

Sentencia Nº 360

Ministro Redactor.Dr. José Balcaldi Tesauro.

Montevideo, 26 de noviembre 2014.

V I S T A:

Para sentencia interlocutoria éstos autos caratulados “AA por BB. Denuncia.” IUE-96-100098/1985.

R E S U L T A N D O:

1) Por sentencia interlocutoria Nº 2.688 de fecha 23 de diciembre de 2013 el Sr. Juez Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 4º Turno, de conformidad con el dictamen de la titular de la acción penal resolvió continuar los procedimientos de autos.-

2) Contra dicha sentencia se alzaron las Defensas de los encausados interponiendo los recursos de reposición y apelación en subsidio, fundamentando su accionar en los siguientes argumentos:

Se agravia en tanto no se hizo lugar a la clausura de las actuaciones en virtud de la incuestionable prescripción de cualquier delito que pudiera surgir de los hechos indagados, a pesar de haber declarado la Suprema Corte de Justicia la inconstitucionalidad e inaplicables los arts. 2 y 3 de la Ley 18.831.-

La Defensa no tuvo oportunidad de expresarse respecto a lo manifestado por el Ministerio Público, violando el principio de igualdad de las partes.

La recurrida recoge los argumentos vertidos por la Fiscalía, quien sostiene que de los hechos investigados podrían surgir acreditados la comisión de injustos

que califica como de lesa humanidad (Ley 13.751), no estando la causa comprendida en el art. 1 de la ley 15848 por lo que la ley 18.831 no le sería aplicable. Advierte que la citada ley que aprueba Pactos y Protocolo Facultativo, en ningún momento hace referencia a dichos delitos de lesa humanidad ni de ninguna otra categoría.

Deducir el ingreso al Orden Jurídico Interno de una categoría de delitos que ni siquiera se mencionan, sólo puede considerarse un exceso, e implicaría violación del Principio de Legalidad.

La vaguedad de la expresión utilizada “Hechos que fueran delictivos según los principios reconocidos por la Comunidad Internacional” justifica su descarte en tanto no existe ley penal con su contenido natural y, asimismo, en nuestro ordenamiento jurídico sólo la ley es fuente de derecho por lo cual los mencionados principios no se encuentran contemplados de manera alguna.

Hay una total improcedencia de aplicar directamente derecho internacional y la prueba práctica de ello es la ley 18.026 cuya finalidad es lograr la consagración de los tipos penales ya consagrados en el Estatuto de Roma, ratificado por nuestro país.

En el caso de autos debe ser descartada la aplicación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Org. Internacionales (aprobada por ley 16.713 de fecha 13 de marzo de 1991) en virtud de la aplicación del Principio de Irretroactividad de la Ley, y conforme lo dispuesto en el propio documento en su art. 28.

Si tal como lo sostiene el Ministerio Público en el caso de autos no resultan tratados hechos comprendidos en la ley 15.848, entonces la resolución N° 323/11 del PE no los alcanza, razón por la cual el desarchivo efectuado en virtud de la mencionada resolución fue erróneo y contrario a Derecho y la causa deberá ser archivada.

Respecto a la incidencia de la Sentencia del caso DD Vs. Uruguay, debe tenerse presente que la jurisprudencia sólo es aplicable al caso concreto y además que la misma ya ha sido cumplida por el Estado Uruguayo mediante la resolución referida.

Respecto del imputado CC, el mismo fue procesado y condenado con anterioridad, pero en ese momento ya había operado la prescripción de los hechos investigados en la presente causa, por lo que ese juicio no consigue conmovir la prescripción operada.

La continuación de la investigación promovida por el Ministerio Público carece de fundamento legal aplicable al caso, por lo que solicita se revoque por contrario imperio la resolución impugnada y en su lugar se disponga la clausura y archivo del expediente.

3) Evacuado el traslado conferido la representante del Ministerio Público, manifestó en lo medular:

El fundamento de su pretensión es una norma nacional, una ley de cuyo tenor resulta con meridiana claridad el concepto de “crímenes de lesa humanidad” (ley 13.753).

Lo que se está haciendo es aplicar directamente la ley nacional, que consagra la vigencia de los principios de la comunidad nacional, se está cumpliendo con un marco jurídico vigente que los hace suyos.

Los hechos de autos se estiman relevantes por la entidad de los derechos en juego y se procura su “indagatoria” a fin de precisar la existencia o no de responsabilidades.

Respecto al alcance y aplicación de la ley N° 17.347 sostiene la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad.

Respecto a la sentencia de La Corte Interamericana de DDHH en el caso DD vs Uruguay, entiende que su tenor es claro en el numeral 254 y que el Estado uruguayo se ha comprometido a su cumplimiento con las condenas particulares y generales siendo éstas últimas precisamente aplicables en autos.

Respecto a la referencia al encausado CC, el art. 121 del CP establece que interrumpe la prescripción “cualquier transgresión penal” y para ello es necesario que opere resolución judicial.

Por lo expuesto solicita se rechace el recurso de reposición interpuesto y que se franquee la apelación ante el Tribunal que por turno corresponda solicitando el mantenimiento del auto N° 2688/2013 en todos sus términos.

4) Sustanciados los medios impugnativos el Señor Juez “a quo”, por resolución N° 1.963 de fecha 26 de junio de 2014 mantuvo la recurrida desestimando la prescripción del delito requerida en la acción y franqueó el recurso de apelación subsidiariamente interpuesto ante el Tribunal de Alzada.-

Fundó su decisión en los siguientes términos:

Entiende que al analizar el instituto de la prescripción se debe circunscribir y observar qué tipo de delitos se investigan y dentro de qué marco se realiza dicha investigación.

En autos se investiga frente a la denuncia presentada por Sara Barrocos de Arigón, la detención y desaparición de su esposo BB, ocurrida el día 14 de junio de 1977 por integrantes de las denominadas “Fuerzas conjuntas” siendo el último día que vio al mismo.

Ante infructuosas averiguaciones durante el referido período, recobrada la democracia la denunciante obtuvo información por otra persona que también fue detenido que su esposo habría estado privado de su libertad en el Establecimiento “La Tablada2 donde presumiblemente habría fallecido.

Las presentes actuaciones fueron desarchivadas con fecha 11 de octubre de 2011.

En autos se investigan delitos cometidos desde el aparato del Estado en la denominada "lucha antisubversiva" donde en forma sistemática y organizada vulneraban derechos elementales como la vida, integridad física, la libertad.

Puede calificarse que los delitos investigados se enmarcan en delitos cometidos en aplicación del terrorismo de Estado y que se catalogan como delitos de lesa humanidad, conforme los tratados internacionales que nuestro país es parte y ratificó.

Las normas internacionales de DDHH una vez que forman parte del orden jurídico vigente tienen jerarquía constitucional conforme lo previsto en los arts. 72 y 332 de la Constitución de la República.

Manifiesta que el precepto de aplicar la normativa internacional en el castigo de crímenes contra la humanidad resulta de aplicación del art. 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados desde el año 1969, donde se consagra la nulidad de todo tratado que en el momento de su celebración esté en oposición con una norma de derecho internacional general.

Cita y adhiere a los conceptos vertidos en Sentencia N° 198 de fecha 22 de mayo de 2014 del Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 4º Turno en cuanto al cómputo del término de prescripción de la siguiente forma:

La falta de garantías individuales que se configuró durante el período de interrupción de la democracia, amerita legalmente no corresponda tomar en consideración a dicho período de quiebra institucional a efectos del cómputo del término de prescripción para los delitos cometidos por policías o militares durante la dictadura.

La actividad de investigación que podían desarrollar los Magistrados Judiciales en casos como el de autos, carecía por completo de eficacia para averiguar la verdad material al no existir colaboración alguna del PE, por lo que resulta aplicable al lapso de tiempo referido, el principio de legalidad contenido en el art. 98 del CGP en cuanto "...Al impedido por justa causa no le corre plazo desde el momento en que se configura el impedimento y hasta su cese..." concepto trasladable al régimen procesal en materia penal de acuerdo a los arts. 4 y 5 del CPP que regulan integración y complementación de las normas penales.

Con la recuperación de la democracia el 1 de marzo de 1985 se restablecieron las garantías individuales proyectándose en el derecho ilimitado de ocurrir ante los órganos jurisdiccionales para denunciar hechos con apariencia delictiva que hubieran ocurrido durante el período de gobierno de facto, situación que se mantuvo hasta la entrada en vigencia de la ley 15.848 donde se consideró que había caducado el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado, respecto de los delitos cometidos durante el lapso de interrupción democrática por parte de funcionarios policiales y militares.

A efectos de sustanciar presumarios vinculados a tales delitos, el Juez obligatoriamente debería solicitar al PE que informara si los mismos estaban o no incluidos en la citada declaración de caducidad y en caso de informarse afirmativamente, disponer la clausura y archivo del mismo.

De dicha manera la Justicia carecía de autonomía funcional para desarrollar su específica labor institucional, al quedar la misma condicionada a un previo "informe" del PE.

Analizando conceptos doctrinarios, diferencia el instituto de la caducidad y de la prescripción, el primero de ellos es un derecho que nace limitado a que se ejerza en un tiempo prefijado, su extinción es automática, mientras que el segundo el derecho se extingue por el paso del tiempo, en virtud del no uso, del no ejercicio, de la negligencia por inactividad de su titular.

La caducidad es la extinción de una situación jurídica activa irrenunciable y relevante de oficio y se da en todos los casos en que la ley es expresa, siendo de orden público, mientras que la prescripción es de orden y disponibilidad privada.

El CP exclusivamente reguló la prescripción, habiendo el legislador incurrido en confusión respecto a las características que le atribuyó, por ejemplo en el art. 124 CP.

