

Número	Sede	Importancia	Tipo
808/2020	Tribunal Apelaciones Penal 2º Tº	MEDIA	INTERLOCUTORIA

Fecha	Ficha	Procedimiento
02/12/2020	523-193/2018	PROCESO PENAL ORDINARIO

#### Materias

DERECHO PROCESAL PENAL

#### Firmantes

Nombre	Cargo
Dr. Jose Alberto BALCALDI TESAURO	Ministro Trib.Apela.
Dr. Daniel Hipolito TAPIE SANTARELLI	Ministro Trib.Apela.
Dr. Ricardo Horacio MIGUEZ ISBARBO	Ministro Trib.Apela.

#### Redactores

Nombre	Cargo
Dr. Daniel Hipolito TAPIE SANTARELLI	Ministro Trib.Apela.

#### Abstract

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

#### Descriptor

#### Resumen

CRIMEN DE LESA HUMANIDAD: TRIBUNAL REVOCA Y ORDENA SEGUIR ADELANTE EL PROCESO.-

#### Texto de la Sentencia

Sentencia N° 808

Montevideo, 2 de diciembre de 2020.

Ministro Redactor

Dr. Daniel Tapie Santarelli

VISTA:

Para sentencia interlocutoria de segunda instancia esta causa "PRESUMARIO. AA. Su situación". IUE 523-193/2018, venida a conocimiento del Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 2º Turno en virtud de los recursos de reposición y apelación, interpuestos por el Sr. Fiscal Letrado Nacional especializado en Crímenes de Lesa Humanidad, Dr. Ricardo Perciballe, contra la resolución N° 1068/2020 de fecha 31 de julio de 2020, dictada por el Sr. Juez Letrado de Primera Instancia de Maldonado de 10º Turno, Dr. Ruben Etcheverry Maneiro.

RESULTANDO:

1) Por resolución N° 1068/2020 de fecha 31 de julio de 2020, el Sr. Juez Letrado de Primera Instancia de Maldonado de 10º turno acogió la excepción de prescripción presentada por la Defensa del indagado, y declaró que los delitos investigados en estas actuaciones se encuentran prescriptos en relación al indagado, clausuró y archivó las actuaciones a su respecto (fs.232/244).

2) Contra dicha sentencia el Fiscal Letrado Nacional especializado en Crímenes de Lesa Humanidad interpuso recursos de reposición y apelación expresando en lo sustancial:

Se agravia: 1- El hecho que se mencione la teoría de la justa causa, pero se le dé una interpretación limitada y contraria a la posición de los máximos órganos de alzada. 2- El desconocimiento de toda la normativa internacional por la cual fue reconocida la existencia de los crímenes de Lesa Humanidad y fundamentalmente las obligaciones estatales al formar parte del concierto internacional de naciones. 3- Que se afirme que con la imprescriptibilidad se vulnera el principio de Legalidad en su vertiente de irretroactividad de la ley penal más perjudicial. 4- El desconocimiento de lo resuelto por la sentencia Gelman vs Uruguay y con ello las normas en que ésta se fundamenta. 5. Por último al pasar por alto el principio -elemental de hermenéutica en materia de protección de los derechos humanos- pro homine o pro persona.

Al impedido por Justa Causa no le corre el plazo.

En una peregrina interpretación del principio elencado en el art. 98 del CGP, la impugnada admite parcialmente la doctrina que se elabora desde los tribunales para computar el lapso de prescripción. Habida cuenta que solo considera el periodo de la dictadura cívico militar como obstáculo para actuación de la Justicia.

La Corte sostuvo en la sentencia N° 127/2015 "A juicio de los Dres. Ruibal Pino, Larrieux y Pérez Manrique, debe entenderse que el plazo de prescripción para delitos como los investigados en autos debe situarse a partir de que la Ley N° 15.848 perdió su vigencia, ya que esa Ley constituyó un impedimento para el libre ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público".

En tanto, en ocasión de la sentencia N° 935/2015 sostuvo "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; posición que fue mantenida en las sentencias N° 1061/2015, 259/2016, 1585/2016 y 1846/2016. Adunase a ello, que la propia sentencia de la SCJ N° 1847 dictada en autos, se remite a las anteriores (fs 1448 y 1449).

