

//tencia N° 10

Min. Red: Dr. Alberto Reyes Oehninger

Montevideo, 18 de febrero de 2015.

VISTOS

para interlocutoria de segunda instancia en estos autos: **"ARTECHE ECHEID, Walter. Su muerte. Proviene de exp. IUE 2-21986/2006- Org. de DDHH. Dr. Pablo Chargoña y otros. Denuncia. Mandos Civiles, Militares, Policiales y demás involucrados. Attes."** (IUE 88-151/2011); venidos del Jdo. Ltda. en lo Penal 7º en virtud del recurso de la Defensa de los indagados Arturo Aguirre, José Castro, Miguel Corrales y Orosmán Pereira, contra la Res. N° 608 de 3/4/2014 dictada por la Dra. Beatriz Larrieu de las Carreras, con intervención de la Sra. Fiscal Ltda. Nacional 5º, Dra. Ana Tellechea Reck.

RESULTANDO

I) La recurrida (fs. 575/578), una vez devueltos los autos desde la SCJ (que por decisión anticipada hizo lugar a la excepción de inconstitucionalidad de los arts. 2º y 3º de la Ley 18.831 opuesta por los indagados, Sent. N° 13/2014, fs. 554/558), oído el M. Público (fs. 566/567) y luego de llamar para resolución (fs. 571), resolvió proseguir el presumario.

II) Las Sras. Defensoras privadas de los indagados (Dras. Graciela Figueredo y Estela Arab), interpusieron Reposición y Apelación. Adujeron en síntesis:

1) Como único fundamento de la decisión, la Sentenciante sostiene que la declaración de inconstitucionalidad no apareja consecuencia alguna para la causa, pese a que ha quedado fuera de debate que los delitos prescribieron, a tenor de lo dispuesto por el art. 117 CP, y en la medida que la SCJ declaró inconstitucionales las normas legales sobre interrupción de la prescripción. Proceder de otra manera implica desconocer lo resuelto por la SCJ. 2) En el mismo sentido se ha pronunciado el TAP 4° en autos seguidos a Tranquilino Machado por Homicidio (IUE 2-42822/2008), cuando en Considerando I) expresó: "Que, en primer lugar corresponde analizar el agravio referido a que, en autos ha operado la prescripción. La discusión referida a este punto y en relación a los hechos vinculados a la ley 15.848, ha sido dilucidada en vía legislativa...de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 2do. de la ley 18.831...Por tanto, habiendo ocurrido el homicidio de autos en julio de 1973, aun no computándose agravantes especiales o muy especiales (artículos 311 y 312 del Código Penal), la figura prevista en el art. 310 del Código Penal reconoce un guarismo máximo punitivo de doce años de penitenciaría. Siendo las cosas de esta manera y conforme a lo previsto en el literal b) del ordinal 1° del artículo 117 del Código Penal, el delito prescribe a los quince años, esto es, en julio de 1988. Es

prevista en el artículo 123 del Código Penal". En el caso de autos, los arts. 2 y 3 fueron declarados inconstitucionales. Por lo tanto, siguiendo la línea de razonamiento del TAP 4°, los delitos prescribieron y así debe declararse. 3) La actitud de la Sede implica no pronunciarse en la etapa correspondiente sobre la prescripción de los posibles hechos delictivos que se investigan, una vez conocida la posición de la SCJ y a la luz de la inaplicabilidad de las normas inconstitucionales, lo que resulta inadmisibile y contrario a los derechos de los indagados. 4) Este criterio cuenta con apoyo jurisprudencial: el TAP 3°, en Sent. N° 269 de 30/8/2012 dictada en los autos "Gelós Bonilla, Horacio-Denuncia de desaparición", IUE 88-57/2012, expresó: "...Numeral II) Que, más allá de considerar si se está o no ante personas que poseen la calidad de indagados (Cfm. Sentencia No. 264 de 3 de junio de 2011 de esta Sala), se entiende que al haberse pretendido la declaración de prescripción en la especie, la que incluso <será declarada de oficio aun cuando el reo no la hubiere alegado> (artículo 124 CP), la Sede Judicial competente está obligada a analizar la cuestión antedicha...el hecho que se haya planteado tal aspecto en el transcurso de una etapa presumarial, no es óbice para que se analice la prescripción o no del delito investigado, puesto que justamente en caso de pronunciarse afirmativamente con referencia específica de este tema, no podrá llevarse adelante investigación judicial alguna a su respecto por tratarse de un ilícito extinguido". En igual sentido, la SCJ en Sent. N° 87/2013, en autos "MSP-

