberanía del Estado Uruguayo. Como también lo manifiesta Gonzalo Fernández, "*…el derecho penal no es y no puede ser otra cosa que* ***derecho constitucional aplicado***". "*No obstante, si observamos con atención el panorama actual de la legislación penal comparada, es virtualmente unívoca la conclusión de que el derecho penal y los sistemas penales viven un proceso de inocultable expansión, un proceso inflacionario de crecimiento desmedido. Están signados por lo coyuntural, por la urgencia de la hora, por la razón de la emergencia y la excepcionalidad. He ahí el nuevo paradigma penal de la razón del Estado afectada por la*

urticaria de la eficiencia punitiva, por el desafío de la seguridad ciudadana, que nos lleva -inexorablemente- a la disminución de las garantías y a la flexibilización inaudita de principios seculares, diseñados otrora por el liberalismo penal" (p. 44). El Estatuto de Roma establece en su art. 24.1 que "*Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor*. 13) Resulta inaceptable postergar el pronunciamiento acerca de la naturaleza de los hechos hasta tanto se avance en la investigación, ya que cualquiera sea el resultado de la misma, ningún delito calificado como de lesa humanidad puede surgir de hechos que tuvieron lugar cuando éstos aún no estaban consagrados ni en el Derecho interno, ni en el Derecho Internacional que omitió la correspondiente tipificación. Cualquier otra solución colide con los principios de legalidad, seguridad jurídica, irretroactividad de la ley penal. Sin perjuicio de la posición de esta Defensa, todas las normas nacionales e internacionales que consagran la imprescriptibilidad de esta clase de delitos, son muy posteriores a los hechos de autos. Así lo ha relevado la SCJ en Sent. N° 20/13: "*En definitiva, los artículos 2 y 3 de la Ley N° 18.831, al establecer el primero que no se computarán plazos de prescripción ya transcurridos y el segundo al disponer, en forma retroactiva, que a la naturaleza original del tipo penal se adicionará el carácter de <crímenes de lesa humanidad>, provocando como consecuencia su imposibilidad de extinción, vulneran ostensiblemente el*

principio de irretroactividad de la ley penal más gravosa y con ello los principios y reglas constitucionales recogidos en los artículos 10 y 72 de la Constitución Nacional..." 14) Debe observarse también, que la mención de la ley 18.026 recogida en la impugnada, es francamente infeliz, en tanto se trata de un caso de muerte de una persona, cuyo cuerpo fue entregado a sus deudos hace cerca de cuatro décadas. 15) Resultan débiles y desatinados los alambicados razonamientos a los que se debe acudir con la finalidad de eludir la prescripción inevitablemente ocurrida, ya sea recurriendo a una tipificación inexistente al momento de los hechos o deteniendo el transcurso del tiempo durante el lapso que la posición del PJ, del PL e incluso del Soberano, no convino a los intereses de la causa y se manifestó en su contra. Pero ello no logra disimular ni justificar la vulneración o aplicación excepcional de normas y de principios caros al Estado de Derecho. La gravedad de la cuestión es indiscutible, en tanto está en juego nada menos que la libertad y las garantías de los justiciables, lo que justifica una posición restrictiva que favorezca al posible reo. Así se ha manifestado recientemente el abogado consultor Robert McWhirter, en ocasión del curso para Fiscales de cara a la reforma del CPP. De acuerdo a la publicación aparecida en el Diario El País el 19 de marzo, el experto, preguntado sobre el rol que deben desempeñar las víctimas, expresó: "*...Los intereses de la víctima se tienen que respetar, pero yo no diría que es una buena idea que la víctima tenga tantos derechos*

porque lo más importante es no quitarle derechos al imputado". 16) En esta causa, como en todas, debe honrarse al Estado de Derecho, los principios que lo informan, respetando las leyes vigentes en cada momento, y considerando a los indagados únicamente desde el punto de vista de su conducta personal, inmersos en un régimen de facto que alcanzó a todos por igual. Desde la visión que otorgan los cuarenta años que han pasado desde los hechos y el haber superado las infelices circunstancias de aquellos años, y recuperado el país su tradición democrática, debe valorarse por sobre todo la defensa irrenunciable del Estado de Derecho y de la Soberanía, y en su honor, aceptar, postular y reivindicar la idea de que "*En un sistema democrático, de raigambre liberal los principios procesales son siempre los mismos, cualquiera que sea el justiciable de turno. En esa, entre otras razones, radica la superioridad ética de dicho sistema político institucional, sobre los de visión transpersonalista*" (TAP 2, Sent. 24/2006).

VI) Al evacuar el traslado de los recursos (fs. 371/383 vto.), el M. Público abogó por su rechazo, diciendo:

1) No existe ninguna disposición legal que imponga al Juez interrumpir la indagatoria de un delito del que tome conocimiento en ocasión de sus competencias legalmente establecidas, sino que debe cumplir con su obligación de llegar a la verdad sobre cómo sucedieron los hechos. 2) En autos se indaga la detención en la madrugada del 22/10/1975 de Nuble Yic, en el marco de la denominada Operación Morgan, quien

era militante del Partido Comunista, en cuyo domicilio ingresaron seis personas vestidas de civil, integrantes de las Fuerzas Conjuntas. Yic se encontraba en reposo médico tras haber sufrido un segundo y reciente infarto de miocardio. Los aprehensores lo llevaron a sucesivos centros de tortura: primero a la casa de Punta Gorda, luego a la ex Cárcel del Pueblo y finalmente al Batallón N° 13 de Infantería (denominado 300 Carlos). Tras permanecer en calidad de desaparecido cinco meses y ser sometido a torturas, el 2/11/1975 fue trasladado al Centro de Reclusión Batallón de Infantería N° 2 y 3 ubicado en Km. 14 de Cno. Maldonado. El 22/11/1985 fue procesado por la justicia militar y el 15/3/1976 falleció en ocasión de su primer salida al aire libre junto a otros compañeros presos, tras iniciar una "picada" con una pelota de trapo que ellos mismos confeccionaron para jugar con ella. Las únicas personas que lo atendieron fueron sus compañeros presos y de acuerdo a declaraciones testimoniales, el certificado de defunción firmado por el Dr. José Mautone (donde consta como causa de muerte: "Insuficiencia cardíaca?"), no se compadece totalmente con lo que realmente sucedió. En consecuencia, es necesario llevar a cabo esta indagatoria que pretende determinar las razones por las cuales no recibió la asistencia debida e individualizar sus probables responsables en caso que los hubiera. 3) Si bien en autos la SCJ declaró la inconstitucionalidad de la ley 15.848 por Sentencia N° 1.525/2010, como ya lo han establecido múltiples

pronunciamientos de tribunales de alzada, en casos como el de autos rige la regla de que al justo impedido no le corre término para la prescripción (art. 98 CGP). La prescripción constituye un derecho que se extingue por el no uso del mismo con el paso del tiempo, sea por negligencia como por desinterés. En cambio el plazo de caducidad nace limitado a que se ejerza en el tiempo prefijado y cuando éste se cumple el derecho caduca. Se extingue automáticamente. 4) De manera que, cuando usar o no un derecho consiste en una facultad que pertenece exclusivamente a su titular, estamos ante el instituto de la caducidad. En el caso de la prescripción los plazos para accionar están sólo determinados por la ley, sea para la extinción de la acción como para su adquisición. En cambio en el cómputo de la caducidad de un derecho no son susceptibles de ser suspendidos o interrumpidos como sucede en la prescripción. 5) Para el cómputo de la prescripción es de aplicación el art. 98 CGP que establece el principio de que al justamente impedido no le corre término, en tanto se configure una causal que lo coloque en la imposibilidad de hacerlo. Ese es el período que debería restarse en casos como el de autos que lo fue durante la vigencia de la Ley 15.848, sancionada y promulgada el 22/12/1986 (poco después de recuperada la democracia (1°/3/85). Fue a partir de la promulgación de dicha ley que no pudo prosperar ninguna investigación como la de autos, dado que era de aplicación la previa consulta al PE que en su informe previo, indefectiblemente, rechazó la iniciación