Crímenes de Lesa Humanidad. La hostilizada descarta la postura del Ministerio Público en cuanto admitir que nos encontramos frente a crímenes de Lesa Humanidad y por ende imprescriptibles, al entender que éstos no existían al momento de acaecimiento de los hechos. La Fiscalía discrepa radicalmente con la posición del Juez y obviamente es un craso error sostener que los crímenes de Lesa Humanidad fueron creados por la Ley N° 18.026. Y ello, por la sencilla razón que al momento que acaecieron los hechos que nos convocan (años 1974 a 1976) existía un cúmulo importante de normas ora de carácter nacional, ora de naturaleza internacional que también se deben considerar. En el sub examine se investigan las torturas y las privaciones ilegítimas de la libertad a la que fueron sometidos un cúmulo significativo de jóvenes. Tormentos que fueron perpetrados por agentes del Estado y en una unidad militar- por el solo hecho de resistir a la dictadura cívico militar imperante en dicho momento. Resulta un hecho inconcuso por la doctrina y jurisprudencia internacional que los crímenes de Lesa Humanidad surgen con el Estatuto del Tribunal Militar de Nuremberg de 1945 (art 6). Se debe tener presente que el Uruguay fue uno de los 19 países que ratificó el Estatuto de Nuremberg, habida cuenta que por decreto del día 12 de noviembre del año 1945 el gobierno uruguayo adhirió a la creación del Tribunal Militar Internacional destinado al enjuiciamiento y castigo de los principales criminales de guerra del Eje europeo. Y luego Uruguay en forma inmediata adhirió a la creación de las Naciones Unidas.

Luego de transcribir diferentes normas internacionales aprobadas por nuestro país, así como del cúmulo de resoluciones y declaraciones de Naciones Unidas referenciadas, se puede inferir sin hesitación, que la caracterización de crímenes de Lesa Humanidad ya se encontraba vigente al momento en que acaecieron los hechos que nos convocan.

Principio de Legalidad. Irretroactividad de la Ley. La impugnada- desde una perspectiva si se quiere chovinista de la cuestión jurídica en debate- analiza el problema únicamente a partir de las normas nacionales. De esa forma desconoce el universo de normas internacionales que interactúan en la materia y fundamentalmente la filosofía que inspira a las mismas. Luego de lo expresado en este punto, entiende que resulta evidente que al momento de los hechos que nos convocan, el principio general de derecho internacional de la imprescriptibilidad de los crímenes de Lesa Humanidad ya existía como tal, por lo que mal puede sostenerse que exista una conculcación al principio de irretroactividad de la ley penal.

Sentencia Gelman vs Uruguay. La atacada cuestiona lo atinente al control de convencionalidad y en forma concordante con ello, la obligatoriedad de aplicar los alcances de la sentencia Gelman vs Uruguay. De esa forma, no solo desconoce el alcance y contenido de la sentencia, sino las normas internacionales que obligan al Estado uruguayo a actuar en consecuencia.

In Dubio pro reo y Principio pro Homine. La recurrida cierra su línea argumental mediante la contraposición entre el Principio de Legalidad y los crímenes de lesa humanidad y opta por aquel en desmedro de éstos. Para ello se recluye en el principio in dubio pro reo.

Solicita, en definitiva, que se revoque por contrario imperio la resolución atacada. Si pese a los argumentos vertidos supra, se mantiene la posición, eleve los presentes al Tribunal de Apelaciones que por turno corresponda.

3) Conferido traslado de los recursos a la Defensa del imputado, el mismo lo evacuó manifestando en lo esencial.

Que sostener, como pretende la Fiscalía, que la Ley de caducidad fue un impedimento es pretender que no se compute plazo de prescripción en el período comprendido entre el 22/12/86 y la promulgación de la ley 18.831; por lo que la Defensa se permite disentir respetuosa pero categóricamente con dicha afirmación.