La caducidad ingresó al ámbito penal mediante la ley 15.848, la cual operó de pleno derecho por mandato legal y tal situación jurídica respecto de un instituto excepcional, no se modifica por la declaración de inconstitucionalidad que la

SCJ ha efectuado en diversos pronunciamientos respecto de los arts. 1, 2 y 3 de la ley 15.848 teniéndose presente que tal declaración únicamente es aplicable al caso concreto y sólo retrotrae sus efectos hasta la fecha de promoción de la demanda o interposición de la excepción pertinente.

La referida declaración no implica que la caducidad haya sido modificada ni dejada sin efecto, ni que fuera declarada nula jurídicamente.

La ley 15.848 no ha sido derogada y por tanto integra el ordenamiento jurídico nacional y en caso de serlo los efectos jurídicos no tendrían carácter retroactivo.

No es jurídicamente admisible pretender computar el término de prescripción de manera conjunta, simultánea o superpuesta con la caducidad operada legalmente.

Ambos son institutos excepcionales, en cuanto extinguen derechos y no pueden hacerse valer en forma conjunta y por ende no admiten ser aplicados respecto del ejercicio del mismo derecho, en un plano temporal idéntico.

El término de prescripción no puede jurídicamente ser computado durante el lapso que operó la caducidad, a partir de la Ley 15.848, sin perjuicio de ser computable el período anterior a la promulgación de la misma.

Por tanto, entiende... que el primer período computable para el término de prescripción (aplicable a los delitos ocurridos durante el gobierno de facto) es el comprendido entre el restablecimiento de la democracia, el 1 de marzo de 1985 y la entrada en vigencia de la ley 15.848 el 22 de diciembre de 1986. El mismo recién se reiniciará a partir de las fechas en las que se verificaron alguna de las tres diferentes hipótesis legales a saber:

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

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

c) A partir de la fecha de entrada en vigencia del art. 1° de la ley 18.831 se restableció a contar de su promulgación la pretensión punitiva, lo que se verificó el 27 de octubre de 2011.

El art. 1° de la ley 18.831 restableció el pleno ejercicio de la pretensión punitiva del Estado para los delitos comprendidos en el art. 1 de la ley 15.848.

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

Sus efectos se proyectan hacia el futuro (ex-nunc) al carecer de efecto retroactivo (ex-tunc) y su aplicación al caso que pudiera corresponder se efectúa con absoluta prescindencia de los arts. 2 y 3 del mismo texto legal.

El término en el que muta la caducidad se retoma el cómputo de la prescripción, se comienza a contar a partir del 30 de junio de 2011 en el que el PE dictó la Resolución N° 322.

Concluye en que en el caso no se ha configurado la prescripción desestimando la pretensión de la Defensa.

5) Se recibió la causa en este Tribunal, fue estudiada por los integrantes del mismo, se citó para sentencia y se acordó en la forma ordenada por la ley el siguiente fallo.

CONSIDERANDO:

La Sala confirmará, parcialmente, la sentencia interlocutoria recurrida por los siguientes fundamentos.-

I) SOBRE LOS DELITOS DE LESA HUMANIDAD.

A) Precisión previa.

La Sala ha dicho en esta materia que: "...La instrucción debe proseguir por una sencilla razón, el estricto acatamiento a la ley vigente N° 18.831, que no ha sido derogada por más que para determinados asuntos en particular hayan sido declarados inconstitucionales algunos de sus artículos.-

Ahora bien, precisamente los artículos 2 y 3 de ley 18.831 no son aplicables a los impugnantes por haber sido declarados inconstitucionales por la Suprema Corte de Justicia para el caso concreto, razón por la cual, el debate recae sobre los criterios generalmente propuestos antes de su promulgación.

A ello se abocará el Colegiado en el literal siguiente.-

B) Posición de la Sala sobre los delitos de Lesa Humanidad.

En función de lo expuesto en la precisión preliminar la Sala reiterará su posición en cuanto a que no es posible sostener que los hechos ventilados en este expediente puedan ser atrapados por los delitos de lesa humanidad o crímenes, y ello, por la sencilla razón de que las normas jurídicas nacionales que les dan soporte, como asimismo los tratados internacionales vinculados no estaban vigentes en la República Oriental del Uruguay al momento de comisión de los mismos (cfm. Sentencias Nros. 352/2008, 1/2010 y 204/2010 entre otras).

B.1) Ius cogens o principio de legalidad.-

¿Qué sostuvo la Sala en ellas a partir del año 2006?

En lo esencial lo siguiente:

“...Por imperio del artículo 15, inciso 1º del Código Penal (De la ley penal en orden al tiempo) “...las leyes penales que configuran nuevos delitos, o establecen una pena más severa, no se aplican a los hechos cometidos con anterioridad a su vigencia...”.

Entonces... los delitos creados por la Ley 18.026, de fecha 25 de setiembre de 2006, norma que fue publicada el 4 de octubre de 2006, no existían al momento de ejecutarse los hechos a juzgar razón por la cual no puede ser aplicada retroactivamente...”.

Ahora bien, frente a dicha premisa jurídica que nadie cuestionase plantea la aplicación a estos asuntos el Derecho de Gentes o Ius Cogens.-

Dijo el Colegiado en relación a este criterio o apreciación jurídica.-

“...Lo grave lo pone de relieve la Defensa... “...Con el nullum crimen sine iura ingresa el ius cogens, en abierta violación de la Constitución de la República, desde que no es sólo la ley, sino también los principios del derecho internacional los que establecen delitos.

“...En especial, el Tribunal se permite destacar que, tal como está legislado en la legislación patria... el Capítulo 2, bajo el nomen iuris “Crímenes de lesa humanidad - Actos aislados” revela una solución diversa a la del Estatuto de Roma, puesto que en éste, se castiga dichas conductas, en tanto y en cuanto constituyan crimen de lesa humanidad, y en tal sentido, “...se entenderá por "crimen de lesa humanidad" cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una

población civil y con conocimiento de dicho ataque...” (Artículo 7º, ordinal 1º)... y no como acto aislado como se legisló en Uruguay...”.

“...El Estatuto de Roma, como la Convención Interamericana sobre desaparición forzada, así como la ley patria Nº 18.026, son muy posteriores a los hechos que se ventilan (aprobada ésta en Uruguay por ley del año 1995) y 2006, respectivamente.

Entonces, pues, para castigar conductas como la de autos, como delito de lesa humanidad es preciso dar ingreso o basarse de manera exclusiva en el ius cogens. No hay otra alternativa jurídica...”.

Así las cosas, resulta un argumento en abierta oposición a cardinales principios (artículo 9 Código Civil). El ius cogens alude a “...normas que fijan o prohíben determinadas conductas sin posibilidades de exclusión de las partes, por contraposición a ius dispositivum –normas que pueden ser modificadas por las partes o que se aplican en ausencia de su voluntad- aparece y se plasma con perfiles propios mucho antes en el Derecho interno de los Estados, que en el internacional.

Aun así, en el campo del Derecho Internacional, lo más novedoso es no sólo su cristalización reciente, sino su surgimiento con caracteres propios y distintos a los del derecho interno.

Es por esto que los juristas enfrentados al estudio del tema, pueden llegar a sostener, que en el campo del Derecho Internacional “...el ius cogens se vuelve un hechizo mágico, un espíritu flotando por encima de la tierra firme del Derecho internacional... un fantasma sin sangre ni huesos, este fantasma se conoce, un pretendido “derecho”, sin contenido que le dé sentido, sin reglas de procedimiento que le dé vida, sin relación con el Derecho positivo, susceptible de ser invocado no importa a qué fines, sin la menor exigencia de rigor científico, es el viejo Derecho natural bajo un nuevo disfraz...” y concluyó la cita: “...Del esquemático análisis practicado de la doctrina y jurisprudencia de los últimos tiempos –reflejo de la opinión general- emerge el reconocimiento de la existencia y configuración de normas de ius cogens, en el terreno del Derecho internacional, pero aún en una etapa de dudas y vaguedades. Dicho estado de opinión en definitiva revela la posición de los Estados -evidenciada en los textos de la Convención de Viena de 1969- no decididos todavía al lanzamiento final que perfile aquellas normas con caracteres jurídicos precisos...”.-

Ahora bien, sobre este punto señaló en su voto el Sr. Ministro Dr. William Corujo Guardia: "...Decía don Luis Jiménez de Asúa, un republicano de sobresalientes aristas jurídicas, que había que ser sumamente cauteloso con la aplicación de ius cogens -una forma del derecho natural no siempre escrito y menos aun garantista- ya que "la lista de crímenes contra la paz", "crímenes de guerra" y "crímenes contra la Humanidad" que son los que han sido sometidos al Tribunal Internacional -que no era otra cosa, en buena parte al decir de los vencedores militares contra vencidos en Kai Ambos. (Impunidad y DP Internacional 2º Edición. Konrad-Adenauer-Stifung), no es otra cosa que un enunciado, sin descripción de tipos, que se hace después de cometidos los hechos..." y sería tan inaceptable como aplicar las normas que nacen del "sano sentimiento del pueblo" como pretendía Rui Funes y destacaba que los crímenes de guerra se enunciaban en la "Carta" y que ello quedaba admitido por la analogía dándose a éstos y a las penas un efecto retroactivo, comenzándose a violentar el principio de legalidad donde la costumbre tiene efecto evidente. Pero lo que no se dice es que se trataba del Tribunal militar de Nuremberg integrado por los miembros de las potencias vencedoras contra las vencidas por lo que mal podía ser tomado como ejemplo jurídico en el sentido de juicio penal tal como lo entendemos..."