de los mismos. 6) Aún antes del golpe de Estado de 1973 hasta 1985 todas las garantías constitucionales estuvieron suspendidas. La Justicia no pudo intervenir en ninguna de estas causas y estaban suspendidas todas las garantías dirigidas a proteger los derechos individuales, cercenando la posibilidad de que los órganos judiciales pudieran llevar adelante este tipo de indagatorias. 7) En el año 1985 tampoco se pudo indagar ninguno de los casos iniciados porque lo impedía la Ley Nº 15.848 (Caducidad de la pretensión punitiva del Estado) que les otorgaba una especie de amnistía a los militares. Amnistía que no protegía a los civiles, por lo cual sólo pudieron prosperar aquellas causas que tenían como denunciados a quienes no eran militares (Bordaberry y Juan C. Blanco por su responsabilidad al estar al frente de cargos de dirección). Pero no prosperaron respecto de los autores materiales porque la SCJ ante el reclamo de inconstitucionalidad de dicha ley, sostenía sistemáticamente que era constitucional. 8) Fue a partir de la Sent. N° 365/2009 donde la Corporación declaró la inconstitucionalidad de los arts. 1, 3 y 4 de la Ley 15.848, lo que después hizo en otros expedientes, que se recuperó el verdadero estado de derecho y la posibilidad de avanzar con las denuncias que habían sido archivadas hasta esa época: "*En lo que tiene que ver con el período de interrupción de los derechos y garantía de los justiciables, es evidente que no puede correr término alguno a los mismos, si es manifiesto que existía una imposibilidad de*

su ejercicio. En el caso, el titular de la acción penal es el Ministerio Público, pero obviamente, no se aprecia como el mismo podría ejercerla libremente. Más allá de la situación de quien corresponde juzgar el caso, la médula está en el actor, y si el mismo no contaba con la posibilidad de ejercer su poder deber, no le corrió plazo, Por tanto, resulta contrario a la lógica natural de los hechos que, un funcionario público dependiente del Ministerio de Educación y Cultura, por más que contara con independencia técnica, pudiera llevar adelante una acción tendiente a la investigación de este tipo de asuntos." (TAP 2, Sent. 263/2010). *"Por lo mismo, al margen de la aplicabilidad o no del art. 123 CP (TAP 2, sent. cit.), a juicio de la Sala tampoco es aceptable computar el período subsiguiente, durante el cual, antes de que así fuera reconocido legalmente (art. 1° de la ley N° 18.831) ni las víctimas ni el titular de la acción pública estuvieron en plenas condiciones de perseguir los delitos encapsulados por el art. 1° de la ley 15.848, declarada inconstitucional por la SCJ en el 2009 (Sent. 365/2009) en proceso (Sabalsagaray) donde P. Ejecutivo y P. Legislativo se allanaron (Resultando IV)"* (TAP 1). Resulta entonces incuestionable que también debe considerarse que hubo un quiebre que impidió las investigaciones de las posibles responsabilidades penales de los que actuaron en el gobierno de facto. Precisamente esa es la razón para estimar que hubo un impedimento para el cómputo de la prescripción, dado que no se trató de un desinterés de los denunciantes. 9) No

obstante, como es posición de Esta Fiscalía desde tiempo atrás, los hechos investigados son delitos de lesa humanidad y por consiguiente, no sujetos a prescripción. Ello se confirma a través de múltiples tratados internacionales a través de cuya ratificación nuestro país ha asumido obligaciones de naturaleza vinculante. En el tema resultaría aplicable la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2391 (XXIII) de 26/11/1968, con entrada en vigor el 11/11/1970 y aprobada por Uruguay mediante ley 17.347 del 5/6/2001. Dicha Convención tiene la naturaleza jurídica de ser declarativa y afirma un principio que ya se encontraba vigente por mandato del derecho internacional, que reconoce la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad "cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido" (art. 1): "...la Convención no fue celebrada para crear la imprescriptibilidad de delitos que por su naturaleza no eran susceptibles de prescribir; sino para proveer un sistema internacional bajo el cual el delincuente no puede encontrar un refugio ni en el espacio ni en el tiempo...De los trabajos preparatorios de la Convención surge que se empleó el verbo "afirmar" en lugar de "enunciar" a fin de poner de manifiesto la posición según la cual el principio de imprescriptibilidad...ya existía en el derecho consuetudinario internacional por lo que la Convención no podía enunciarlo sino afirmarlo" (López Goldaracena, Derecho Internacional y

Crímenes de Lesa Humanidad, SERPAJ, Mdeo., 2006). 8) La imprescriptibilidad dimana de una norma de derecho internacional con rango de jus cogens y, en consecuencia, se debe tener presente su régimen de interpretación. Por ley 10.683 Uruguay aprobó los 111 artículos que conforman la Carta de las Naciones Unidas, que se firmó el 26/6/1945 al terminar la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional y entró en vigor el 24/10/1945. En el art. 1° de la misma se aprueban: la Carta de las Naciones Unidas y el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, así como los Acuerdos Provisionales de los Gobiernos participantes, entre ellos, el de nuestro país. La Carta de las Naciones Unidas, en su art. 1°, señala los propósitos para los cuales se unen las Naciones. Entre otras cosas de relevancia, dice desde el primer artículo, que podrá tomar medidas que fueran menester, para prevenir y eliminar amenazas a la paz, reprimir agresiones o sus quebrantamientos. Asimismo, se obliga a "realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión". También establece que se basa en los principios de igualdad soberana entre todos sus miembros, los que a su vez se obligan al cumplimiento de buena fe de las obligaciones contraídas. Y nuestro país es miembro originario (art. 3°). Los

arts. 92 a 96 refieren a la creación de la Corte Internacional de Justica, "órgano judicial principal de las Naciones Unidas..." De manera que no cabe duda que la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1968, es aplicable directamente en nuestro ordenamiento jurídico. 9) Por otra parte, el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y Organizaciones Internacionales (1969) señala que ningún Estado parte podrá invocar las disposiciones de su derecho interno para justificar el incumplimiento del tratado. El art. 31 de esta Convención, referido a la interpretación de los Tratados, establece que "Un tratado deberá interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin"; en tanto que el art. 53 consagra principios absolutos derivados del ius cogens que son imperativos e inderogables: "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 del Estado en su conjunto como una norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter". 9) También

el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado: "...en el caso del crimen contra la humanidad, su carácter imprescriptible ha sido consagrado por el Estatuto del Tribunal Internacional de Nüremberg anexo al Acuerdo Interaliado de 8 de agosto de 1945 y por una ley francesa de 26 de diciembre de 1964, los cuales disponen expresamente que los crímenes contra la humanidad son imprescriptibles" (Papon c. Francia). 10) A nivel jurisprudencial se destaca muy especialmente que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado en su sentencia de 14/3/2001 (Barrios Altos), que: "...son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos". En el caso Gelman vs. Uruguay, la Corte Interamericana (cuyo dictamen es de cumplimiento obligatorio para nuestro país), ha manifestado en términos reproducibles en autos: "Esta Corte ha destacado que la obligación estatal de investigar y sancionar las violaciones de derechos humanos y, en su caso, enjuiciar y sancionar a los responsables, adquiere particular importancia ante la gravedad de los delitos cometidos y la naturaleza de los derechos lesionados...se encuentra

dentro de las medidas positivas que deben adoptar los Estados para garantizar los derechos reconocidos en la Convención". "El deber de investigar es una obligación de medios y no de resultado, que debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa, o como una mera gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de las víctimas, de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios....Cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél. Lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un "control de convencionalidad" entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esa tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención..." 10) Finalmente, cabe precisar que el derecho internacional, modernamente se considera como "legalmente obligatorio...", "un producto de la moderna civilización occidental...", "en otras épocas y culturas existieron algunas

normas similares, pero nunca fueron consideradas como teniendo la fuerza del derecho, y como siendo susceptibles de interpretación o aplicación por métodos jurídicos".