Denuncia”, IUE 316-10015/1987, dijo: “...la prescripción del delito...se caracteriza por extinguir el mismo, o mejor aún por extinguir la responsabilidad en abstracto. Es un instituto de orden público que puede declararse de oficio...” 5) De seguirse el razonamiento a que adhiere la Sede, la ley 18.831 carecería de contenido alguno, desde su inicio, resumiéndose en una norma vacía, que solo encontraría fundamento en la ineptitud parlamentaria. Si bien es cierto que el legislador limitó el ámbito de aplicación de la norma citada a aquellos casos comprendidos en la ley 15.848, tal referencia debe ser considerada de manera genérica y no específica, porque al momento de la promulgación de la norma ya no existía ningún caso incluido en la ley de Caducidad. Más allá de las declaraciones de inconstitucionalidad promovidas por el M. Público respecto de la ley 15.848, lo cierto es que por obra de la Res. 323/3011, todos los casos habían sido excluidos de su ámbito de aplicación. De acuerdo a las disposiciones de la propia norma, ésta sería aplicable a aquellos casos ocurridos en determinado lapso y que así hubiera dispuesto el PE. El requisito de aplicación era doble: la ubicación histórica y la voluntad del PE. Pues bien, la resolución citada, derogó, por razones de legitimidad, todas las que incluyeron casos en el ámbito de aplicación de la norma, por lo que formalmente ninguna causa está comprendida en la ley 15.848. Posteriormente, en octubre de 2011 entró en vigencia la ley 18.831, que hace referencia a los casos incluidos en la ley 15.848. Si no estamos dispuestos a admitir que el legislador

no conoce el ordenamiento jurídico, debemos suponer que la referencia es genérica y solo comprende la ubicación histórica.

III) Al evacuar el traslado respectivo (fs. 588/608), el M. Público abogó -extensamente- por el rechazo de los recursos:

1) En autos se investiga la muerte de Walter Hugo Arhece Echeto, quien fuera detenido por efectivos militares el 19/8/1973 en la intersección de Cno. Carrasco y Veracierto, y tras ser herido de bala fue trasladado a una dependencia militar donde falleció ese mismo día, a causa, según certificado de defunción oficial, de una herida de bala en el corazón. 2) Es demostrable en este como en la mayoría de los casos similares, que ninguna investigación pudo prosperar, hasta el dictado de la Sent. de la SCJ N° 305/2009. De manera que corresponde aplicar de oficio el art. 98 CGP: al justamente impedido no le corre plazo. Así lo ha decidido la jurisprudencia de segunda instancia (Sents. N°s 352/2008 y 263/2010 de TAP 2°; Sent. 565/2007 de TAP 3°. 3) Debe descontarse del cómputo de la prescripción, el período en el cual estuvo vigente la Ley N° 15.848). No es posible desconocer que durante su vigencia, no estaban restablecidas las garantías de todos los ciudadanos, estando incluso múltiples personas impedidas de ser electas o electores en las elecciones nacionales o departamentales, y también de acudir a la justicia para pretender conocer el destino de quienes habían actuado contra ellos despiadadamente, violentando todos sus derechos humanos

e incluso de muchos ciudadanos que, como en el caso, ni siquiera eran militantes de ningún partido político o gremio alguno. 4) A la justicia le estaba vedada la posibilidad de realizar cualquier tipo de investigación por cuanto, primeramente los jueces debían solicitarle autorización a otro poder del Estado (al Poder Ejecutivo) que evidentemente carece de función jurisdiccional, para ver si se podía investigar.