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. Y por adecuarse a esta situación, cita la Sentencia N° 360/14 de este Tribunal, transcribiendo varios puntos de la misma. Según esta sentencia, tampoco puede sostenerse que la ley de caducidad haya constituido un impedimento para actuar, si no se actuó fue porque no se quiso, no porque no se pudo como se pretende establecer.

Calificación de los Hechos como delitos de Lesa Humanidad.

La postura del Ministerio Público es que se trata de delitos de lesa humanidad, lo cual esta Defensa ha manifestado incansablemente que no asiste razón al Sr. Fiscal.

Como bien lo manifiesta el decisor, "la categoría delitos de lesa humanidad y su imprescriptibilidad fue introducida recién en nuestro derecho positivo entre 2001 y 2006, período en que se ratificó la Convención sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Crímenes de lesa humanidad (1968) a través de la ley 17.347 de fecha 13/06/2001 y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y por la ley 18026 del 25/09/2006 es que se incorporan a nuestra legislación penal los crímenes de lesa humanidad... por lo tanto corresponde establecer que la categoría de lesa humanidad y la imprescriptibilidad correspondiente, solamente puede regir para el futuro...". A lo que agregamos, no se debe dejar de mencionar el artículo 9 del Pacto de San José de Costa Rica que reza que: "Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable..." así como el numeral 2 del art. 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: "Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el Derecho nacional o internacional...".

El Estatuto de Roma establece claramente y a texto expreso en su artículo 24.1 que: "Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor".

Nos preguntamos entonces: ¿es que se aplica la normativa internacional solamente para habilitar investigaciones judiciales improcedentes y así arribar a condenas contrarias a derecho? ¿qué sucede con los derechos y garantías del indagado? ¿y qué sucede con el debido proceso? Es obligación del juez respetarlo y de los abogados defenderlo, lo que honradamente se hizo en autos.

Ningún delito calificado como de lesa humanidad puede surgir de hechos que tuvieron lugar cuando éstos no estaban aún consagrados ni en el Derecho interno, ni aún 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, salvo mayor benignidad.

La Fiscalía pretende ubicar el derecho internacional por encima del derecho interno, lo cual no es compartido en absoluto por la Defensa, quienes están por encima son nuestras normas constitucionales y no admitirlo nos llevaría a desconocer la soberanía del Estado Uruguayo. Luego cita la sentencia N°360/2014 de este Tribunal y la sentencia N° 20/13 de la Suprema Corte de Justicia, que se refieren a los delitos de lesa humanidad.

Principios de Legalidad, de Irretroactividad de la ley penal y de certeza jurídica (artículos 7,10 y 72 de la Constitución de la República; 9 del Pacto de San José de Costa Rica, 11 de la Declaración de Derechos Humanos) y ley 18.831.

Según el Sr. Fiscal la sentencia desconoce el universo de normas internacionales que hace referencia al tema. En esta causa la ley 18831, arts. 2 y 3 fueron declarados inconstitucionales y por ende inaplicables, para Barrios. Es innegable su inconstitucionalidad y pretender aplicarla a pesar de ese fallo de la Suprema Corte de Justicia sobre su inconstitucionalidad, es una muestra más de la actuación de la Fiscalía en pretender aplicar un derecho penal del enemigo, al único fin de castigar a como de lugar.

Si una conducta no era delictiva en un tiempo determinado, no puede serlo a posteriori, en tanto la ley no lo había establecido. El principio de irretroactividad legal, que se traduce en la máxima NULLUM CRIMEN, NULLA POENA, SINE LEGGE PRAEVIA, ingresa en nuestro ordenamiento jurídico a través de los artículos 7, 10 y 72 de la Constitución de la República. Asimismo, ambos principios fundamentales se vinculan íntimamente con el de Seguridad, Certeza jurídica, también ingresado a nuestro ordenamiento a través del artículo 72 de la Carta Magna.

Lo dicho resulta de aplicación incuestionable en la situación de autos, en tanto la vulneración retroactiva de las normas que determinan la prescripción de un delito, implica dar nacimiento a un tipo penal que, ocurrido con anterioridad, había dejado de existir por el transcurso del tiempo reconocido y determinado por la ley, como bien lo establece el Sr. Juez en la resolución, que el Sr. Fiscal impugna.