VII) Por Res. N° 3108 de 1°/12/2014 (fs. 388/393), la *A quo* mantuvo fundadamente la recurrida y franqueó la alzada.

Manifestó entonces:

1) Es errónea la afirmación de que la sede entendió que el pronunciamiento sobre la prescripción debe diferirse a la conclusión de la instrucción, cuando la suscrita se pronunció expresamente al respecto, manifestando que los presuntos delitos investigados en autos no estaban prescriptos, invocando principios del derecho penal común. 2) Si bien se enmarcó el hecho denunciado en su contexto histórico, esto no implica en modo alguno desconocer que el derecho penal juzga la conducta individual. Como se indica en la impugnada, corresponde investigar los hechos denunciados y de mediar requisitoria fiscal y entenderse reunidos elementos de convicción suficiente respecto de la responsabilidad de alguna persona indagada, proceder a la atribución de responsabilidad conforme los arts. 114, 125 y 133 a 135 CPP. 3) La ley 15.848 constituyó un obstáculo para que, tanto las víctimas como la Justicia, investigaran los hechos comprendidos en dicha ley. Así ha sido admitido por nuestros Tribunales, tal como resulta de las citas transcriptas en la recurrida, así como de la primer sentencia de inconstitucionalidad dictada por la SCJ

(305/2009), cuando expresa: "Con respecto a que las normas impugnadas transgreden el derecho de las víctimas y de sus familiares de acceder al sistema judicial para que se identifique y castigue a los presuntos culpables de los hechos acaecidos durante la dictadura militar, el agravio es de recibo... las normas atacadas excluyeron del aparato sancionatorio del Estado a sujetos que, para ello, no necesitaron ser juzgados por el Poder de gobierno que tiene a su cargo la función soberana de aplicar las penas". Dicha sentencia cambió la posición de la SCJ y marca el momento a partir del cual la Justicia quedó habilitada para investigar los hechos antes abarcados por la ley n° 15.848. Es a partir de allí que el obstáculo legal fue removido y se permitió el avance de las investigaciones que hasta entonces estaban vedadas para las víctimas, el M. Público y el PJ. En el caso, la cuestión es indiscutible, ya que como se señaló en la recurrida, el M. Público promovió y obtuvo la declaración de inconstitucionalidad de la ley 15.848 respecto de los hechos presuntamente delictivos que rodearon la muerte de Olivera. Esto significa que la llamada ley de caducidad efectivamente impedía la investigación de esos hechos, quedando dicha investigación habilitada recién a partir del pronunciamiento del máximo órgano judicial. 4) Las conclusiones antedichas no varían por el argumento que la ley fuera ratificada por vía de plebiscito. Así se pronunció la SCJ en la sent. 305/2009: "En primer término, es opinable que dicha manifestación del Cuerpo Electoral haya saneado el vicio

formal de la falta de mayoría especial para sancionar una amnistía...en la medida en que, naturalmente, el Soberano no fue convocado para pronunciarse sobre la naturaleza jurídica ni sobre las mayorías con las que fue dictada la Ley, debiendo pronunciarse, solamente, por hacer lugar o no al recurso...Por otra parte, el ejercicio directo de la soberanía popular por la vía del referéndum derogatorio de las Leyes sancionadas por el Poder Legislativo, sólo tiene el referido alcance eventualmente abrogatorio, pero el rechazo de la derogación por parte de la ciudadanía no extiende su eficacia al punto de otorgar una cobertura de constitucionalidad a una norma legal viciada "ab origine" por transgredir normas o principios consagrados o reconocidos por la Carta". Dicha postura ha sido también adoptada por el TAP 1, recogiendo opiniones doctrinarias en el mismo sentido: "Los fallos jurisdiccionales no pueden quedar inermes frente al querer mayoritario. Fuera de que en el derecho constitucional comparado se han registrado algunos casos de apelación popular, lo cierto es que la aparente democraticidad que exhibe la solución mentada (en orden a que las sentencias deben ser mayoritarias) se desvanece a poco que se profundice el análisis. Desde épocas tempranas del constitucionalismo liberal se aceptó -sin reservas- la idea de que la Jurisdicción debe resolver las controversias mediante la aplicación independiente, técnica e imparcial del derecho objetivo. Pues resulta extraordinariamente disfuncional condicionar el cumplimiento de los fallos al respaldo mayoritario

del acto jurisdiccional..." (Daniel Ochs, El fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Gelman contra Uruguay, cit. en Sent. N° 84/2013). 5) El pronunciamiento acerca de si los hechos investigados son delitos de lesa humanidad, refiere al mérito del asunto, por lo cual está impedida la proveyente de emitir opinión al respecto en esta etapa, a riesgo de incurrir en prejuzgamiento. La recurrida se limitó a realizar una breve reseña sobre el concepto, caracteres y normativa aplicable; y en definitiva, se fundó en normas del derecho penal común invocado por la Defensa y en principios generales de Derecho.

CONSIDERANDO

I) La Sala, por unanimidad, confirmará la recurrida al no encontrar motivo de sucumbencia en los agravios articulados.

II) Como tiene dicho en Sent. N° 313/2013 (entre otras): *"La sanción al culpable de un delito constituye un derecho humano de la víctima, que amerita una tutela efectiva. La Convención Americana sobre DDHH ratificada por la Ley 15.737, o aún antes, incorporada a la Constitución por vía de su art. 72 (cfm. SCJ, S. 365/09), establece la obligación de cada Estado de proveer a los sometidos a su jurisdicción una debida protección judicial cuando alguno de sus derechos haya sido violado. En el caso de la víctima, se trata de una expectativa que el propio Estado debe satisfacer (Corte IDH, Gómez Palomino vs. Perú, 22/11/2005 y Blanco Romero y*

otros vs. Venezuela, 18/11/2005, y De la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, 31/01/2008). Se dice que el Estado incurre en responsabilidad internacional cuando sus órganos judiciales no investigan seriamente y sancionan si corresponde a los autores (Comisión IDH, Informe 32/04, caso 11.556, de 11/3/04)…la protección judicial se manifiesta en el derecho que tiene toda persona a un "recurso" sencillo y rápido (Comisión IDH, Informe 52/97, caso 11.218 de 18/11/98), con el alcance que ese término ("recurso"), es sinónimo de acceso, vía judicial o proceso (Bidart Campos, Tratado elemental de derecho constitucional, t. III, Bs. Aires, 1986, pp. 517 y 526)". (Cafferata, Proceso penal y DDDH, CELS, 2007, p. 54)".