Además abundó que "...es competencia originaria y exclusiva de la Suprema Corte de Justicia entender entre otros extremos establecidos en el art. 239 inciso 1 de la Constitución "sobre delitos contra el Derecho de Gentes...", disposición que se remonta al art. 96 de la Constitución de 1830 (y se reiteró en las sucesivas de 1918, 1934, 1942 y 1952), que equivale al "ius gentium romano" y es cuestión distinta pero no exclusiva, donde el Derecho Penal Internacional no es más que un segmento del Derecho Internacional Público; el recordado jurista Arlas apuntaba que, al quedar vaciado de contenido, tras derogarse el Título "Delitos contra la Seguridad del Estado" (arts. 139 a 145) requería de una ley interpretativa ya que "...no es posible atribuir a la Corte en base a una consideración doctrinaria lo que es "delito contra el derecho de gentes", de lo contrario todos los delitos relacionados con el Derecho Internacional Público, sin excepción alguna, son de competencia de la Suprema Corte de Justicia en forma exclusiva, lo que por sí ya generaría en ésta y en otras causas donde se invoque, puesto que no se distingue en qué delitos sobre Derecho Internacional Público tiene jurisdicción originaria y exclusiva (Derecho Procesal Penal. pág. 142-143 T. I; Dr. Correa Freitas. Derecho Constitucional Contemporáneo T. II pag. 223-224).-

La consagración expresa del ius cogens aparece en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, la que dispone en su artículo 53 que "es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de Derecho Internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional

general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.

Y agrega, en su artículo 64 que, “Si surge una nueva norma imperativa de Derecho Internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará”.

En virtud de esta disposición, la doctrina ha conceptualizado que el *ius cogens* alude, se refiere o comprende, aquellos dogmas o principios estructurales del orden internacional, reflejo de valores fundamentales, generalmente aceptados por la comunidad internacional que, en virtud de su carácter dominante, obligan a todos los Estados, con independencia de su voluntad.

Es decir, se trata de principios que: a) pertenecen al derecho internacional general; b) son aceptadas y reconocidas por la Comunidad Internacional en su conjunto, como normas que no admiten acuerdo en contrario, es decir, se trata de normas inderogables, siendo sólo modificables por normas de análogo carácter.

Si se tiene en cuenta que el principio del respeto de la dignidad de la persona humana se identifica con el propio fin del ordenamiento jurídico, tanto nacional como internacional, se concluye que el núcleo jurídico sustentador de los derechos fundamentales está constituido o configurado por: a) los que enumera la Constitución, sin taxatividad (artículos 7, 72 y 332) y, b) los que asegura el derecho internacional a través de los principios de *ius cogens*; y, para ello, es preciso acudir al derecho convencional internacional de derechos humanos, al derecho internacional humanitario y al derecho internacional consuetudinario.

Es, sobre estas bases, más que sintéticamente expuestas, lo que permite considerar que existía, a la época de los hechos criminosos de autos, un sistema de protección de derechos, obligatorio para el Estado uruguayo, independientemente de su consentimiento expreso, porque, según esta postura, se trata de reglas imperativas de derecho internacional.

La conclusión es: La prohibición de cometer estos delitos es una norma de ius cogens y la penalización de dichos crímenes es obligatoria, conforme al derecho internacional general.

El problema específico no está entonces en la clara vigencia del castigo a los crímenes, sino en la adecuación típica de los hechos concretos a las normas penales vigentes y al resto del ordenamiento jurídico imperante en los Estados.

Ahora bien "... guste o no guste, la solución basada en un Derecho Internacional, en un derecho sancionador fundado sobre tales supuestos, implica que, para castigar tan crueles hechos con delitos no existentes al momento de su comisión, es preciso renunciar, abdicar, de los principios fundamentales que constituyen los cimientos del Derecho interno del Estado liberal..., "...No puede haber la menor duda y no la hay, más allá de sesudas exposiciones de empujados internacionalistas que, el ingreso del ius cogens constituye la muerte del principio de legalidad, y, esta muerte, viene acompañada con la partida de defunción del Derecho Penal liberal...".

"...Las bases del Estado de Derecho, tal y como nos las enseñaron, deben someterse a una paulatina e incesante demolición de sus principios constitucionales liberales aplicables a la materia penal, de forma de viabilizar esta nueva manera de punición.-

El principio de legalidad penal, comprende una doble garantía: por un lado, una garantía referente a la necesidad de una predeterminación normativa suficiente de las conductas y sus penas, a través de una tipificación precisa, dotada de la adecuada concreción en la descripción que incorpora (lex certa); y por otro lado, una garantía de orden formal, consistente en la necesidad de una norma, como presupuesto de la actuación punitiva del Estado, que ostente rango de Ley...".

"...La jerarquía constitucional del principio de legalidad formal significa que, la única fuente de producción de la ley penal en el sistema patrio, son los órganos constitucionalmente habilitados, y la única ley penal, es la ley formal de ellos emanada, conforme al procedimiento establecido por la propia Constitución. Esta solución no admite que la doctrina, la jurisprudencia o la costumbre nacional o internacional, puedan habilitar el poder punitivo del Estado. El principio de legalidad es, pues, granítico: nullum crimen, nulla poena sine previa lege poenale: esta es la base del Derecho Penal garantizador y garantista.

Como citaba Jiménez de Asúa: "...la fina penetración de Carlos Cossio ha puesto de relieve la base filosófica de las restricciones que suponen el universal apotegma *mullum crimen, mulla poena sine lege*. Si tal identidad entre delito y sanción no existe, debe limitarse la pena cuanto más sea posible..." porque el Derecho Penal Liberal, por oposición al derecho penal autoritario de los regímenes antidemocráticos, quedó plasmado para siempre con el liberalismo en el código penal francés de 1791 a raíz de la Revolución francesa y con él "...los principios revolucionarios de libertad, igualdad y fraternidad...".

El de libertad con el apotegma citado, el de igualdad con la figura del delito (el tipo penal), es decir la definición objetiva de cada una de las especies delictivas y, el de fraternidad, con la dulcificación y benignidad de las penas. (JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. La ley y el delito. Pags. 78 y 112).-

No admite la aplicación retroactiva de ninguna norma penal, salvo el principio de benignidad y, además, expresamente consagrado, como se ha visto, en el Código Penal..."

En el principio de legalidad se suelen advertir tradicionalmente una dimensión técnica y una dimensión política. En el primer aspecto, dicho principio proporcionaría la esencial garantía de la seguridad jurídica: que los ciudadanos sepan -en la medida de lo posible, dados los mecanismos a través de los cuales se adquiere tal conocimiento- qué conductas pueden realizar y cuáles no, con qué penas pueden ser sancionadas sus infracciones de las normas, en qué marco procesal y con qué condiciones de ejecución". (Cf. "Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo", Ed. José María Bosch. Barcelona, 1992, pág. 252).

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

Jescheck, por su parte, expresa que uno de los principios rectores del Estado de Derecho es el de que las normas que regulan un supuesto de hecho, no

pueden luego modificarse en perjuicio de la situación jurídica del ciudadano pues, además, el delincuente, sólo puede motivarse por el mandato normativo cuando éste está configurado como ley en el momento de la comisión del hecho. Por eso entiende que lo decisivo para la irretroactividad es la idea de la seguridad jurídica (Tratado de Derecho P determinado género de prueba...)-

Las leyes que modifican la extensión de los plazos de prescripción de los reatos no presentan por el hecho de ser dictadas irregularidad alguna, porque el cuerpo normativo vigente, incluida la Constitución de la República no prohíbe su promulgación, lo que se establece en la ley es su inaplicabilidad a hechos anteriores a su vigencia, que es cosa muy diversa.-

Ahora, si se dicta la norma y se incluyen efectos retroactivos en perjuicio del reo y de sus derechos adquiridos se vulnera el principio constitucional de seguridad jurídica y el de garantía de la protección de los derechos que consagra la Carta Magna.-

Sobre este punto se expidió en su voto el Sr. Ministro Dr. William Corujo Guardia: "...si no se crean los tipos penales con anterioridad a su aplicación (precepto y sanción) se quiebra el principio de legalidad, matriz de un Estado liberal y la forma de gobierno democrático republicano, y se reniega -vaya paradoja- del principio de culpabilidad y del principio de cognoscibilidad ya que el reproche de culpabilidad se construye sobre la decisión de realizar el injusto además de abolir el principio de prohibición de la analogía, del favor libertatis y por ende, sintéticamente, el Estado de Derecho (vide. Eliseu Frígols i Brines "El Principio de irretroactividad y la sucesión de leyes penales. Una perspectiva desde el derecho comparado. Ed EJC 2002).

Entonces, el denominado "bloque de constitucionalidad" tiene su punto de apoyo en que el derecho no puede negarse a si mismo y lo integran en pie de igualdad las garantías para todos los ciudadanos (salvo que se adhiera al concepto de Jakobs en el sentido que se deben cumplir ciertos requisitos mínimos para ser ciudadanos y quienes no los cumplen serán tratados no como tales sino como enemigos, teoría promocional-funcionalística que demuele la base de los principios democráticos; una suerte regresiva a la jurisprudencia norteamericana anterior a las enmiendas XIII y XIV donde la Declaración de la Independencia pese a que establecía que "todos los hombres eran creados iguales" (los afroamericanos, descendientes de esclavos no eran ciudadanos), entre ellas, la garantía al debido proceso, a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho, al principio de legalidad del que deriva la prescripción extintiva del delito, la no retroactividad de la ley más perjudicial y también la declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, entre

otros instrumentos ratificados por nuestro país, que establecen con toda claridad que nadie puede ser condenado por actos u omisiones que en el momento no eran delictivas.

Pretender aplicar tipos penales que no existían al momento de su comisión es aplicar directamente el derecho penal del enemigo donde sus garantías no importan, garantías que fueron producto de siglos de lucha contra las tendencias autoritarias por lo que, entonces, no puede hablarse de un debido proceso, destruyendo los derechos inherentes a la personalidad humana que se dice defender...“.