5) Como dijo la SCJ en Sent. N° 20/2013 referente a los derechos humanos, éstos "...son inherentes a la dignidad humana, ellos limitan la soberanía o potestad estatal, no pudiendo invocarse esta última para justificar su vulneración o para impedir su protección internacional, no pudiendo invocarse el principio de no intervención cuando se ponen en ejercicio las instituciones, los mecanismos y las garantías establecidas por la comunidad internacional para asegurar la protección y garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de toda persona y de todas las personas que forman parte de la humanidad". Por lo que debería reconocerse que en el período de vigencia de la ley de Caducidad, no rigió un Estado de Derecho que pudiera garantizar la igualdad ante la ley. 6) Como se dijo, aún en época posterior al régimen dictatorial, no se pudo indagar ninguno de los casos iniciados porque fueron invariablemente archivados en función de la ley 15.848. Muy pocas causas pudieron prosperar en relación a civiles, como Juan C. Blanco y Juan M. Bordaberry. La indagatoria de los autores materiales no prosperaba porque la

SCJ rechazaba sistemáticamente el reclamo de inconstitucionalidad de dicha ley, lo que de alguna forma confirma la mayoría de su actual integración, constituyendo un notable retroceso en nuestra jurisprudencia, ajena a toda la evolución de la jurisprudencia comparada, y contraria a los Tratados Internacionales sobre DDHH, vigentes aún antes de la ley 15.848, como puso de relieve la Corte Internacional de DDHH (Gelman). 7) A partir de la Sent. 305/2009 (Sabalsagaray) la SCJ declaró la inconstitucionalidad de los arts. 1, 3 y 4 de la ley 15.848, lo que continuó haciendo en otros expedientes. Desde ese momento se recuperó el verdadero Estado de Derecho y la posibilidad de avanzar con las denuncias a la época archivada y con las que se iniciaron desde entonces. Por ende, resulta incuestionable -más allá de las consideraciones piedeletristas que realice la actual integración de la SCJ, que en cierta forma amparan el restablecimiento de la impunidad- que debería considerarse y así declararse que a partir de la sentencia 365/09 vuelve a contabilizarse el plazo de prescripción. No hubo desinterés de los denunciantes, sino que las investigaciones se estancaban desde el inicio por ese motivo, lo que, por otra parte, con el paso de los años, hace más difícil la indagatoria. 8) Los delitos de lesa humanidad ya estaban incorporados a nuestro Derecho interno desde 1948, cuando se reconoció al Tribunal Militar Internacional formado para juzgar a los criminales del nazismo, lo que lamentablemente parece desconocer la actual integración de la SCJ. En el mismo sentido se ha

pronunciado el Sr. Fiscal de Corte y Procurador General de la Nación en casos similares, dado que nuestro país ha ratificado válidamente el sometimiento voluntario a las decisiones de la Convención IDH por ley 15.737, aceptando también el sometimiento a los fallos referidos, a la interpretación o aplicación de los arts. 45 párrafos 3 y 62, párrafo 2 y de la Corte IDH, por tiempo indefinido. El haber reconocido "de pleno derecho y en forma obligatoria la competencia de la CIDH para todos los casos de interpretación o aplicación de la Convención", debe comprenderse también aplicable al caso, por encima de lo que establezca cualquier norma que contravenga un tratado sobre derechos humanos. Carecería de lógica que no se acepte la obligatoriedad del fallo Gelman, desde que ya se está cumpliendo en parte. 9) Al decir del Prof. Korzeniak, el art. 72 de la Carta Magna, cuando establece que "no excluye los otros inherentes a la personalidad humana", hace mención al principio de reserva que hizo el constituyente, donde deben incluirse todos los demás derechos humanos no enumerados en ninguna norma con anterioridad, pero que no se pueden desconocer bajo pretexto alguno. 10) Lo que podríamos llamar nuestro marco jurídico internacional, nació con el Tratado de Núremberg en 1945, al establecer que debían considerarse crímenes contra la humanidad, el asesinato, la exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra la población civil, así como la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos.