En el corriente caso, está fuera de debate y es criterio consolidado de la materia, que para la eventual prescripción de cualquier delito que pudiere corresponder en el supuesto de probarse la denuncia, no sería computable el período de facto, por aplicación de un principio general de derecho: *"En lo que tiene que ver con el período de interrupción de los derechos y garantías de los justiciables, es evidente que no puede correr término alguno a los mismos, si es manifiesto que existía una imposibilidad material de su ejercicio".*

"En el caso, el titular de la acción penal es el Ministerio Público, pero, obviamente, no se aprecia como el mismo podría ejercerla libremente".

formal de la falta de mayoría especial para sancionar una amnistía...en la medida en que, naturalmente, el Soberano no fue convocado para pronunciarse sobre la naturaleza jurídica ni sobre las mayorías con las que fue dictada la Ley, debiendo pronunciarse, solamente, por hacer lugar o no al recurso...Por otra parte, el ejercicio directo de la soberanía popular por la vía del referéndum derogatorio de las Leyes sancionadas por el Poder Legislativo, sólo tiene el referido alcance eventualmente abrogatorio, pero el rechazo de la derogación por parte de la ciudadanía no extiende su eficacia al punto de otorgar una cobertura de constitucionalidad a una norma legal viciada "ab origine" por transgredir normas o principios consagrados o reconocidos por la Carta". Dicha postura ha sido también adoptada por el TAP 1, recogiendo opiniones doctrinarias en el mismo sentido: "Los fallos jurisdiccionales no pueden quedar inermes frente al querer mayoritario. Fuera de que en el derecho constitucional comparado se han registrado algunos casos de apelación popular, lo cierto es que la aparente democraticidad que exhibe la solución mentada (en orden a que las sentencias deben ser mayoritarias) se desvanece a poco que se profundice el análisis. Desde épocas tempranas del constitucionalismo liberal se aceptó -sin reservas- la idea de que la Jurisdicción debe resolver las controversias mediante la aplicación independiente, técnica e imparcial del derecho objetivo. Pues resulta extraordinariamente disfuncional condicionar el cumplimiento de los fallos al respaldo mayoritario

del acto jurisdiccional..." (Daniel Ochs, El fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Gelman contra Uruguay, cit. en Sent. N° 84/2013). 5) El pronunciamiento acerca de si los hechos investigados son delitos de lesa humanidad, refiere al mérito del asunto, por lo cual está impedida la proveyente de emitir opinión al respecto en esta etapa, a riesgo de incurrir en prejuzgamiento. La recurrida se limitó a realizar una breve reseña sobre el concepto, caracteres y normativa aplicable; y en definitiva, se fundó en normas del derecho penal común invocado por la Defensa y en principios generales de Derecho.

CONSIDERANDO

I) La Sala, por unanimidad, confirmará la recurrida al no encontrar motivo de sucumbencia en los agravios articulados.

II) Como tiene dicho en Sent. N° 313/2013 (entre otras): *"La sanción al culpable de un delito constituye un derecho humano de la víctima, que amerita una tutela efectiva. La Convención Americana sobre DDHH ratificada por la Ley 15.737, o aún antes, incorporada a la Constitución por vía de su art. 72 (cfm. SCJ, S. 365/09), establece la obligación de cada Estado de proveer a los sometidos a su jurisdicción una debida protección judicial cuando alguno de sus derechos haya sido violado. En el caso de la víctima, se trata de una expectativa que el propio Estado debe satisfacer (Corte IDH, Gómez Palomino vs. Perú, 22/11/2005 y Blanco Romero y*

otros vs. Venezuela, 18/11/2005, y De la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, 31/01/2008). Se dice que el Estado incurre en responsabilidad internacional cuando sus órganos judiciales no investigan seriamente y sancionan si corresponde a los autores (Comisión IDH, Informe 32/04, caso 11.556, de 11/3/04)…la protección judicial se manifiesta en el derecho que tiene toda persona a un "recurso" sencillo y rápido (Comisión IDH, Informe 52/97, caso 11.218 de 18/11/98), con el alcance que ese término ("recurso"), es sinónimo de acceso, vía judicial o proceso (Bidart Campos, Tratado elemental de derecho constitucional, t. III, Bs. Aires, 1986, pp. 517 y 526)". (Cafferata, Proceso penal y DDDH, CELS, 2007, p. 54)".

En el corriente caso, está fuera de debate y es criterio consolidado de la materia, que para la eventual prescripción de cualquier delito que pudiere corresponder en el supuesto de probarse la denuncia, no sería computable el período de facto, por aplicación de un principio general de derecho: *"En lo que tiene que ver con el período de interrupción de los derechos y garantías de los justiciables, es evidente que no puede correr término alguno a los mismos, si es manifiesto que existía una imposibilidad material de su ejercicio".*

"En el caso, el titular de la acción penal es el Ministerio Público, pero, obviamente, no se aprecia como el mismo podría ejercerla libremente".

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

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

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

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

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

Medidas Prontas de Seguridad e inspirado en el marco ideológico de la Doctrina de la Seguridad Nacional" (art. 2°).

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

Conceptualmente, los delitos de lesa humanidad o crímenes contra la humanidad (art. 2 del CP, según redacción dada por el art. 1° de la Ley 18.026), son conductas violentas generalizadas y sistemáticas de una organización estatal o para estatal, en perjuicio de una población civil o sector de la

misma, que vulneran derechos anteriores al Estado, que no éste puede suprimir ni evitar su tutela trasnacional.

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

Se caracterizan por agraviar no sólo a las víctimas y sus comunidades, sino a todos los seres humanos, porque lesionan el núcleo de humanidad. Son "*crímenes internacionales cometidos por grupos políticamente organizados que actúan bajo un color político, consistentes en los más graves y abominables actos de violencia y persecución, y cometidos sobre víctimas en razón de su pertenencia a una población o grupo más que por sus características individuales*"; "*su criminalidad anula la soberanía estatal*", lo que impide acudir a ese "*fetichismo*" invocado desde los juicios de Nüremberg (Luban, Una teoría de los crímenes contra la humanidad, Traducción del original: *A theory of crimes against humanity*, publicado en Yale Journal of Internacional Law (29 Yale J. Int'l L 85) por Ezequiel Malarino y Marisa Vázquez, disponible en internet: *http://postgradofadercs.uncoma.edu.ar*, pp. 25 y 12).

A pesar de que puedan cometerse en tiempo de guerra, "*...en general son el producto del establecimiento de un estado totalitario que se propone el exterminio de sus*

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

En cuanto al requisito de ley previa y escrita, en el caso de los guardianes del muro (*Streletz, Kessler y Krenz vs. Alemania*) los imputados invocaron que dada la realidad de la RDA, sus condenas por tribunales alemanes habían sido por conductas a entonces imposibles de prever. La Corte Europea DDHH rechazó esa argumentación en base a la existencia de principios básicos de derechos humanos claramente reconocidos y reconocibles, que obstaba invocar la aplicación retroactiva de la ley y la violación del principio de legalidad, amén que "*...la amplia separación existente entre la legislación de la RDA y su práctica fue, en gran parte, la obra de los propios peticionarios*". Por la posición que ocupaban en el aparato estatal, no podían haber sido ignorantes de la Constitución y la legislación de la RDA o de sus obligaciones supranacionales y de las críticas internacionalmente

formuladas acerca de su régimen de policía de frontera. En la orden de disparar impartida a los guardias, habían insistido en la necesidad de proteger las fronteras de la RDA "*a cualquier precio*" y "*de arrasar a los violadores de frontera*" o "*aniquilarlos*". Agregó que "*una práctica estatal como la política de policía de frontera de la RDA, que viola flagrantemente los derechos humanos y sobre todo el derecho a la vida, valor supremo en la jerarquía internacional no puede ser descripta como "derecho" en el sentido del art. 7° de la Convención*" Europea de Derechos Humanos, que dice:

No hay pena sin ley

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

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

III) También la Sala tiene relevado (Sents. N°s 84, 101, 313/2013, 2, 10, 275/2014, etc.) que la Ley de Caducidad fue un auténtico obstáculo para la persecución criminal de delitos como los eventualmente convocados en la

presente pieza. La Ley 18.831 de 27/10/2011, en su art. 1°, "... *restablece el pleno ejercicio de la pretensión punitiva del Estado para los delitos cometidos en aplicación del terrorismo de Estado hasta el 1º de marzo de 1985, comprendidos en el artículo 1º de la Ley Nº 15.848, de 22 de diciembre de 1986*".