En suma: no es posible recurrir al derecho de gentes para aplicar tipos penales inexistentes al momento en que ocurrieron los hechos, y ello porque de así proceder se violenta el principio de legalidad y con él la Constitución de la República.-

B.2) Corte Interamericana de Derechos Humanos y su jurisprudencia.-

Dijo la Suprema Corte de Justicia:“...el Estado, como miembro de la comunidad internacional, reconoce la jurisdicción de los Tribunales Internacionales y, entre ellos, la Corte Internacional de Justicia y la Corte Penal Internacional y, asimismo, aunque no provengan de un tribunal, las decisiones del Comité de Derechos Humanos, en lo que refiere al sistema universal de protección de los Derechos Humanos.

Que igualmente, el Estado reconoce las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el sistema americano.

Que asimismo, reconoce los principios imperativos de derecho internacional, *pacta sunt servanda* y *bona fide*, y los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre derecho de los Tratados y 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Tratados y principios que obligan a dar fiel cumplimiento a las disposiciones emanadas de los tribunales internacionales en materia de derechos humanos.

Ello impone, pues, además de la plena observancia de las normas y principios relativos a Derechos Fundamentales de la Constitución, el pleno respeto de la normativa que, precisamente y para empezar, se invoca por fundamento de la referida sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (i.a., Carta de la OEA, Convención Americana sobre Derechos Humanos), en pie de igualdad con la necesaria aplicación de las normas protectoras de Derechos Humanos del sistema universal del cual el Uruguay es igualmente parte (lo que, por lo demás, se establece en el art. 29 de la Convención).

Por lo que, entonces, concluye, obviamente, nunca cabría soslayar principios constitucionales de garantía de Derechos Humanos o Fundamentales, del propio Estado que acepta la jurisdicción de la Corte Interamericana, como tampoco los que imponen los referidos sistemas americano y universal de protección de esos derechos.

“...Nada puede justificar que el Estado -Estado parte de dichos sistemas internacionales- deba o pueda llevar a cabo acciones que sean contrarias a los Derechos Humanos reconocidos a los individuos, tanto por su legislación interna tanto como por la normativa con fuente en esos sistemas internacionales.

No existe razón que justifique ignorar la normativa tutelar de derechos fundamentales, consagrada tanto en el derecho interno como en el derecho internacional de los Derechos Humanos.

Y esto... es especialmente insoslayable para los órganos jurisdiccionales nacionales que deben garantizar la plena vigencia de los llamados Derechos Humanos o Derechos Fundamentales (art. 23 de la Constitución).

Ello porque entre tales conclusiones, en su párrafo 254, ese fallo expresa: “...En consecuencia, el Estado debe disponer que ninguna norma análoga, como prescripción, irretroactividad de la Ley penal, cosa juzgada, non bis in idem o cualquier excluyente similar de responsabilidad sea aplicada...”.

La lectura de ese párrafo de la sentencia de la CIDH impone, necesariamente, repasar las normas del derecho internacional de los Derechos Humanos, comenzando por la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la que ese fallo se apoyaría.

Porque en efecto, la Convención consagra como garantía de tales Derechos, primero, la irretroactividad de la Ley penal (art. 9: “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito...”).

Segundo, establece que el inculpado absuelto por una sentencia firme (i.e., cosa juzgada) no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos (non bis in idem, art. 8 nal. 4:).

Tercero, consagra la prohibición a los Estados partes de desconocer el principio de no retroactividad de la Ley penal, y esto hasta en las llamadas situaciones de excepción que impliquen suspensión de ciertas garantías: “La disposición precedente [en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado]no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos:...9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad)...ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos” (art. 27 nal. 2).

Como también, ineludiblemente, han de recordarse las normas de interpretación de la Convención de su art. 29: “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

a) Permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

b) Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las Leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

c) Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y

d) Excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

Y ello sin olvidar, todavía, lo impuesto, sin restricciones, en el art. 1o. de la Convención: “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna...”(SENTENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA N° 152/2013).-

Pero además, el redactor se permite volver a citar el voto del Sr. Ministro Dr. William Corujo Guardia donde señala: “...La jurisprudencia de la CIDH no constituye fuente de derecho internacional y una sentencia no podrá apoyarse en un precedente jurisprudencial o en la doctrina como tal porque como ya se dijo ni la jurisprudencia ni la doctrina son fuentes principales del derecho internacional y solo pueden tenerse en cuenta como medios auxiliares para aclarar preceptos jurídicos dudosos... las mismas carecen de coercibilidad, y si el Estado no la cumple lo único que puede hacer la Corte es informar a la Asamblea General de la Organización, para la correspondiente sanción moral..” (Ligia Molina Arguello en II Seminario Internacional sobre la Independencia Judicial en Latinoamérica. 1,2 y 3 de abril de 1996 páginas 97-102).

No es acertada la interpretación que del caso “Velásquez Rodríguez” realiza Perenti (Inaplicabilidad sobre las normas de Prescripción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Sistema Interamericano de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional” página 211 a 227) cuando pretende que allí se determinó el deber de sancionar penalmente conductas violatorias de los derechos humanos a los individuos, confundiendo una vez más la diferencia entre la jurisdicción de derechos humanos con la jurisdicción penal ya que aquélla juzga exclusivamente los hechos a la luz de los derechos humanos a fin de establecer si son respetados o no y si se deben reparar y/o indemnizar en tanto en la jurisdicción penal debe fallar en función de la ley respecto de la responsabilidad de un individuo.

En el multicitado caso en el numeral 134 se establece que “En efecto la protección internacional de los derechos humanos no debe confundirse con la justicia penal. Los Estados no comparecen ante la Corte como sujetos de acción penal. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos no tiene por objeto imponer penas a las personas culpables de sus violaciones, sino amparar a las víctimas y disponer la reparación de los daños que les hayan

sido causados por los Estados responsables de tales acciones” (subrayado del redactor).-

Si se lee todo su fallo (La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Juan Travieso. Ed. Abeledo –Perrot página 349 a 401) la memorable integración distingue claramente los dos aspectos, condena al Estado de Honduras porque no se investigó y se concluyó en un Sobreseimiento en una desaparición forzada, sin disponer que debían desconocer la cosa juzgada, el ne bis in idem, la reapertura de la investigación judicial para reprimir penalmente porque no es de su competencia sino que en el numeral 179 y en particular el número 181 estableció que “Incluso si en el supuesto de que circunstancias legítimas del orden jurídico interno no permitieran aplicar sanciones correspondientes a quienes sean responsables de delitos de esta naturaleza...” “...deberá continuar la investigación para determinar su destino, investigaciones en el caso concreto que atañen en este caso a la esfera judicial blindadas por el instituto de la Prescripción...”.

“...En idéntico sentido y recientemente el reconocido jurista Ezequiel Malarino (Activismo judicial, punitivización y nacionalización en Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos y el Derecho Penal Internacional, páginas 25 a 60) señala que la Corte sólo está autorizada a declarar la responsabilidad internacional de un Estado si constata la lesión de una disposición de la Convención por parte de ese Estado (luego de los ajustes realizados a los procedimientos de la Carta de la OEA en los años noventa, los informes tanto de la Comisión como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, son presentados directamente ante el Consejo Permanente a través de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, y no ante la Asamblea General. De esta forma, el Consejo Permanente lo que hace finalmente es proponer a la Asamblea General la adopción de una resolución ya consensuada sobre el informe de la Corte, no estableciéndose debate alguno sobre el contenido mismo de éste ni mucho menos sobre el estado de cumplimiento de las sentencias por parte de los Estados).

“...De lo contrario, se convertiría nuestro sistema en el del precedente obligatorio migrando del romano al sistema del common law (Fernández Lecchini en Revista Judicatura N^o 52 página 53) lo que resulta inadmisibles para nuestro sistema constitucional que se rige por la independencia técnica de nuestros magistrados, forjados en la fragua del Dr. Eduardo J. Couture y Justino Jiménez de Aréchaga, entre muchos otros, con una rica tradición jurídica, en una profesión -como ser Juez en Uruguay- que consiste en una actividad reglada y a tiempo completo incompatible con cualquier otra actividad remunerada salvo la Enseñanza Pública Superior (art. 251 de la Constitución de la República).

Además, del propio artículo 69 del CADH no se “deduce fuerza obligatoria para los demás Estados no parte del proceso, ni que el Pacto hubiera concebido un sistema jurisprudencial fuente de derecho...” sino que “la Corte Interamericana fue reescribiendo la Convención Americana tanto en aspectos relacionados con los derechos de las personas como en asuntos referidos a la competencia y la función del tribunal ella creó nuevas reglas o nuevos derechos humanos y modificó algunos existentes, extendió su competencia sobre hechos ocurridos con anterioridad a la entrada en vigor de la Convención Americana para el Estado en cuestión, extendió la eficacia jurídica de sus decisiones contenciosas más allá del caso concreto...” (Separata de Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 19 año. 2013. Konrad Adenauer Stiftung, páginas 600 a 604)...

Concluye la Sala que la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en primer lugar, no tiene competencia penal sino exclusivamente en materia de Derechos Humanos y sus repercusiones civiles y en el Derecho Internacional, esto último, en función de las obligaciones que asumen los Estados contratantes, por lo cual sus fallos no pueden juzgar criminalmente a los ciudadanos de dichos Estados creando delitos o normas sobre prescripción por vía jurisprudencial, sino que obligan a cumplir sus decisiones en la materia de su competencia propia y a exigirles a los Estados el asumir las responsabilidades convenidas con la Comunidad Internacional.-

Tampoco su jurisprudencia 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 iure*” como se argumenta.-

Por tanto, es imprescindible amalgamar los pactos internacionales y la jurisprudencia de los Tribunales Internacionales con las normas de derecho interno, sobre todo con la Constitución de la República, porque el control de convencionalidad (“...necesidad de que los magistrados al momento de administrar justicia no solo tengan en cuenta los preceptos incluidos en la Constitución Nacional, sino que además, realicen el llamado control de convencionalidad, lo que significa hacer una comparación entre el derecho local y el supranacional, a fin de velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales...”), no implica por sí solo rango constitucional o supra constitucional a los Tratados, a menos que los propios Estados adecuen sus Cartas Magnas en tal sentido como viene aconteciendo en el mundo contemporáneo (Europa fundamentalmente, Argentina, Chile, etc), pero resulta que ello no se dio en nuestro país.