Posteriormente, la Ley 10.683 aprobó la Carta de las NNUU, en la que vuelve a otorgarse carácter internacional a los ddhh y afirma que todo lo que el derecho consuetudinario o convencional reconoce como un ataque a los mismos, debe ser castigado por todos los países que integran dicha comunidad internacional. La Asamblea General de las NNUU aprobó y proclamó la Declaración Universal de DDHH, que, entre otros derechos, establece que "todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona" (art. 3°); "Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes" (art. 5°); "Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica" (art. 6°); "Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección ante la ley" (art. 7°); "Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley" (art. 8°); "Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal" (art. 10°); "...2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el derecho nacional o internacional..." (art. 11). Posteriormente, la ley 13.482 aprobó la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los

Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad. Dicha Convención, confirmando los principios del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, condena "... expresamente como crímenes contra la humanidad la violación de los derechos económicos y políticos de la población autóctona, por una parte, y la política de apartheid por otra..." En su art. I establece que "Los crímenes siguientes son imprescriptibles, cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido: ... b) los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea de las Naciones Unidas..." 11) De manera que ya desde principios del siglo pasado se fue desarrollando y afirmando el concepto de que "los delitos contra la humanidad como torturas brutales, asesinatos políticos, toma de rehenes o desapariciones forzadas, merecen y requieren un tratamiento especial y una acción concertada de las Naciones Unidas, tendientes a declararlos imprescriptibles" (Artucio, La Comunidad Internacional frente a la Impunidad Uruguaya, Tribunal Permanente de los Pueblos, pp. 141/147). Las normas de jus cogens no son de derecho natural, ya que tienen un carácter dinámico, se afianzan y amplían sobre fundamentos de derecho positivo, detentando una jerarquía que coloca sus previsiones en el vértice del orden jurídico internacional (López Goldaracena). El art. 6° de la Carta del

Tribunal de Nüremberg, los reconocimientos por la ONU de los principios de Derecho Internacional a través del art. 3° de la Declaración Universal de los DDHH, en Res. N° 85/1946, los arts. 9 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, las Resoluciones 3074 de la Asamblea General de 1973 y V del 6° Congreso de UN sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (Caracas, 1980), y el Preámbulo del Estatuto de Roma, entre otros documentos convencionales internacionales, establecen que los delitos de lesa humanidad (crímenes) forman parte del Derecho Penal Internacional, constituyendo un parquet normativo -corpus iuris internacional- direccionado a erradicar estas conductas, a la vez que impiden que se vulnere el principio de legalidad a la hora de aplicar penas a sus responsables. 12) El "Terrorismo de Estado" inaugurado en la segunda mitad del siglo XX y expandido a lo largo y ancho de América Latina, fue el marco en el que los "Estados Terroristas" (Duhalde) cometieron los crímenes más atroces y las violaciones a los derechos y dignidad humana que recuerde nuestra historia contemporánea (López Goldaracena). En Argentina, la Corte Suprema entendió (caso Arancibia Clavel) que para la época en que ocurrieron los asesinatos del general chileno Carlos Prats y su esposa Sofía Cuthbert, el derecho internacional de los DDHH ya los consideraba crímenes de lesa humanidad, por lo que el Estado argentino se encontraba obligado a juzgarlos así. En el caso Pinochet, la Comisión Internacional de Juristas ha

dicho en ocasión del reclamo de jurisdicción por España por torturas y conspiración para torturar: "Para el Derecho Internacional los delitos que han alcanzado categoría de *ius cogens* pueden ser castigados por cualquier Estado porque los culpables son enemigos comunes de toda la humanidad y todas las naciones tienen interés en aprehenderlos y juzgarlos". 13) Sostiene Ambos que "A efectos de encontrar los fundamentos del deber de penalizar se debe analizar el marco de los tratados internacionales relevantes, la práctica jurisprudencial de los órganos internacionales, especialmente la Comisión de DDHH de ONU, la Corte IDH. Además se deben considerar los puntos de vista en materia de derechos humanos en los Estados respectivos o sea, tanto las opiniones de carácter gubernamental como las normas constitucionales y penales relacionadas con los derechos humanos. Este material así obtenido puede considerarse <en forma legal> como *opinio juris* o como expresión de reflexiones de diversas clases de carácter humanitario o moral. Con esa base se puede llegar a los <principios generales de derecho existente>" (Impunidad y D. Penal Internacional, Konrad Adenauer Stiftung, 238 y ss.). 14) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su art. 15, reza: "1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional (...) 2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de