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

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

Y el 21/3/2012, en cumplimiento del fallo *Gelman* (Corte IDH), el Estado, representado por las máximas jerarquías de sus tres Poderes, al admitir formal, pública y expresamente su responsabilidad, asumió la falta de un recurso efectivo para las víctimas, así como la ausencia de

posibilidades de ejercicio pleno de la acción penal; todo ello, en mérito a la Ley 15.848.

O sea, si la prescripción del delito supone "*el transcurso de un plazo determinado tras la comisión de un delito, sin que éste sea juzgado*" (Mir Puig, Derecho Penal, 2007, p. 750), ella no se configura respecto de ciertos delitos que -sin dejar de serlo- simplemente no pudieron perseguirse porque precisamente, para impedir eso fue que se aprobó una ley donde primó la "*lógica de los hechos*" sobre la Constitución. Así reconoce la señera Sent. de la SCJ N° 365/2009 (Chediak -r-, Van Rompaey, Ruibal, Larrieux, Gutiérrez -d- parcial) cuando dice: "...*Con respecto a que las normas impugnadas transgreden el derecho de las víctimas y de sus familiares de acceder al sistema judicial para que se identifique y castigue a los presuntos culpables de los hechos acaecidos durante la dictadura militar, el agravio es de recibo...las normas atacadas excluyeron del aparato sancionatorio del Estado a sujetos que, para ello, no necesitaron ser juzgados por el Poder de gobierno que tiene a su cargo la función soberana de aplicar las penas...las normas atacadas excluyeron de la órbita del Poder Judicial el juzgamiento de conductas con apariencia delictiva, lo cual transgredió el principio de separación de poderes y afectó muy seriamente las garantías que el ordenamiento constitucional puso en manos de aquél...A modo de síntesis, la ilegitimidad de una Ley de amnistía dictada en beneficio de funcionarios militares y policiales que cometieron delitos de*

esta naturaleza, gozando de impunidad durante regímenes de facto, ha sido declarada por órganos jurisdiccionales, tanto de la comunidad internacional como de los Estados que pasaron por procesos similares al vivido por el Uruguay en la misma época. Tales pronunciamientos, por la similitud con la cuestión analizada y por la relevancia que han tenido, no podrían soslayarse en el examen de constitucionalidad de la Ley No. 15.848 y han sido tenidos en cuenta por la Corporación…"

En suma, es harto notorio que luego de reinstalada la Democracia (1985) la Ley de Caducidad, en efecto, constituyó un impedimento (*inconstitucional, ilegítimo*) para la persecución de los delitos que solo pudieron ser investigados décadas después de la época a que refiere su art. 1°.

Y así viene de zanjarlo la Suprema Corte de Justicia:

"…la Corte, por unanimidad, estima que no operó la prescripción de los delitos que, en base a la imputación provisoria efectuada en esta etapa, se investigan en autos.

"Ello, porque es cuestión zanjada por la jurisprudencia (sentencia 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 15.848).

"En tal sentido, cabe partir de la interpretación de las normas contenidas en los arts. 117 a 125 del Código Penal para determinar si la prescripción prevista en ellos afecta a la norma sustantiva que determina el delito o a la adjetiva, es decir, a la acción para hacer valer en juicio las normas sustantivas.

"Los referidos artículos se encuentran en el Título VIII, Capítulo I del Código Penal, bajo el "nomen iuris": "De la extinción de los delitos", lo que haría pensar, "prima facie", que la prescripción, como instituto extintivo, provocaría la eliminación del delito y no solamente la de la acción.

"Pese a que el legislador utilizó en forma indistinta dos expresiones que no son sinónimas —"extinción" y "prescripción" del delito—, lo cierto es que en todos los casos el Código Penal está regulando materia procesal, esto es, la prescripción de la acción penal, lo que surge, sin hesitaciones, de la simple lectura del art. 120 y se infiere, sin mayor esfuerzo, de los arts. 121 y 122 del mismo cuerpo normativo.

"Por lo tanto, tratándose de prescripción de la acción penal y no de extinción del delito, son de aplicación las normas procesales que regulan los plazos en la materia.

En efecto, el art. 120 del Código Penal establece, bajo el rótulo: "De la interrupción de la prescripción por actos de procedimiento", lo siguiente: "El término de la acción penal

se interrumpe por la orden judicial de arresto, empezando a correr de nuevo, desde que el proceso se paraliza.

"En los delitos en que no procede el arresto, el término se interrumpe por la simple interposición de la denuncia".

"Esta norma debe compatibilizarse con la contenida en el art. 122 del mismo cuerpo legal, que establece: "La prescripción no se suspende salvo en los casos en que la ley hiciera depender la iniciación de la acción penal o la continuación del juicio, de la terminación de otro juicio civil, comercial o administrativo".

"Si bien, "prima facie", parecería que el principio en materia procesal penal sería que la prescripción de la acción penal admite los excepcionales motivos de suspensión regulados a texto expreso en el art. 122 del Código Penal, también es cierto que el C.P.P. —norma adjetiva penal— es posterior en el tiempo y admite su integración con otras normas del ordenamiento jurídico, en especial, aquellas atinentes al proceso civil.

"En este aspecto, el art. 87 del C.P.P. es claro al establecer que: "La iniciación, suspensión, interrupción, término y cómputo del tiempo en que puedan o deban producirse los actos del proceso penal se regularán, en lo pertinente, por las normas del proceso civil", sin perjuicio de que, aun cuando no existiera este artículo, se podría llegar a la misma conclusión en virtud de la norma de integración contenida en el art. 6 del C.P.P.

"En su mérito, el art. 122 del Código Penal debe ser complementado con el art. 87 del C.P.P. y, por esta vía, recurrir a las normas contenidas en los arts. 92 a 99 del C.G.P. para determinar las causales de suspensión de los plazos procesales.

"Por ende, el principio de suspensión de los plazos contenido en el art. 98 del C.G.P. es plenamente aplicable al proceso penal y, en especial, al plazo de prescripción de la acción penal.

"Ahora bien, en virtud de tales argumentos, corresponde analizar si el dictado y la posterior vigencia de la ley 15.848 configura una causal de suspensión del cómputo del plazo de prescripción de la acción penal.

"Siguiendo a Vescovi y a sus colaboradores en el Código General del Proceso, Anotado, comentado y concordado, Tomo 2, págs. 376 y 377, corresponde señalar que: "Nuestra legislación admite (...) el principio general de suspensión de los plazos en caso de impedimento por justa causa, desde que éste comienza y hasta que cesa.