Y, tampoco, se ha planteado a la ciudadanía, oficialmente, una reforma en tal sentido a pesar del tiempo transcurrido desde que se instaló el debate y de las oportunidades que existieron para ello, entonces, no puede ser resorte o competencia de un Tribunal de Justicia la solución al tema sino de la Nación toda.-

II) SOBRE LA PRESCRIPCIÓN.-

El Colegiado ha sostenido, con anterior y con la actual integración desde el año 2006 su posición en este tema, cuando obviamente todavía no se había consumido el término de prescripción de los delitos que aquí se ventilan.

Pero más aún, se indicó en función de los argumentos analizados en aquellas oportunidades, que no fueron pocas sino en más de una docena de juicios, que indefectiblemente el tiempo para su esclarecimiento se agotaba a fines del año 2011 por virtud del instituto de la prescripción.-

Por tanto, no es novedoso ni caprichoso sostener que ese es el criterio, que podrá ser acertado o no, compartido o no, pero debidamente fundado desde siempre y ampliamente conocido por los operadores del derecho, no solamente por la exteriorización propia de las sentencias dictadas por una Sala Criminal, sino sobre todo, porque el 100% de los casos en cuestión también fueron ventilados en ámbito de casación penal ante la Suprema Corte de Justicia, y allí, tuvieron su máxima difusión en cuanto a conocimiento público por la ínsita importancia del Superior Tribunal de la justicia nacional.

Por una simple razón de economía el redactor se remite a lo dicho en anteriores fallos que en lo esencial se transcribe:

La prescripción es un instituto cuya característica central es el transcurso del tiempo, médula y razón de ser de su existencia, fundado en razones de buena fe, de seguridad jurídica y en la necesidad de marcar límites temporales máximos al ejercicio de los derechos que permanecen inactivos, con excepción de aquellas situaciones que el legislador entienda deban ser imprescriptibles.-

Por eso se habla de prescripción o prescripción extintiva cuando el transcurso del tiempo acarrea la pérdida o decadencia del ejercicio de los derechos para su titular.

La prescripción es lo normal y corriente en cualquier derecho, pues casi todos son susceptibles de prescribir en sus acciones y, los plazos para ello, solo los establece la ley quedando excluida la voluntad de los particulares.

Messineo la definía como: "...el modo (o medio), con el cual, mediante el trascurso del tiempo, se extingue (y se pierde) un derecho subjetivo -capaz de reiterado o prolongado ejercicio- por la falta de ejercicio. Presupuesto de ella es pues la inactividad del titular del derecho, prolongándose por el tiempo (más o menos largo) que está fijado por la ley..." y agrega "... para que se verifique la ley no exige que la inercia del titular sea voluntaria o sea efecto de negligencia: ella se refiere al hecho, genuinamente objetivo, de la falta de ejercicio..." y agregaba "...el régimen legal de la prescripción es de derecho coactivo y, por tanto, inderogable por los particulares. La prescripción es de orden público y, por consiguiente, puede ser opuesta en todo tiempo y en cualquier grado de la causa..." (MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Pag. 60 y 61).-

Coviello, a su vez expresa que se define "...como un medio por el cual a causa de la inercia del titular del derecho prolongada por cierto tiempo, se extingue el derecho mismo". De lo cual se infiere que son requisitos: 1) la existencia de un derecho que podía ejercerse; 2) la falta de ejercicio o la inercia de parte del titular y 3) el transcurso del tiempo señalado por la ley y que varía según los diversos casos..." (COVIELLO, Nicolás. Doctrina General del Derecho Civil. Pág. 506).-

Parte de la doctrina civilista entiende que la prescripción extingue la acción y no el derecho, por tanto, quien posee un derecho prescripto, lo sigue poseyendo aunque no puede reclamar su cumplimiento por vía judicial a través de una acción, razón por la cual en materia civil será titular de un derecho crediticio natural, lo que se revela con el hecho que si el deudor paga puede retener el acreedor lo recibido con toda legalidad.

Este planteo propio del Derecho Civil no siempre es aceptado como acaba de verse, porque muy relevantes profesores entienden que la extinción alcanza al derecho mismo, para no profundizar más de lo necesario alcanza con una cita al propio Coviello "...La prescripción extingue el derecho mismo y no tan solo la

acción: mantener con vida el derecho, una vez extinguida la acción, es una sutileza que no está conforme a los principios de nuestra ley, según los cuales no hay derecho sin acción...” (COVIELLO. Obra citada).-

Lo concreto radica en que se trata de una institución jurídica en virtud de la cual el transcurso del tiempo genera efectos respecto de los derechos o facultades de las personas o, en relación al ejercicio de ciertas potestades del Estado, como lo es la punitiva que tiene consecuencias obvias respecto de los particulares.

En cuando a la naturaleza jurídica de la prescripción se sostienen dos posiciones, a saber;

a) La restrictiva, propia de derecho privado, que le asigna naturaleza procesal fundada en razones de seguridad jurídica y no de justicia intrínseca, por lo que depende de la concurrencia del elemento subjetivo constituido por el abandono del ejercicio de la acción.

Para este criterio la prescripción liberatoria combina el interés público con el privado, por eso no extingue el derecho sino la acción por lo cual el deudor tiene el derecho potestativo de alegarla.

Ahora sí, incluso para esta posición los plazos establecidos legalmente para la prescripción son de orden público, por tanto irrenunciables de antemano, lo que se habilita es la renuncia a la prescripción ya consumada.

b) La amplia, que considera a la prescripción como institución de naturaleza sustantiva o material, fundada en principios de orden público, interés general en materia civil o de política criminal derivado del principio de necesidad de la pena dentro del más amplio de intervención mínima del Estado en el ejercicio del derecho punitivo en materia criminal.

Esta concepción del instituto determina que la aplicación de la prescripción depende, exclusivamente, de la presencia de los elementos objetivos de paralización del procedimiento y transcurso del plazo legalmente establecido, con independencia absoluta de la conducta procesal del titular de la acción

penal, todo ello en estricta comunión con la finalidad del proceso penal, circunstancia ratificada constantemente por la doctrina y jurisprudencia, tanto nacional como en derecho comparado.

Desde que la doctrina y jurisprudencia, prácticamente unánime, admitió la naturaleza material y no procesal de la prescripción en materia penal y, en nuestro ordenamiento jurídico de conformidad con las normas tanto procedimentales como sustanciales, la alegación de la prescripción dejó de estar reservada a la iniciativa del interesado o de la parte, para ser apreciable de oficio (artículo 124 del Código Penal) y, asimismo, alegable en cualquier fase del proceso.

En la materia criminal el instituto se encuentra en estrecha relación con la importancia de los reatos, así, ciertos delitos se castigan con penas leves y otros muy severamente, siempre de acuerdo con la magnitud del injusto y, en coordinación directa con ello, el legislador reflejó el período de tiempo durante el cual la sociedad estima que la conducta debe ser castigada, para luego y una vez agotado dicho término, dar por terminado el interés social en el reproche operando entonces la prescripción.-

El legislador ha tasado, a priori, el tiempo que entendió necesario para agotar la voluntad del Estado en el castigo de los crímenes, delitos y faltas, siempre tomando en cuenta la importancia del injusto, y, es a dichos plazos a lo que los operadores del derecho deben atenerse.

Por obvia consecuencia, los delitos castigados con penas más gravosas reflejan el daño producido y llevan ínsito un período de prescripción mayor.

La armonización de ambos intereses no es otra cosa que definir las reglas de convivencia social, lo que en concreto se reguló con los parámetros de las normas legales vigentes y específicas en la materia (artículos 117 a 124, 129 y 130 del C. Penal) y leyes especiales últimamente promulgadas donde se estableció la imprescriptibilidad de ciertos tipos, obviamente con efecto no retroactivo en función de los principios generales.

A esta altura de la exposición de fundamentos, resulta imprescindible, citar los conceptos vertidos por la Suprema Corte de Justicia en lo que atañe al instituto de la prescripción, a saber: "...La jerarquía constitucional del principio de

legalidad formal significa que, la única fuente de producción de la ley penal en el sistema patrio, son los órganos constitucionalmente habilitados, y la única ley penal, es la ley formal de ellos emanada, conforme al procedimiento establecido por la propia Constitución. Esta solución no admite que la doctrina, jurisprudencia o la costumbre nacional o internacional, puedan habilitar el poder punitivo del Estado. El principio de legalidad es pues, granítico: nullum crimen, nulla poena sine previa lege poenale: esta es la base del Derecho Penal organizado y garantista. No admite aplicación retroactiva de ninguna norma penal, salvo el principio de benignidad y, además, expresamente consagrado, como se ha visto, en el Código Penal...” (S.C.J. Sentencia N° 212/ 2013).-

En cuanto a las contingencias de su curso: la prescripción puede ser suspendida o interrumpida, mientras que su origen o fundamento proviene exclusivamente de la ley, interesada en liquidar las situaciones pendientes en un tiempo razonable para que la inacción o el abandono de los titulares de derechos no incida desfavorablemente en las relaciones sociales trabadas en una época ulterior.-

¿Qué se entiende por suspensión o interrupción del término de prescripción?

Lo explicaba diáfano Messineo, mientras que las causales de interrupción constituyen casos de ejercicio del derecho, las causales de suspensión por el contrario, son casos de imposibilidad o dificultad subjetiva de su ejercicio, así: “...Las causas de suspensión son incapacidades, situaciones o relaciones concernientes a casos singulares; en tales casos, la incapacidad, las situaciones, las relaciones, operan ex lege, sin que sea necesario actividad del interesado para la suspensión; las causas de interrupción, en cambio, consisten en actos (del titular del derecho o la contraparte); implican, por tanto, iniciativa del sujeto a cuyo cargo (o a cuyo favor) correría la prescripción...” (MESSINEO. Obra citada pág. 71).