cometerse, fueron delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional". Por su parte, la incorporación de los ddhh en nuestra Constitución (arts. 72 y 332) emana de la fuente internacional, como ha sido unánimemente reconocido en doctrina desde hace años atrás. 15) La Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, estableció que éstos son imprescriptibles cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido, porque rige para la especie lo dispuesto por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Res. 2391 (XXIII) de 26/11/1968, que entrara en vigor el 11/11/1970 y fuera aprobada por Uruguay mediante ley 17.347 de 5/6/2001. Dicha Convención es declarativa: afirma un principio que ya estaba vigente por mandato del derecho internacional (art. I). Los autores de crímenes como el de autos, no pudieron jamás ni siquiera suponer que era un accionar legítimo. Tanto la tortura como causar la muerte, han sido siempre conductas delictivas, de manera que "ahora parece demasiado soez e injusto, que se busquen vías de protección para personas que actuaron de esa manera... quienes amamos el derecho deberíamos de defender con mayor ahinco la vigencia de normas de justicia sobre quienes la violan y por si ello fuera poco, pretenden favorecerse con la impunidad pese a haber cometido cualquier tipo de vejámenes". 16) Dice Langón: "Los altos Mandos, por lo menos del Ejército y la Fuerza Aérea, a través de una investigación interna, han reconocido institucional y

públicamente, en agosto de 2005, que en las dependencias militarizadas se detuvo ilegalmente, se torturó y se mató a personas cuyos cadáveres fueron luego enterrados, en general en predios de las Fuerzas Armadas. Esto que era un hecho notorio, por sabido desde hace mucho tiempo, vino de tal modo a ser oficialmente reconocido en la fecha indicada. Las personas <desaparecidas> no se encontraban privadas de libertad, sino que en un período no muy lejano a la fecha de su detención, o fallecían en torturas o, excepcionalmente, eran muertos a propósito, o en otros, sus situaciones se legalizaban de distinta manera, formándose a su respecto un juicio, de naturaleza militar conforme a la legislación vigente (Ley 14.068/72)” (Criminología y Derecho Penal, Langón-Aller, T. I, Del Foro, 2005, p. 56). En el informe mencionado por el Dr. Langón, se dice que “La autonomía con que funcionaban los Centros Operativos de Detención determinaba que la Justicia competente tomara conocimiento de los hechos una vez que se consideraba obtenida toda la información, circunstancia en la que recién se pasaban los antecedentes a dicho órgano jurisdiccional y se registraban en las unidades operativas oficialmente” (Investigación Histórica, En cumplimiento del art. 4º de la Ley 15.848, IMPO, 2007, pp. 76, 83, 84).

IV) Por Res. Nº 2277 de 5/9/2014 (fs. 613/618), la *A quo* mantuvo la recurrida y franqueó la Alzada. Sostuvo entonces:

1) Es incorrecto sostener que la sede no se ha pronunciado sobre la prescripción. Esta cuestión fue zanjada

por Res. 2272/2012 dictada por anterior titular, confirmada por el TAP 1° en Sent. 84/2013 (fs. 410/418, 454/464). 2) Una vez declarada por la SCJ la inconstitucionalidad de los arts. 2 y 3 de la Ley 18.831, corresponde relevar que en función de tal fallo (Sent. 13/2014) dichas normas no pueden aplicarse. 3) Sin embargo, entiende la suscrita que la recurrida no importa desobedecer lo resuelto por el máximo órgano judicial: la prosecución del presumario respecto de los apelantes no se fundó en las disposiciones inconstitucionales. En el mismo sentido se pronunció el TAP 1° en Sent. N° 212/2014, cuando en otros autos tramitados ante esta sede (Perrini Santamaría, Nino Piero-Denunciante. Antecedentes", IUE 2-53913/2010), expresó: "La clausura no es el pretendidamente lógico corolario ("cúmplase") de la desaplicación de los arts. 2 y 3 de la ley n° 18.831. No lo es, principalmente, porque la apreciación en la especie de la concurrencia o no de la prescripción, atañe a la jurisdicción de mérito. Ello explica que al respecto no mediara pronunciamiento alguno de la Corporación en dicha decisión". 4) La SCJ entendió que la ley 18.831 fue tácitamente aplicada, lo que no puede desconocerse, a pesar de no ser compartido. Aunque así debe admitirse (al punto que se declaró la inconstitucionalidad de sus arts. 2 y 3), la recurrida no desconoce dicha decisión cuando dispuso proseguir las actuaciones, porque se basó en distintos fundamentos (entre ellos, resoluciones que han adquirido la calidad de cosa juzgada) y porque la normativa declarada inconstitucional no es de aplicación necesaria e