"La admisión se realiza con carácter sumamente restrictivo, ya que no cualquier razón o circunstancia constituye causa o fundamento „justo" de impedimento, en la terminología legal, sino sólo aquellas hipótesis que configuren fuerza mayor o caso fortuito (...). "Por fuerza mayor" ha de entenderse aquella que inhibe u obstaculiza totalmente la voluntad de la parte de realizar el acto, de carácter imprevisto e irresistible. La

doctrina por lo general sostiene que caso fortuito y fuerza mayor constituyen expresiones equivalentes, y que pese a la falta de definición legal, ambas refieren a hechos cuya nota principal es la irresistibilidad (ya que niega autonomía a la imprevisibilidad frente a aquella). Esa nota de irresistibilidad coloca al sujeto en una situación de imposibilidad absoluta de realizar el acto, es decir, no se trata de una mera dificultad, sino de un obstáculo insuperable para la voluntad humana. Esa imposibilidad, en materia procesal, puede ser objetiva (en iguales circunstancias ningún sujeto hubiera podido resistir la fuerza contraria; refiere fundamentalmente al objeto del acto) o subjetiva (ese sujeto en especial vio obstaculizada de modo insuperable su voluntad)".

"En virtud de tales fundamentos, cabe sostener que la vigencia de la ley de caducidad de la pretensión punitiva del Estado significó un claro obstáculo insuperable (irresistible) para el ejercicio de la acción penal por parte de su titular, el Ministerio Público.

"No puede compartirse con el recurrente que existieron medios idóneos para investigar la comisión de los delitos perpetrados durante la dictadura cívico militar, ya que el ámbito preciso para la investigación, resolución, imputación y reproche a los responsables de hechos de naturaleza delictiva es, únicamente, la justicia penal que funciona en la órbita del Poder Judicial. A tales efectos, no resulta útil la serie de institutos a los que, según el impugnante, se podría haber

acudido durante la vigencia de la ley 15.848 (organismos internacionales, recursos administrativos ante el Poder Ejecutivo por la inclusión de la causa en la mencionada ley, etc.). Lo único cierto es que, durante la vigencia de la ley de caducidad, el Ministerio Público se vio impedido de ejercer su poder-deber de acción, situación jurídico procesal que debemos diferenciar bien de aquella en la que se encuentran los restantes sujetos procesales que detentan el derecho o la potestad de accionar en otras materias.

"Los delitos objeto de investigación e imputación provisoria en autos son reatos que no requieren la instancia del ofendido, razón por la cual el Ministerio Público se encontraba, ante el conocimiento de éstos, en situación de poder-deber de llevar adelante la correspondiente acción penal, mandato legal que no pudo cumplir mientras existió el obstáculo que significaba para el cumplimiento de sus funciones la vigencia de la ley 15.848 para el caso concreto.

"No debe olvidarse que, como bien señalaron ambos órganos de mérito (fs. 1145 y 1234), el hecho investigado en este procedimiento presumarial, esto es, la muerte de A. P. ocurrida en el Batallón de Infantería Nº 4 del Departamento de Colonia en los primeros días de marzo de 1974, fue excluido del ámbito de la aplicación de la ley 15.848 por sentencia Nº 1525 del 29 de octubre de 2010 de la Suprema Corte de Justicia, siendo irrelevante que la investigación correspondiente se hubiera desarrollado materialmente en

estas actuaciones, iniciadas por la denuncia del hijo de la víctima, formulada el 11 de noviembre de 2010.

"Parece claro, pues, que si la ley 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 A. P.?

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

"Esta circunstancia está marcando una clara diferencia con el caso R. U., recientemente fallado por la Corte en sentencia Nº 127/2015, en el cual, a diferencia del presente, la ley 15.848 no significó, a juicio del redactor, 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.

"Coincidimos, 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 N° 1525 del 29 de octubre de 2010 de la Suprema Corte de Justicia, por la que, como vimos, se declaró inconstitucional, para el presente caso, la ley 15.848.

"Si bien el criterio de principio que debería sustentarse en cada caso es el precedentemente indicado, no podemos 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 16 los supuestos contemplados en la ley 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 212/2013 de la Corte por la que se declaró, para este caso concreto, la inconstitucionalidad de los arts. 2 y 3 de la ley 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..." (SCJ, *caso Perrini*,

Sent. N° 935/2015 de 29/7/2015, Hounie -r-, Larrieux, Pérez Manrique).

En igual sentido: "*...ante la inexistencia de un Estado de Derecho pleno, donde un poder -el Ejecutivo- somete al otro –el judicial- los justiciables no encuentran, en este último, la garantía de ser recibidas y consideradas sus denuncias.*

"*Esta situación hace a la existencia de un impedimento absoluto, insoslayable, que provoca a su vez la interrupción de cualquier proceso de prescripción.*

"*Esto es, cuando se ha negado conocer la verdad de aquellos hechos denunciados, el poder judicial no actuó, y esa omisión lo fue por la acción del ejecutivo, basada en una ley inconstitucional y violatoria de los tratados suscriptos por la República*" (Fagúndez, Sobre la prescripción de los delitos cometidos bajo la impunidad que otorga el terrorismo de Estado, RDP, Nº 21, p. 145).

Lo mismo había señalado reiteradamente el sistema interamericano de derechos humanos, como recordara la Corte IDH en *Gelman*: "*...el Comité de Derechos Humanos también se pronunció al respecto en el procedimiento de peticiones individuales y en sus informes sobre países. En el Caso Hugo Rodríguez vs. Uruguay señaló que no puede aceptar la postura de un Estado de no estar obligado a investigar violaciones a derechos humanos cometidas durante un régimen anterior en virtud de una ley de amnistía y reafirmó*

que las amnistías para violaciones graves a los derechos humanos son incompatibles con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, indicando que las mismas contribuyen a crear una atmósfera de impunidad que puede socavar el orden democrático y dar lugar a otras graves violaciones de los derechos humanos".

"...El Comité también se refirió a la Ley de Caducidad en ocasión de sus observaciones finales realizadas en los años 1993 y 1998. En esas observaciones el Comité señaló que la Ley de Caducidad violaba los artículos 2-3 (derecho a un recurso efectivo a todas las víctimas de violaciones a los derechos humanos), el artículo 7 (tratamiento cruel de las familias de las víctimas) y el artículo 16 (reconocimiento de la personalidad jurídica) del Pacto. También recomendó al Estado uruguayo tomar las medidas legislativas necesarias para corregir los efectos de la ley de Caducidad y asegurar que las víctimas de dichas violaciones tengan acceso a un recurso útil y efectivo ante las instancias jurisdiccionales nacionales" (apartados 206 y 207; de la Sala, Sents.101/2013 y 313/2013).

Por ende, cuestionar que la Ley de Caducidad obstaculizó -en mayor o menor medida, según sucesivas etapas de su aplicación o interpretación por el PE- la averiguación y el enjuiciamiento de presuntos responsables, importa desconocer un antecedente necesario, extensible a manera de cosa juzgada nacional (*Sabalsagaray*) e internacional (*Gelman*).

En consecuencia, la Ley N° 15.848 no pudo tener virtualidad o idoneidad para declarar la caducidad de la acción penal, ni para prescribir delitos como los aquí denunciados.

Sólo obstó el pleno ejercicio de la persecución penal de los cometidos previo y durante la dictadura, mientras era declarada constitucional por la SCJ, en postura que modificó el 19/10/2009 (Sent. *Sabalsagaray*), cuyo cambio se ratificó el 29/10/2009 (Sent. *Organización de los Derechos Humanos*).