La interrupción de la prescripción consiste en el acaecimiento de un hecho a acto que impide que la prescripción siga corriendo y que tiene por efecto que el término deba empezar a contarse nuevamente, prolongando de este modo la vigencia del derecho. En sustancia no es la prescripción en si misma lo que se interrumpe, sino que lo que se interrumpe es el decurso del plazo...” (VERDAGUER, Jaime. Fundamentos del Derecho Civil. Pág. 409).

En lo que tiene relación a las normas que regulan la suspensión y la interrupción de la prescripción se ha dicho: “...Esta última, según señala el Dr.

Irureta Goyena en su comentario al artículo 120 del actual Código, dio lugar a un método que varía según la naturaleza ya que no basta con un acto de instrucción cualquiera sino que se necesita de una orden judicial de arresto o la interposición de la denuncia en los delitos que se siguen de oficio o mediante querrela del particular ofendido.-

El plazo se reinicia desde que el proceso se paraliza e iniciar denota, en la significación empleada, el principio de una acción y no esa acción repetida; “la prescripción de la acción penal se basa en que pasado un lapso de tiempo más o menos prolongado de haberse cometido, el delito se debilita y hasta borra la impresión por él causada, y vuelve en todos la conciencia de la seguridad a reinar sin necesidad, para restablecer el equilibrio roto por el delito, del efecto de la pena que se hace por lo tanto innecesaria y más difícil de aplicar con justicia. Y se interrumpe con un acto no con la repetición del mismo acto porque de esa manera se haría imprescriptible la acción o por lo menos se dejaría al arbitrio de los jueces el permitir o no que la prescripción tuviera lugar”, posición a la que adhirió el eminente jurista Haus (R.D.J.A Tomo 8 páginas 374-375).-

La prescripción puede ser interrumpida mediante la formulación de la denuncia del ofendido, gracias a la cual el titular de la acción puede ejercitarla ya que, al mismo tiempo, es el requisito de procedibilidad indispensable para movilizarla: esa instancia tiene posibilidad de éxito en tanto y en cuanto no haya prescrito el delito, naturalmente. Y, en la medida que la instancia no sea defectuosa.-

Interrumpe empero, luego reinicia el término legal.-

Como expresara en recordada exposición del Dr. Melitón Romero: “La prescripción... no solamente impide la condena del reo sino que detiene el procesamiento, sea cual fuese el estado en que éste se hallara; hay más, operada antes de iniciarse el sumario, impide el procesamiento; el Juez no podría decretarlo aun cuando concurrieran los demás elementos indispensables: el delito y la semi plena prueba de la culpabilidad de determinada persona...” (LJU caso 1134).-

Expresaba nuestro codificador: “De acuerdo con mi definición son actos directos la acusación, el arresto preventivo, la orden de arresto y la intimación de presentación cuando cualquiera de estas diligencias tienen por objeto una persona determinada. El interrogatorio de un sujeto, cuando se lleva a cabo por el Juez, como simple testigo, no interrumpe la prescripción, aunque más tarde

resulte culpable. No son actos directos, en cambio, las denuncias personales de un delito, las inspecciones oculares que el magistrado practique para constatar su existencia, los exámenes periciales ordenados, exhumaciones, constatación del cuerpo del delito, etc.” (Revista de Derecho Jurisprudencia y Administración número 14 pág 328-329).-

Dijo la Sala con anterior integración sobre la prescripción: “...El artículo 120 del Código Penal establece que el término de prescripción se interrumpe por la orden judicial de arresto y, en los delitos en que no procede el arresto, por la simple interposición de la denuncia; a su vez, el artículo 121 dispone que también la interrumpe “...cualquier transgresión penal cometida en el país o fuera de él, con excepción de los delitos políticos, de los delitos culpables y de las faltas...”.

“...El Codificador, en sus Notas explicativas al artículo 120, expresaba que: “...Los Códigos acerca de este punto se dividen en tres sistemas: según el primero, se interrumpe la prescripción por cualquier acto de procedimiento; de acuerdo con el segundo, se requiere una sentencia condenatoria; con sujeción al tercero, el método varía según la naturaleza de la infracción, bastando el acto de instrucción para los delitos y requiriéndose la sentencia condenatoria, para las faltas. El primero existe en el Código toscano; el segundo es el derecho alemán y en parte también del Código Italiano actual; el tercero se perfila en el Código francés. El Proyecto se mantiene en un término medio, distinto sin embargo, del dualismo francés; ni basta un acto de instrucción cualquiera ni se requiere una sentencia condenatoria; es necesario, o la orden judicial de arresto, o la interposición de la denuncia según se trate de delitos que se siguen de oficio, o mediante querrela del particular ofendido.

Desde que la actividad judicial se enfoca contra determinada persona, se opera la interrupción. Es el sistema del Código vigente, tal como lo interpreta la doctrina, pero despojado de la nebulosidad de sus términos; se corta en efecto de raíz toda discusión, acerca de lo que se entiende por actos de procedimiento directo....”.

A diferencia de la legislación argentina, que habla de "secuela del juicio" como causa de interrupción de la prescripción, la legislación patria establece (en el artículo 120) dos supuestos distintos, según se trate de delitos perseguibles de oficio o a instancia de parte; en los primeros, se requiere orden judicial de arresto, y en los segundos, la interposición de la querrela.-

“...En el primer sistema al que aludía Irureta (el seguido por el código toscano), no se ajusta al texto legal uruguayo y, por otra parte: "...haría que nunca prescribiera un delito mientras el expediente tuviera algún movimiento, cosa que choca frontalmente con la esencia del instituto de la prescripción... ...la "denuncia" -notita críminis- no interrumpe el plazo de prescripción.

El de autos, es un delito perseguible de oficio y la forma de interrumpir el plazo de prescripción es por actos de procedimiento, entendiéndose por tal la orden judicial de arresto o el dictado del auto de procesamiento (artículos 125, 127, 128 del Código del Proceso Penal)... La conducción ordenada... amén de que resulta arduo equipararla a la orden de arresto....” no puede asimilarse a un factor de interrupción de la prescripción como tampoco la “...solicitud de enjuiciamiento de parte del Ministerio Público es idónea para operar la interrupción del plazo que nos ocupa...”.-

En torno a tal cuestión específica se participa del punto de vista del Tribunal homólogo de Primer Turno, en cuanto a que: "...De manera que, sin perjuicio de su impulso como titular de la acción penal pública, la mera solicitud de procesamiento del Fiscal carece del efecto limitativo de un Derecho Fundamental como lo es el arresto de las personas, sólo reservado al titular del Poder Judicial (art. 233 de la Constitución) y cumplido conforme a la ley. El sub especie trata de delito perseguible de oficio...por tanto la única forma de interrumpir el plazo de prescripción es por actos de procedimiento o por la comisión de nuevo delito. Y por "actos de procedimiento" se entiende la orden judicial de arresto o el dictado del auto de procesamiento..." (SENTENCIA N° 129/2009).-

En este marco teórico y normativo es que debe analizarse la situación planteada en esta causa para lo cual es necesario dividir la cuestión en dos aspectos, el primero vinculado al instituto de la caducidad y el segundo a la suspensión de la prescripción en función de las posiciones que se han sostenido en este juicio y en otros.

II. 1) Sobre los institutos de la prescripción y la caducidad.-

El Sr. Juez de primer grado establece un criterio diferente para computar el período de prescripción, lo cual impone expedirse expresamente al respecto, adelantándose que no se comparte el mismo por lo que a continuación se dirá.-

Dicho argumento es que durante determinado período de tiempo lo que operó es el instituto de la caducidad y no el de la prescripción, y ello, en virtud de lo establecido la ley 15.848 (denominada ley de caducidad de la pretensión punitiva del Estado).-

En primer lugar, la Sala dijo antes de ahora que dicha ley no se trató de una amnistía, pero tampoco de una norma que estableciera en sustitución del régimen general de la prescripción el instituto de la caducidad, sino que la misma incluyó un requisito de procedibilidad, original y atípico en el Derecho Penal comparado, para el ejercicio de la acción penal por el soporte del Estado que la ejerce, pero naturalmente en representación de aquel y bajo sus disposiciones constitucionales y legales como no puede ser de otra manera en un Estado de Derecho.-

¿Cuál era tal requisito?

La respuesta es el análisis por parte del Poder Ejecutivo de los hechos a investigar para discernir su inclusión o no en la previsión de la ley 15.848, lo que no es otra cosa en cuanto a su naturaleza jurídica que una condición de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal pública del Estado por parte del soporte correspondiente.-

Ahora bien, la acción penal pública es una facultad del Estado no del Ministerio Público, puesto que su misión institucional regulada en la Constitución de la República y en la ley, es ser el soporte para ejercerla en su representación, pero es el Estado a través de sus Poderes quienes la regulan.

En aquellos casos donde el Poder Ejecutivo dispuso su inclusión, por imperio de la ley vigente, no era posible proseguir la instrucción penal, situación que los representantes de la sociedad (Fiscales) hacían saber a los jueces solicitando el archivo de las actuaciones.-

La razón por la cual el titular de la acción decide no ejercerla, no era en aquel momento ni lo es hoy día, motivo de interpretación por parte de los jueces, quienes están obligados, salvo excepciones a texto expreso, a seguir el destino que actor (titular de la acción en representación del Estado) propone.

Ello será así mientras el régimen procesal no sea modificado y, si el titular de la acción solicita el archivo de una investigación, pues la propia continencia de la causa determina que la misma no puede prosperar.-

Dicho esto lo que corresponde es analizar la razón por la cual no se comparte que la regulación de la ley 15.848 pueda considerarse como una sustitución del régimen general por el de la caducidad.-

¿Cuál es la naturaleza jurídica y el concepto pacíficamente aceptado tanto por la doctrina y jurisprudencia nacional, como la internacional, del instituto de la caducidad?