Derecho Internacional y Sentencia Gelman vs Uruguay.

Sostiene el Sr. Fiscal que se ha creado un verdadero corpus iuris internacional para que las graves violaciones a los derechos humanos sean perseguidas, en cualquier tiempo y lugar.

Corresponde analizar si es posible sostener el ingreso a nuestro Ordenamiento Jurídico de tal categoría de injustos, a través de la denominación genérica "hechos que fueran delictivos según los principios reconocidos por la comunidad internacional". En ese sentido, la aplicación del principio de legalidad, del que deriva el de Reserva de la ley, ya descartaría la posibilidad pretendida por el Ministerio Público. La vaguedad "principios reconocidos por la Comunidad Internacional" justifica el descarte que se postula, en atención a la ausencia de una ley penal con su contenido natural, descripción de una conducta típica a la que corresponde una sanción.

Respecto a la incidencia de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 24 de febrero de 2011, dictada en el caso Gelman vs Uruguay. Como primera reflexión habrá de repetirse el concepto jurídico ineludible, la jurisprudencia solo es aplicable al caso concreto y a ningún otro. La sentencia en cuestión obliga al Estado uruguayo a remover el obstáculo que pudo significar la ley 15848, cuestión resuelta por la resolución 323/2011. Definitivamente no es la ley 15.848 la que impide que esta causa prospere.

Resulta así, entonces, que la sentencia de la que, en general, se pretende hacer caudal, ya fue cumplida por el Estado Uruguayo, y ninguna incidencia puede tener en la presente causa. Tampoco su jurisprudencia (la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos) es fuente de derecho, sino que rige para el caso concreto, por lo cual mal puede extenderse las conclusiones de un fallo específico a otros asuntos "ipso jure" como se argumenta.

Teniendo particularmente en cuenta que como lo expresara la Corte en sentencia N° 365/2009 "...las convenciones internacionales de derechos humanos se integran a la Carta por la vía del art 72, por tratarse de derechos inherentes a la dignidad humana que la comunidad internacional reconoce en tales pactos..." corresponde señalar que nuestro ordenamiento constitucional y legal no instituyen un deber de las autoridades judiciales de la República Oriental del Uruguay de considerar como precedentes vinculantes los fallos de los órganos interamericanos".

Sobre que paso por alto el Principio Pro Homine.

Sobre este punto, asiste razón al Sentenciante y no la Fiscalía. El principio pro homine es un relevante criterio interpretativo que establece que toda autoridad perteneciente al poder judicial, legislativo o ejecutivo, debe aplicar la norma o la interpretación más favorable a la persona.

A modo de resumen de lo expuesto, esta Defensa aboga por el mantenimiento de la recurrida y el correlativo rechazo de la impugnación instaurada por el Ministerio Público, porque por imperio del transcurso del tiempo ha operado irremediamente la prescripción de cualquier hecho delictivo que pudiera surgir de la denuncia que da lugar a las presentes actuaciones. El desconocimiento de tales circunstancias carece de fundamento legal, porque la aplicación de fallos internacionales contrarios al Orden Jurídico Interno, y de reglas de derecho internacional de rango consuetudinario sin correlato en el derecho interno, o de normas consagradas con posterioridad a los hechos que se juzgan, implica una vulneración de Principios Fundamentales de Derecho, cuyo respeto garantiza el Estado de Derecho.

Solicita se mantenga la recurrida y al Tribunal de Apelaciones que por turno corresponda, pide se desestime la impugnación incoada por el Ministerio Público, manteniendo la recurrida en todos sus términos, por así corresponder a Derecho.

4) Por Resolución N° 1241/2020 de fecha 27 de agosto de 2020, el Sr. Juez de primer grado mantuvo la impugnada elevando los autos a este Colegiado.

5) Recibida la causa en el Tribunal se citó para resolución.