En esos fallos, la Corporación descartó las excusas de orden interno: *"...no puede ahora invocarse la teoría clásica de la soberanía para defender la potestad estatal de limitar la protección jurídica de los derechos humanos...ya no se puede partir de una potestad soberana ilimitada para el Estado en su rol de constituyente...la regulación actual de los derechos humanos no se basa en la posición soberana de los Estados, sino en la persona en tanto titular, por su condición de tal, de los derechos especiales que no pueden ser desconocidos con base en el ejercicio del poder constituyente, ni originario ni derivado...Como señala Nogueira, en la medida en que los derechos humanos son inherentes a la dignidad humana, ellos limitan la soberanía o potestad estatal, no pudiendo invocarse esta última para justificar su vulneración o para impedir su protección internacional, no pudiendo invocarse el principio de no intervención cuando se ponen en*

ejercicio las instituciones, los mecanismos y las garantías establecidas por la comunidad internacional para asegurar la protección y garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de toda persona y de todas las personas que forman parte de la humanidad…"

IV) En otro orden, este Colegiado entiende aquí pertinente y habilitado revalidar lo que dijo al desestimar pedidos de clausura análogos al de la especie, luego que la SCJ rechazara -por razones formales- la inconstitucionalidad -solo- de los arts. 2 y 3 de la Ley N° 18.881: "*A idéntica solución confirmatoria se arriba por: a) acatamiento de la sentencia de la Corte IDH en Gelman c/Uruguay (apartado 194: "La Justicia, para ser tal, debe ser oportuna y lograr el efecto útil que se desea o se espera con su accionar y, particularmente tratándose de un caso de graves violaciones de derechos humanos, debe primar un principio de efectividad en la investigación de los hechos y determinación y en su caso sanción de los responsables") como la Corte Suprema de Justicia Argentina en el caso Bulacio: "Miguel Espósito es un funcionario policial argentino imputado de haber dado muerte, en 1988, por apremios en una dependencia policial, al joven Walter Bulacio".*

"Todas las instancias judiciales argentinas (incluida la Corte Suprema federal) concluyeron en que la causa estaba legalmente prescrita (por cuanto no encontraron que la tortura y el homicidio padecido por Bulacio fuesen parte de una

práctica sistemática y por ende subsumible en el estatuto de los delitos de lesa humanidad, por ello imprescriptibles) y así lo declararon".

"La Corte Interamericana de Derechos Humanos, empero, encontró internacionalmente responsable a la República Argentina y la condenó a instruir la investigación, juzgar y, eventualmente, sancionar a los responsables".

"Llegado el caso nuevamente a la Corte Suprema argentina, ésta consignó que, paradójicamente, el fallo supranacional entrañaba agravio a varios derechos fundamentales del reo, en directa contravención al propio Pacto de San José de Costa Rica. Pero, no obstante, entendió que la obligación de acatarlo se debía imponer definitivamente y ordenó entonces la continuación del proceso. Dijo textualmente la Corte Suprema de Justicia de la Nación: <Que, en cambio, el fallo de la Corte Interamericana soluciona la colisión entre los derechos del imputado a una defensa amplia y a la decisión del proceso en un plazo razonable -íntimamente vinculado con la prescripción de la acción penal como uno de los instrumentos idóneos para hacer valer ese derecho...se plantea la paradoja de que sólo es posible cumplir con los deberes impuestos al Estado argentino por la jurisdicción internacional en materia de derechos humanos restringiendo fuertemente los derechos de defensa y a un pronunciamiento en un plazo razonable, garantizados al imputado por la

Convención Americana. Dado que tales restricciones, empero, fueron dispuestas por el propio tribunal internacional a cargo de asegurar el efectivo cumplimiento de los derechos reconocidos por dicha Convención, a pesar de las reservas señaladas, es deber de esta Corte, como parte del Estado argentino, darle cumplimiento en el marco de su potestad jurisdiccional...> (Petracchi y Zaffaroni)" (Ochs, El fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Gelman contra Uruguay, Estudios Jurídicos...UCUDUAL, N° 9/2011, p. 104).

"b) O mediante ejercicio por la Sala del control de convencionalidad impuesto por la Corte IDH a todos los jueces uruguayos (Gelman, apartado Nº 193): "Cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un "control de convencionalidad" entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana)".

"Dicho control de convencionalidad es admitido -bien que paulatinamente- desde hace tiempo- en Argentina, Chile, Perú, Colombia, etc. Así por ejemplo: "En seguimiento de lo dictaminado por la Corte Interamericana, la Corte Suprema de Argentina ha sido enfática y consistente en establecer el deber del Estado de prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos. Es relevante la actuación de la Corte Suprema cuando el 24 de agosto de 2004 resolvió el recurso de hecho deducido por el Estado argentino y el gobierno de Chile en la causa seguida en el caso de Arancibia Clavel, a quien en primera instancia se responsabilizó entre otros crímenes, por el asesinato en Buenos Aires del general Carlos Prats y su esposa, para que luego la Cámara de Casación cuestionara el tipo penal aplicado para la condena y determinara que la acción penal había prescripto. La Corte Suprema, con base en los actos criminales atribuidos a Arancibia Clavel y probados en el proceso (homicidios, torturas y tormentos y desaparición forzada de personas), determinó que <en función de los principios que emanan de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos> no eran aplicables las normas ordinarias de prescripción. El máximo tribunal argentino reafirmó los principios fundamentales del deber de garantía establecidos por la Corte Interamericana citando in extenso la sentencia del caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. La Corte Suprema expresa muy claramente el enfoque de que la

imprescriptibilidad emerge ante todo de que los crímenes contra la humanidad son <generalmente practicados por las mismas agencias de poder punitivo operando fuera del control del derecho penal, es decir, huyendo al control y a la contención jurídica> Y que teniendo en cuenta que las desapariciones forzadas de personas las cometieron en Argentina <fuerzas de seguridad o fuerzas armadas operando en función judicial> no puede <sostenerse razonablemente que sea menester garantizar la extinción de la acción penal por el paso de tiempo en crímenes de esta naturaleza> Basándose explícitamente en decisiones de la Corte Interamericana, concluyó la Corte Suprema en este caso: "...la aplicación de las disposiciones de derecho interno sobre prescripción constituye una violación del deber del Estado de perseguir y sancionar, y consecuentemente, compromete su responsabilidad internacional" (Diego García Sayán, Justicia interamericana y tribunales nacionales, Anuario de Derecho. Constitucional Latinoamericano, Konrad Adenauer, 2008, pp. 387/388)" (de la Sala, Sent. N° 313 de 24/9/2013).

Como se tuvo presente luego (Sent. N° 4/2014), "*En Almonacid Arellano y otros vs. Chile, la Corte IHD declaró: "... por constituir un crimen de lesa humanidad, el delito cometido en contra del señor Almonacid Arellano, además de ser inamnistiable, es imprescriptible. Como se señaló en los párrafos 105 y 106 de esta Sentencia, los crímenes de lesa humanidad van más allá de lo tolerable por la comunidad*

internacional y ofenden a la humanidad toda. El daño que tales crímenes ocasionan permanece vigente para la sociedad nacional y para la comunidad internacional, las que exigen la investigación y el castigo de los responsables. En este sentido, la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad claramente afirmó que tales ilícitos internacionales "son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido...Aún cuando Chile no ha ratificado dicha Convención, esta Corte considera que la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad surge como categoría de norma de Derecho Internacional General (ius cogens), que no nace con tal Convención sino que está reconocida en ella. Consecuentemente, Chile no puede dejar de cumplir esta norma imperativa". Y señaló posteriormente en el párrafo 106: *"Al ser el individuo y la humanidad las víctimas de todo crimen de lesa humanidad, la Asamblea General de las Naciones desde 1946 ha sostenido que los responsables de tales actos deben ser sancionados. Resaltan al respecto las Resoluciones 2583 (XXIV) de 1969 y 3074 (XXVIII) de 1973. En la primera, la Asamblea General sostuvo que la "investigación rigurosa" de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, así como la sanción de sus responsables, "son un elemento importante para prevenir esos crímenes y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales, y para fomentar la confianza, estimular la cooperación entre pueblos y*

contribuir a la paz y la seguridad internacionales". En la segunda Resolución, la Asamblea general afirmó: Los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existan pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas. […] Los Estados no adoptarán medidas legislativas ni tomarán medidas de otra índole que puedan menoscabar las obligaciones internacionales que hayan contraído con respecto a la identificación, la detención, la extradición y el castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad".