ineludible. 5) Así lo ha destacado en voto disidente de la inconstitucionalidad dictada por la SCJ en autos "Pascarella, Humberto. Su muerte" (IUE 88-213/2011), la Sra. Ministra Dra. Bernadette Minvielle cuando expresó: "En el actual plexo normativo entiendo que la ley cuya inconstitucionalidad se declara en mayoría no resulta "indispensable", "ineludible", "inexorable" o "inexcusable" para resolver la cuestión de prescripción planteada ante el Juzgado que entiende en vía presumarial, y tal circunstancia importa la desestimatoria referida toda vez que <...en el entendido que si se puede resolver la situación por aplicación de otra ley que no sea la impugnada, debe recurrirse a aquélla antes de declarar inaplicable ésta...> Cabe también tener presente que la fijación primigenia del inicio del plazo prescripcional en el 1° de marzo de 1985 es una cuestión monóticamente resuelta a nivel jurisprudencial, sin fisura alguna. A esta altura, por fuerza de los actos jurisdiccionales sobrevenidos, el corrimiento de la fecha de inicio es una postura asumida en múltiples sedes jurisdiccionales, inclusive en segunda instancia, significando que aún no ha recaído una decisión ejecutoriada que descarte tal forma de proceder". 6) No le corresponde a la suscrita emitir valoraciones sobre la Ley 18.831 y su contenido, limitándose a reiterar que de acuerdo a lo señalado en el numeral 3 de la recurrida, dicha norma no era aplicable al caso de autos, desde que la sentencia de inconstitucionalidad 1525/2010 declaró inconstitucionales -y por tanto inaplicables al caso de autos- las disposiciones de la

ley n° 15.848 (posición recogida por el Sr. Ministro Discorde Dr. Ricardo Pérez Manrique, fs. 577).

V) Recibidos los autos, se citó para sentencia (fs. 648).

CONSIDERANDO

I) La Sala confirmará la recurrida, por coincidir con la *A quo* en descartar la prescripción y continuar la investigación.

II) La pretendida clausura no es el corolario (“cúmplase”) de la desaplicación de los arts. 2 y 3 de la Ley 18.831 (SCJ, Sent. N° 13/2014, Larrieux, Chediak, Chalar, Ruibal, Pérez Manrique -d-, 554/558). Por lo pronto, su art. 1° *“se aplica a todos aquellos casos en los que se investiga la existencia de delitos cometidos en oportunidad del terrorismo de Estado, sin distinguir si los indagados fueron o no excluidos por el Poder Ejecutivo del beneficio consagrado por el art. 1o. de la Ley N° 15.848, en virtud del artículo 3o...”* (Sent. 382/2014, Larrieux)

Y según dijera la Sala en fallo citado por la *A quo*, la ocurrencia o no de la prescripción, esto es, su cómputo, atañe a la jurisdicción de mérito. Ello explica que en estos casos no haya mediado pronunciamiento alguno de la Corporación.

II) Como dijera la Sala en Sent. 84/213 (fs. 468): *“La sanción al culpable de un delito constituye un derecho humano de la víctima, que amerita una tutela efectiva. La Convención Americana sobre DDHH ratificada por la Ley 15.737, o aún antes, incorporada a la Constitución por vía de su art. 72 (cfm. SCJ, S. 365/09), establece la obligación de cada Estado de proveer a los sometidos a su jurisdicción una*