Pues que se trata de la extinción de un derecho por su falta de ejercicio durante un plazo temporal prefijado, que no es susceptible de ser interrumpido ni suspendido.

Una diferencia sustancial entre prescripción extintiva y caducidad es que la prescripción es lo normal y corriente y solo la puede establecer la ley como ya se dijo, en cambio la caducidad afecta a muy pocos derechos que pueden ser determinados legal o convencionalmente.

Como se dijo, para algunos doctrinos la prescripción extingue la acción y no el derecho aunque en general esto último es lo que prima, mientras que la caducidad siempre extingue el derecho, pues vencido el espacio temporal el mismo se agota definitiva e irreversiblemente, en cambio quien posee un derecho prescripto, lo sigue poseyendo aunque no puede reclamar su cumplimiento por vía judicial y además en materia civil es renunciable por el deudor una vez consumado por ser un derecho potestativo del mismo.

Así "...No debe confundirse con la caducidad la prescripción, a pesar de la analogía que entre ellas existe, ya que importan, así la una como la otra, extinción de derechos. Existe la caducidad cuando la ley o la voluntad del hombre prefija un plazo para el ejercicio de un derecho (realización de un acto cualquiera, o ejercicio de la acción judicial), de tal modo que, transcurrido el término, no puede ya el interesado verificar el acto..." "...en la prescripción se tiene en cuenta la razón subjetiva del no ejercicio del derecho, o sea, la negligencia real o supuesta del titular; en la caducidad se atiende solo al hecho objetivo de la falta de ejercicio dentro del término prefijado, prescindiendo de

las razones subjetivas, negligencia del titular, o aun imposibilidad del hecho. Causa de la extinción del derecho en la hipótesis de la prescripción, es la negligencia del sujeto mismo prolongada por cierto tiempo; en cambio, en la hipótesis de caducidad esa causa consiste en el transcurso inútil del tiempo señalado...” (COVIELLO. Obra citada Pág. 536).-

“...Lo específico de la caducidad es la prevalencia que tiene en ella la necesidad de certeza, la cual se halla por encima de todo lo demás, y ello, a su vez, se haya fundado en razones de interés público (orden público) que justifican que cuando es de caducidad el plazo sea de carácter perentorio y que tenga por efecto la extinción automática (ipso iure) del derecho que no ha sido ejecutado...” “...Entre nosotros, Gamarra emplea, para caracterizar la caducidad, un criterio de naturaleza funcional y señala, al respecto que “cuando se establece un plazo de caducidad, la creación de límites temporales rigurosos dentro de los cuales necesariamente debe ejercitarse el derecho (porque, si así no sucede, se extingue invariablemente) busca terminar prontamente con una situación de incertidumbre; por consiguiente, la caducidad tiene por finalidad realizar una exigencia de certeza pues satisface una necesidad de estabilidad o seguridad en las relaciones jurídicas.” “Todo el régimen de la caducidad responde a esta función, queda justificado por ella, en efecto, los plazos, de carácter siempre perentorios, son muy breves, no se interrumpen ni se suspenden. De esta manera, al expirar el plazo, la situación jurídica resulta consolidada definitivamente...”. (VERDAGUER. Obra citada págs. 421 y 422).

Pues bien, si hipotéticamente se acompañara el criterio seguido en primera instancia, es decir que el instituto imperante hasta la entrada en vigencia de la ley 18.831 era la caducidad, la única conclusión posible (como muchas veces se ha sostenido), es que al haber operado la caducidad del derecho el mismo se extinguió irremediablemente, por lo cual en todos y cada uno de los asuntos incluidos por el Poder Ejecutivo en las disposiciones de la ley 15.848 y, que los Tribunales de Justicia a pedido del Ministerio Público clausuraron por aplicación de la ley de caducidad, la acción penal pública se habría extinguido para siempre, lo cual por si solo hace innecesario el instituto de la prescripción con posterioridad a tal acontecimiento jurídico a ese derecho, por la simple razón de que ya no existe ni puede revivir jamás.-

Por el contrario, si el derecho sobrevive según se concluye en la argumentación, la única conclusión posible es que el mismo mal pudo ser alcanzado por la caducidad, sino en todo caso que estuvo inmerso en obstáculos procedimentales por otros factores.

Prueba concluyente de que esa es la realidad jurídica es que en el gobierno del presidente Vázquez muchas resoluciones que incluían asuntos en la ley de caducidad fueron revocadas administrativamente, con lo cual se removió el requisito de procedibilidad que impedía ejercer la acción al soporte (Ministerio Público) y, plásticamente, el mismo retomó dichos casos y las acciones se llevaron a delante previo desarchivo de los presumaros.-

Más claro aún, se ventilaron múltiples juicios y se juzgaron a los responsables cuando así se comprobó.

De haber sido el instituto de la caducidad el que operaba en el momento que dicho presidente revocó la inclusión de esos casos en la ley, ese acto administrativo hubiera sido irrelevante, porque ante la Justicia el asunto no podía prosperar por haber operado la caducidad que se sostiene regía la situación y ello no fue, ni es hoy día así.

Los Tribunales de la República entendieron que no se trató de una amnistía ni del instituto de la caducidad, por eso, la acción penal no estaba extinguida y de hecho se ejerció: ergo: la vida y el desarrollo de la actividad de todos los órganos del Poder Judicial, desde los Juzgados hasta la Suprema Corte de Justicia, revelan que los hechos son más elocuentes que cualquier posición teórica, por más fundada que sea.

En efecto, si se hubiera tratado de caducidad nadie pudo ser juzgado como lo fue, porque lisa y llanamente el derecho se habría extinguido para siempre con la aplicación del régimen de la ley 15.848, y ello es evidente que nadie lo avaló, más allá de haberse propuesto como fundamento de muchas defensas en juicio.-

En este momento parece adecuado citar al magistrado y autor español Perfecto Andrés Ibañez cuando hace referencia a la valoración de la prueba y mucho más aun al juzgamiento propiamente dicho de los ciudadanos: "...no puede hacerse depender de un estado de opinión, ni de la gravedad del delito, ni tampoco de la demanda social de represión de determinadas conductas. Y es que el derecho a la presunción de inocencia como regla de juicio goza de una vigencia absoluta y no condicionada ni condicionable, y requiere que la condena tenga como fundamento la acreditación del delito y su autoría con certeza práctica, alcanzada como fruto de un discurso sobre la prueba presidido por la racionalidad, que se exprese en un fallo suficientemente

justificado...” (ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto. Prueba y convicción judicial en el proceso penal. Pag. 60).

Como no puede ser de otra manera, ese es el deber del juez, más allá de los hechos concretos por más graves que sean y, en tal entendido, la Sala entiende que el instituto de la caducidad como tal debe descartarse por más que ese fuera el nombre de la ley.

Por estos fundamentos la Sala descarta la argumentación del Sr. Juez de primera instancia.

II.2) Sobre la suspensión de la prescripción o el impedido con justa causa.

Como concluye el Colegiado que lo que impera e imperó en todo momento es el instituto de la prescripción, corresponde analizar si existió alguna suspensión con carácter general vinculada al argumento de la existencia de un impedido con justa causa (artículo 98 del CGP).-

Tampoco se comparte que haya existido un impedimento con esas características que provocara la suspensión del término de prescripción.

Se dijo y se mantiene que la presencia de un requisito de procedibilidad derivado de la ley 15.848 no puede asimilarse al impedido con justa causa que naturalmente refiere a situaciones objetivas de fuerza mayor o caso fortuito insalvables y ajenas derecho, mientras que la referencia que se realiza es nada menos que a la ley como esencia del mentado impedimento.

Parece innecesario aclarar que se trató de una norma dictada por el Parlamento Nacional y aplicada durante seis gobiernos democráticamente elegidos por los ciudadanos de la República y, por si ello fuera poco, en su momento dicha ley fue impugnada de inconstitucionalidad ante la Suprema Corte de Justicia y reiteradamente declarada constitucional por el Poder Judicial.

Siendo ello así ¿Cómo es posible que haya un impedido con justa causa cuando el supuesto impedimento no es otro que el cumplimiento de una ley vigente y de la Constitución de la República?

Francamente no parece razonable el argumento, porque es negar el imperio del Estado de Derecho durante todo ese período de tiempo, lo que no es posible compartir porque sería un símil a lo que se sostuvo en relación a los años de la dictadura militar, donde sin hesitación, toda la jurisprudencia es conteste en que el impedimento fue manifiesto, pero la simple comparación resulta odiosa.-

Podrá cuestionarse la discrecionalidad que la ley denominada de caducidad le otorgó al Poder Ejecutivo, aspecto que choca con la esencia de la independencia de los Poderes del Estado, tanto es así que en definitiva la Suprema Corte de Justicia finalmente la declaró inconstitucional en el año 2009, pero lo actuado previamente en los múltiples asuntos donde la misma Suprema Corte de Justicia fue consultada y la declaró constitucional, son totalmente válidos y ajustados a derecho en función del principio de legalidad ínsito en un Estado democrático, lo que generó derechos adquiridos.