"En ese mismo sentido se pronunció con anterioridad la Corte Europea DDHH (caso Kolk y Kislyiy v. Estonia): <la Corte observa que la validez universal de los principios sobre los crímenes de lesa humanidad fueron confirmados subsiguientemente por, inter alia, la Resolución No. 95 de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (11 de diciembre de 1946) y luego por la Comisión de Derecho Internacional. Por consiguiente, la responsabilidad por crímenes de lesa humanidad no puede ser limitada únicamente a nacionales de algunos países y únicamente a actos cometidos en el marco temporal de la Segunda Guerra Mundial …La Corte observa que aun cuando los actos cometidos por

[los señores Kolk y Kislyiy] pudieron haber sido considerados lícitos bajo las leyes soviéticas en ese momento, las cortes de Estonia los consideraron bajo el derecho internacional como crímenes de lesa humanidad, en el momento de su comisión. La Corte no ve razón para llegar a una conclusión diferente... Por lo tanto, la Corte considera que las alegaciones de los recurrentes no tienen bases suficientes para señalar que sus actos no constituían crímenes de lesa humanidad en el momento de su consumación ... ninguna prescripción limitante es aplicable a los crímenes de lesa humanidad, independientemente de la fecha de su comisión...La Corte no encuentra razón alguna para poner en duda la interpretación y aplicación de la ley doméstica que las cortes de Estonia efectuaron a la luz del derecho internacional pertinente. En conclusión se tiene que (las) alegaciones (de los peticionarios) son manifiestamente infundadas y deben ser rechazadas>".

La Convención de Crímenes de Guerra y lesa humanidad (1968), "*...se limita a codificar como tratado lo que antes era ius cogens en función del derecho internacional público consuetudinario, siendo materia pacífica que en esta rama jurídica, la costumbre internacional es una de sus fuentes. En consecuencia, la prescripción establecida en la ley interna no extinguía la acción penal con anterioridad a esa ley y, por tanto, su ejercicio en función de la misma no importa una aplicación retroactiva de la ley penal...cualquiera sea la opinión que se tenga sobre el funcionamiento concreto del principio*

universal, sobre la autoridad moral de los estados que lo invocan, sobre la coherencia o incoherencia de su invocación, lo cierto es que la comunidad internacional lo está aplicando por delitos cometidos en nuestro territorio, en razón de que la República no ha ejercido la jurisdicción, o sea, no ha ejercido su soberanía" (voto de Zaffaroni, en *Arancibia Clavel).*

Y como se ha dicho: "*El hecho de que la Convención de Naciones Unidas que estatuyó o reconoció el principio de imprescriptibilidad haya sido aprobada por Uruguay recién en el 2001 (Ley 17.347), no significa que no fuera autoejecutable a la época de los hechos denunciados...al estatuir reglas y principios en materia de Derechos Humanos adquirió jerarquía constitucional al igual que el art. 10...Por otra parte, si bien el Principio de Legalidad es reconocido en el art. 11.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos así como por el art. 9° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos...el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (al igual que el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales en su art. 7°) reconoce, en materia de delitos del derecho de gentes, una verdadera excepción al principio de irretroactividad de la ley penal desde que en su art. 15.2 estatuye: <...Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios*

generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional ...".

"Dicha excepción también es pasible de ser reconocida en el giro utilizado en el art. 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos cuando prevé <...de acuerdo con el derecho aplicable..."

"Por lo tanto se ha de colegir que la plasmación de una excepción de tal naturaleza desde el ámbito internacional y en el marco de acuerdos sobre derechos humanos, no puede tener otro objeto que el de habilitar la persecución de actos reconocidos como delictivos conforme a los principios generales de derecho internacional aun cuando dichos entuertos no estuviesen tipificados al momento de su comisión por el derecho nacional. De igual forma que en el caso puntual que nos ocupa, la viabilidad de habilitar normas referentes a prescripción que alcancen situaciones no abarcables desde el ámbito interno".

"El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos... es de fecha 19 de Diciembre de 1966 y fue aprobado por el Uruguay por Ley 13.751 del 10 de julio de 1969, en tanto la Convención de Naciones Unidas sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y contra la humanidad fue aprobada por Resolución de la Asamblea General 2391 (XXIII) de fecha 26 de Noviembre de 1968.

"De ello se desprende: a.- que, al momento de aprobarse la Convención sobre imprescriptibilidad de crímenes iuris

Gentium, la excepción al principio de legalidad en caso de violaciones flagrantes a los derechos humanos ya se encontraba reconocida en el ámbito internacional. Luego, la misma solo avanza sobre un punto del Principio resquebrajado, al afirmar la persecución de los delitos "cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido".

*"b.- Asimismo, a partir del PIDCP, dicha excepción forma parte de nuestro ordenamiento jurídico y con jerarquía constitucional, desde 1969. Por lo que al momento de los hechos acaecidos en el período dictatorial (**y en su período previo**), tanto el derecho internacional como el interno, reconocían la fractura del caro principio de Legalidad en materia de crímenes contra la humanidad.*

"c.- A mayor abundamiento, no pueden soslayarse los principios básicos provenientes también del ámbito internacional recogidos en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de la Organización de las Naciones Unidas de fecha 23 de mayo de 1969, aprobada por Dec. Ley 15.195 (en plena dictadura cívico-militar) el día 13 de octubre de 1981. Así, en el art. 26 del mismo se establece el principio pacta sunt servanda "Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ello de buena fe".-

"Por su parte, el art. 27 reza: "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado".

"Finalmente, el art. 28 según el cual: <Las disposiciones

de un tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, ***salvo que una intención diferente se desprende del tratado o conste de otro modo>****...en las hipótesis de delitos contra la humanidad ...la imprescriptibilidad es la regla"* (Perciballe, LJU 148, pp. D-24/27, citado por la Sala en Sent. N° 10/2014).

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

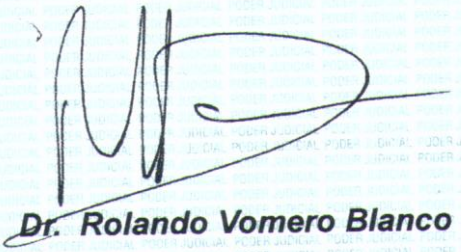
Por los fundamentos expuestos y lo previsto en las normas citadas, **EL TRIBUNAL**,

RESUELVE:

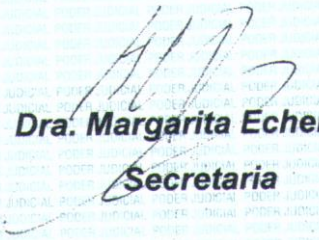
CONFÍRMASE LA RECURRIDA. NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE.

Dr. Sergio Torres Collazo ***Dr. Alberto Reyes Oehninger***

Ministro **Ministro**



Dr. Rolando Vomero Blanco
Ministro



Dra. Margarita Echenique
Secretaria