debida protección judicial cuando alguno de sus derechos haya sido violado. En el caso de la víctima, se trata de una expectativa que el propio Estado debe satisfacer (Corte IDH, Gómez Palomino vs. Perú, 22/11/2005 y Blanco Romero y otros vs. Venezuela, 18/11/2005, y De la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, 31/01/2008). Se dice que el Estado incurre en responsabilidad internacional cuando sus órganos judiciales no investigan seriamente y sancionan si corresponde a los autores (Comisión IDH, Informe 32/04, caso 11.556, de 11/3/04)...la protección judicial se manifiesta en el derecho que tiene toda persona a un "recurso" sencillo y rápido (Comisión IDH, Informe 52/97, caso 11.218 de 18/11/98), con el alcance que ese término ("recurso"), es sinónimo de acceso, vía judicial o proceso (Bidart Campos, Tratado elemental de derecho constitucional, t. III, Bs. Aires, 1986, pp. 517 y 526)". (Cafferata, Proceso penal y DDDH, CELS, 2007, p. 54)".

Y como dijo la discordia de la Dra. Minvielle citada por la *A quo*, es criterio jurisprudencial consolidado, que para la eventual prescripción de todo delito que aquí pudiere corresponder, no sería computable el período de facto: "...la suspensión o interrupción (de la prescripción penal) sólo se puede fundar en alguna condición que imposibilita al Estado tomar tal iniciativa. Por ejemplo, la ruptura del orden constitucional" (Binder, Justicia Penal y Estado de Derecho, Ad-Hoc, Bs. Aires, 2004, pp. 132/133, cit. en Sent. N° 426 del 01/12/2014.-

La Ley 18.596 excluye toda posible discusión al respecto:

“Se reconoce la responsabilidad del Estado uruguayo en la realización de prácticas sistemáticas de tortura, desaparición forzada y prisión sin intervención del Poder Judicial, homicidios, aniquilación de personas en su integridad psicofísica, exilio político o destierro de la vida social, en el período comprendido desde el 13 de junio de 1968 hasta el 26 de junio de 1973, marcado por la aplicación sistemática de las Medidas Prontas de Seguridad e inspirado en el marco ideológico de la Doctrina de la Seguridad Nacional” (art. 2°).

A su vez, la terminología de la norma evoca una categoría preexistente a la misma (y a otras leyes de igual inspiración), los delitos o crímenes de lesa humanidad (el genocidio aludido por el apelante es otra categoría), por cuya gravedad -entre otros fundamentos- las Naciones Unidas, el 26/11/1968, acordaron excluirlos de la prescripción penal ordinaria (Convención Internacional sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad, art. 1°). Son delitos *“...generalmente practicados por las mismas agencias de poder punitivo operando fuera del control del derecho penal, es decir, huyendo al control y a la contención jurídica. Las desapariciones forzadas de personas en nuestro país las cometieron fuerzas de seguridad o fuerzas armadas operando en función judicial; los peores crímenes nazis los cometió la Gestapo (Geheiminis*

Staatspolizei o policía secreta del Estado); la KGB estalinista era un cuerpo policial. No es muy razonable la pretensión de legitimar el poder genocida mediante un ejercicio limitado del mismo poder con supuesto efecto preventivo..." (Suprema Corte de la Nación Argentina, *Arancibia Clavel*, citada por la Sala en Sent. N° 4/2014).

Conceptualmente, los delitos de lesa humanidad o crímenes contra la humanidad (art. 2° del CP, según redacción dada por el art. 1° de la Ley 18.026), son conductas violentas generalizadas y sistemáticas de una organización estatal o para estatal, en perjuicio de una población civil o sector de la misma, que vulneran derechos anteriores al Estado, que no éste puede suprimir ni evitar su tutela trasnacional.

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

Se caracterizan por agraviar no sólo a las víctimas y sus comunidades, sino a todos los seres humanos, porque lesionan el núcleo de humanidad. Son "*crímenes internacionales cometidos por grupos políticamente organizados que actúan bajo un color político, consistentes en los más graves y abominables actos de violencia y persecución, y cometidos sobre víctimas en razón de su pertenencia a una población o grupo más que por sus características individuales*"; "*su criminalidad anula la*

soberanía estatal", lo que impide acudir a ese "fetichismo" invocado desde los juicios de Nüremberg (Luban, Una teoría de los crímenes contra la humanidad, Traducción del original: *A theory of crimes against humanity*, publicado en Yale Journal of International Law (29 Yale J. Int'l L 85) por Ezequiel Malarino y Marisa Vázquez, disponible en internet: <http://postgradofadercs.uncoma.edu.ar>, pp. 25 y 12).