Es más, no existe una original y novedosa posición de la Corte o la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en este tema en relación a Uruguay, como parece surgir del actual debate con el citado caso DD, sino que ya en el año 1992 se expidió al respecto: "...la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se basó sobre todo en la sentencia del caso Velásquez para llegar a la conclusión, al examinar los casos de ocho demandantes, que la ley de amnistía del Uruguay promulgada en 1986, que concedía la impunidad a los oficiales que habían violado los derechos humanos durante el período del gobierno militar, constituye una violación a los artículos 1, 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos. La Comisión señaló en su informe de fecha 4 de octubre de 1991, que el país interesado, al aprobar y aplicar la Ley de Caducidad, no había realizado ninguna investigación oficial para averiguar la verdad acerca de los acontecimientos pasados. La Comisión reiteró la opinión del Tribunal en el caso Velásquez Rodríguez de que la renuncia de un Estado a realizar una investigación, con lo que la violación quedaba sin castigo y la víctima sin indemnización, significaba el incumplimiento de la obligación del Estado de garantizar el ejercicio pleno y libre de los derechos afectados. La Comisión terminó recomendando al Gobierno que pagara a los demandantes una justa indemnización por la violación de sus derechos..." (VENTURINI, Beatriz. Desaparición forzada y su consideración en el Derecho Internacional...Revista Judicatura. Nro 38. Año 1997).

¿Cuál fue el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos?

La respuesta es el informe 29/92 de fecha de 2 de octubre de 1992 en los siguientes asuntos: Caso 10.029: EE, Caso 10.036: FFi, Caso 10.145:GG, Caso 10.305: HH y otros, Caso 10.372: II, Caso 10.373: JJ, Caso 10.374: KK y Caso 10.375: "...La Comisión Interamericana de Derechos Humanos: 1) Concluye que la Ley 15.848, del 22 de diciembre de 1986, es incompatible con el artículo XVIII (Derecho de justicia) de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y los artículos 1, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

2) Recomienda al Gobierno del Uruguay que otorgue a las víctimas peticionarias, o a sus derecho-habientes, una justa compensación por las violaciones a las que se hace referencia en el párrafo precedente.

3) Recomienda al Gobierno del Uruguay la adopción de las medidas necesarias para esclarecer los hechos e individualizar a los responsables de las violaciones de derechos humanos ocurridas durante el período de facto..."

Tal, decisión fue notificada al gobierno del Uruguay de aquel entonces, quien por otra parte se expidió al respecto como parte en los asuntos, por lo cual el Estado como tal asumió su responsabilidad internacional esgrimiendo los argumentos que estimó pertinentes.

Entonces, es un dato de la realidad que tanto el Poder Ejecutivo como el Legislativo estaban plenamente conscientes de la opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la ley 15.848, como asimismo, que la Comunidad Internacional allí representada en razón de los Tratados firmados por el Uruguay, sostenía que se estaba incumpliendo los compromisos asumidos, pero de todas formas actuaron libremente de acuerdo a su leal saber entender, obviamente dentro del ejercicio de sus potestades constitucionales y sin cambios sustanciales durante casi veinte años por los sucesivos Poderes del Estado.

Es evidente que puede existir responsabilidad internacional del Uruguay desde el año 1992 por no ajustarse a dicha recomendación, como asimismo que pudo ser pasible de las sanciones que la Comunidad Internacional dispusiera, las que sin embargo no se dieron, pero lo concreto es la inexistencia de una causa

de fuerza mayor, un caso fortuito o una situación inesperada o sorpresiva, sino por el contrario, una inacción originada en actos voluntarios de los Poderes de Estado dentro del régimen democrático durante cinco períodos de gobierno.

Por tanto, las normas jurídicas y los principios generales del derecho operaron y, siendo así, lo que prescribió en materia criminal se extinguió por inacción consciente y voluntaria, aun descontando el plazo de suspensión genérica (dictadura militar), salvo las excepciones por eventuales interrupciones originadas en situaciones particulares en relación a los agentes.

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

Se reitera, la prueba más contundente de que ello es así, es que desde el año 1991 estaba vigente la opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la cual finalmente fue aceptada en reiteradas oportunidades con la revocación de la inclusión de asuntos en la ley de caducidad, pero también con la misma libertad desatendido el criterio en muchos otros casos por los representantes de la ciudadanía en el Estado hasta último momento.

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

COLOFON: No hubo ningún impedido con justa causa o una forma de suspensión de la prescripción que determinara que el plazo dejara de correr durante el tiempo del impedimento, sino actos discrecionales del Poder Ejecutivo efectuados al amparo de una ley vigente, tanto es así, que la revocación genérica que dispuso el Sr. Presidente de la República Mujica en el año 2011 (de todas las resoluciones que incluían asuntos en la ley 15.848), bien pudo ocurrir mucho antes en su mandato o, incluso, en el del Presidente

Vázquez si así lo hubieran entendido, pero sin embargo tal cosa no aconteció excluyendo solamente casos específicos.-

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

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

Con esto se pretende establecer que no puede tratarse de un impedimento por causa de fuerza mayor el régimen de la ley 15.848, sino que lo acontecido fue el ejercicio de una facultad legal que cada Poder Ejecutivo utilizó de acuerdo a su leal saber y entender.-

En igual sentido podría señalarse la inactividad de otros operadores del derecho por lo que la Sala hace suyos los conceptos del Sr. Ministro Dr. William Corujo Guardia: "...En primer lugar gran responsabilidad de varios actores del Estado, porque nada impidió desde 1994 interponer acciones de inconstitucionalidad al titular de la acción pública y se convivía en un sistema democrático con una ley cuestionada, pero susceptible de ser atacada. Tampoco nada impedía consultar al Poder Ejecutivo si el caso continuaba o no incluido en la ley 15.848 a partir del año 2005 en adelante, porque era público y notorio que se estaban excluyendo casos de la misma, al punto que había personas enjuiciadas con el debido proceso y sin menguar las garantías de ningún ciudadano, pero resulta que nada se hizo al respecto...Lo que está claro es que todas esas inacciones ocurrieron, pero ahora resulta que se trataba de delitos de lesa humanidad o sea crímenes aberrantes, pero nadie pidió siquiera informes sobre la existencia de causas archivadas incluidas años atrás en la ley de caducidad. Por tanto, la responsabilidad del pasaje del tiempo no puede ahora cargarse contra los derechos de los sospechosos, o sea, mi culpa viene a justificar lo que la Corte Interamericana no tiene reparos en definir como anulación de garantías fundamentales del imputado, lo cual resulta de franco rechazo..."

Por tanto, la existencia de la ley no creó un obstáculo insalvable derivado de caso fortuito o fuerza mayor para el ejercicio de una potestad del Estado, sino

un procedimiento o requisito de procedibilidad cuyo detentador siempre pudo resolver en un sentido u otro y, cuando así ocurrió, permitió llevar adelante la acción penal.

Por otra parte la ley 15.848 la dictó el Poder Legislativo en el libre ejercicio de sus facultades constitucionales y si ese Parlamento Nacional durante seis períodos de gobierno no la derogó, para recién a último momento modificarla en el año 2011, claro está con efectos hacia el futuro por imperio de la Constitución, queda en evidencia que nunca existió un impedido con justa causa sino el ejercicio de una facultad discrecional del Poder Ejecutivo y un libre ejercicio de la actuación del Poder Legislativo.

De esa manera los titulares del Poder Ejecutivo en seis períodos de gobierno dispusieron de la posibilidad de revocar las resoluciones con la ley 15.848 vigente y, si así no procedieron, no puede ahora perjudicarse los derechos adquiridos por los ciudadanos con total independencia de qué cosa se trate.-

No existió entonces un impedido con justa causa y, como consecuencia lógica, lo único que incuestionablemente imperó en todo momento es la ley sustancial general en materia criminal, que no es otra que el Código Penal, donde solamente se regula el instituto de la prescripción.

En este contexto los casos de los indagados EE y FF se encuentran atrapados por la prescripción y así se declarará por no surgir causas de interrupción del plazo.

Diversa es la situación del indagado CC por razones obvias.

En efecto, es un hecho notorio que la prescripción a su respecto se interrumpió por la comisión de delito, tanto es así que se encuentra purgando condena, situación conocida por esta Sala por su propia intervención en los juicios que en ello culminaron, siendo así, a su respecto la instrucción debe seguir adelante.

En este punto se descarta el agravio de la Defensa porque al momento en que fue procesado Silveira, los eventuales delitos que aquí se investigan no habían

prescripto como se alega y, la violación a la ley penal constatada, reinició el cómputo del plazo de prescripción.

III) RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO.

Una última precisión es relativa a lo que se ha denominado búsqueda de la verdad.

En este aspecto señaló en su voto el Sr. Ministro Dr. Daniel Tapie Santarelli: "...Sin perjuicio de lo expuesto, los familiares de los desaparecidos, tienen todo el derecho a continuar con las búsqueda de los restos de sus seres queridos y en el esclarecimiento de los hechos o de la verdad de lo que aconteció, independientemente de que los eventuales delitos hayan prescripto, acudiendo tanto a los órganos judiciales como a los restantes Poderes del Estado...".

Por su parte señaló el Sr. Ministro Dr. William Corujo Guardia: "...La solución desde el punto de vista del reproche penal no afecta en absoluto el derecho humano inalienable, irrenunciable e innegociable a continuar la búsqueda de los cuerpos que no han aparecido, lo cual corresponde en primer lugar al Poder Ejecutivo y al Legislativo puesto que ninguna ley impide que se le encomiende la tarea al Poder Judicial, esto es la de investigar aun sin responsabilidad penal...".-

En efecto, las obligaciones asumidas por el Uruguay en los Tratados y señaladas por la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, están pendientes de cumplimiento y, para satisfacerlas, no resulta imprescindible recurrir al derecho penal, por lo tanto, nada impide asumirlas.

Por los fundamentos expuestos y de conformidad con lo establecido por los artículos 125 y 256 a 261 del Código del Proceso Penal,

el Tribunal,

RESUELVE:

Confírmase, parcialmente, la sentencia de primera instancia apelada, ratificando la continuación de los procedimientos en relación a CC y, revócase la misma en cuanto a la situación de EE y FF, declarando que en sus casos operó la prescripción de cualquier eventual delito que pudiera haber existido y, en su mérito, clausúranse las actuaciones a su respecto.-

Oportunamente devuélvase al Juzgado de origen.