#### C O N S I D E R A N D O:

I) El Tribunal revocará la sentencia impugnada por los siguientes fundamentos:

II) La Suprema Corte de Justicia declaró inaplicables a este asunto los artículos 2 y 3 de la ley N° 18.831, pero entendió que era constitucional el artículo 1° de dicha ley que reza: "...Se restablece el pleno ejercicio de la pretensión punitiva del Estado para los delitos cometidos en aplicación del terrorismo de Estado hasta el 1° de marzo de 1985, comprendidos en el artículo 1° de la ley N° 15.484 de 22 de diciembre de 1986...".

La instrucción en curso debe proseguir por la sencilla razón del estricto acatamiento a la ley vigente, puesto que al establecerse la aplicación del artículo mencionado al presente y, visto que el mismo no ha sido derogado, resulta imposible otro entendimiento que no sea que la acción penal para los eventuales delitos que pudieran haberse cometido y, que en su momento se entendió que la acción había caducado, quedó sin efecto.

Por ende, si la acción penal está vigente la investigación correspondiente va de suyo, lo que no implica abrir opinión específica sobre si un eventual delito que pudiera determinarse de ella prescribió o no.

Tanto las partes como la Sede de primera instancia hacen referencia a delitos de lesa humanidad o de otra naturaleza, pero resulta que en este asunto obra una ausencia manifiesta de elementos específicos para dirimir la cuestión, en tanto y cuanto no existe hasta el momento en la causa ninguna imputación preliminar del Ministerio Público, por lo que mal puede establecerse de qué delito se podría eventualmente responsabilizar al indagado, es más, no se sabe si algo se le imputará.

Por ello, solo es posible sostener que se encuentra vigente el artículo 1° de la N° 18.831 y, es aplicable a este asunto, por lo cual no es viable, en el estado de situación actual, proceder a la clausura de las actuaciones.

A mayor abundamiento se dirá, que el solo transcurso del tiempo no lleva ínsita la prescripción de un delito, cualquiera sea el mismo, porque como es notorio existen causas que la interrumpen según establecen los artículos 120 y 121 del

Código Penal, como asimismo otras de suspensión de acuerdo al art. 122 de dicho cuerpo normativo, que evidentemente son personalísimas de cada individuo y, nada de ello se puede valorar en una situación como la presente, donde únicamente corre una indagatoria.

A vía de ejemplo no se sabe si el indagado cometió algún delito en nuestro país o en el que está radicado (Paraguay), lo que también deberá ser analizado.

III) A su vez como lo expone en su voto el Sr. Ministro, Dr. Ricardo Miguez Isbarbo: "Revoco y no hago lugar a la excepción de prescripción atendiendo a que en autos nos encontramos frente a un Presumario, en el que ni siquiera se le ha tomado declaración al sospechado (AA) y por ende todavía no se tiene conocimiento mínimo sobre si existe o no delito y además de ello en caso de existir se deberá primero expedir la Sede de primera instancia y recién allí se podrá ponderar (teniendo en cuenta si se procesa, el delito o los delitos sobre los cuales se alega la prescripción) la existencia o no de la prescripción.

Reiteramos que ingresar en esta instancia por parte de la Sala a estudiar si corresponde o no declarar la prescripción sobre un delito que no se ha planteado y aún más en que no se sabe si habrá o no prueba para decretar eventualmente una responsabilidad penal, sobre lo que pueda esta Sala exponer sus consideraciones en cuanto al transcurso del tiempo y sus efectos, es simplemente exigirle al Colegiado que teorice sobre un eventual hecho futuro, pues cuya única manera de poder expedirse es suponiendo un eventual delito que aun no se sabe si la Fiscalía especializada, habrá de solicitar responsabilidad penal o no".

Por los fundamentos expuestos y de conformidad con lo establecido en el artículo 1º de la ley N° 18.831 el Tribunal,

R E S U E L V E:

Revocase la sentencia interlocutoria recurrida y en su lugar se dispone la continuación de la instrucción en curso. Oportunamente, devuélvase al juzgado de origen.

Dr. Ricardo H. Miguez Isbarbo

Ministro

Dr. José Balcaldi Tesauro

Ministro

Dr. Daniel Tapie Santarelli

Ministro