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

En cuanto al requisito de ley previa y escrita, en el caso de los guardianes del muro (*Streletz, Kessler y Krenz vs. Alemania*) los imputados invocaron que dada la realidad de la RDA, sus condenas por tribunales alemanes habían sido por conductas a entonces imposibles de prever. La Corte Europea de DDHH rechazó esa argumentación en base a la existencia de

principios básicos de derechos humanos claramente reconocidos y reconocibles, que obstaba invocar la aplicación retroactiva de la ley y la violación del principio de legalidad, amén que *"...la amplia separación existente entre la legislación de la RDA y su práctica fue, en gran parte, la obra de los propios peticionarios"*. Por la posición que ocupaban en el aparato estatal, no podían haber sido ignorantes de la Constitución y la legislación de la RDA o de sus obligaciones supranacionales y de las críticas internacionalmente formuladas acerca de su régimen de policía de frontera. En la orden de disparar impartida a los guardias, habían insistido en la necesidad de proteger las fronteras de la RDA *"a cualquier precio"* y *"de arrasar a los violadores de frontera"* o *"aniquilarlos"*. Agregó que *"una práctica estatal como la política de policía de frontera de la RDA, que viola flagrantemente los derechos humanos y sobre todo el derecho a la vida, valor supremo en la jerarquía internacional no puede ser descripta como "derecho" en el sentido del art. 7° de la Convención"* Europea de Derechos Humanos, que dice:

No hay pena sin ley

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

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

Se ha dicho que tales delitos eran imprescriptibles antes de la Convención Internacional sobre la imprescriptibilidad citada, “...que se limita a codificar como tratado lo que antes era *ius cogens* en función del derecho internacional público consuetudinario, siendo materia pacífica que en esta rama jurídica, la costumbre internacional es una de sus fuentes. En consecuencia, la prescripción establecida en la ley interna no extinguía la acción penal con anterioridad a esa ley y, por tanto, su ejercicio en función de la misma no importa una aplicación retroactiva de la ley penal...cualquiera sea la opinión que se tenga sobre el funcionamiento concreto del principio universal, sobre la autoridad moral de los estados que lo invocan, sobre la coherencia o incoherencia de su invocación, lo cierto es que la comunidad internacional lo está aplicando por delitos cometidos en nuestro territorio, en razón de que la República no ha ejercido la jurisdicción, o sea, no ha ejercido su soberanía” (voto de Zaffaroni, en el fallo citado).

III) La Sala, en tesitura que la Defensa conoce (Sents. N° 84/2013, fs. 454/464 voto.) ha dicho que la Ley de Caducidad constituyó un obstáculo para la persecución criminal de torturas, homicidios, etc., cometidos durante la

dictadura por agentes estatales. La Ley N° 18.831, en su art. 1°, dice: “*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° 15.848, de 22 de diciembre de 1986*”.

Si el Parlamento decidió declarar restablecido el “*pleno ejercicio*” de la pretensión punitiva, es obligado inferir que a pesar de la restauración democrática, tampoco el titular de la acción pública, quedó en *plenas* condiciones de perseguir los delitos encapsulados por la Ley de Caducidad, declarada inconstitucional por la Suprema Corte de Justicia (Sent. 365/2009), en proceso (*Sabalsagaray*) donde tanto el Poder Ejecutivo como el Legislativo, se allanaron.

Meses antes (30/6/2011) había recaído decreto del P.E. que al revocar todos los actos administrativos y mensajes emanados del mismo, en aplicación del art. 3° de la ley citada, la convirtió en un “*monumento testimonial en ruinas*” o “*una ventana que no tiene vidrios...*” (Galain, La justicia de transición en Uruguay: Un conflicto sin resolución, Revista de Derecho 06, 2011, KAS-UCUDAL, p. 140, nota 118).

Y si la prescripción del delito supone “*el transcurso de un plazo determinado tras la comisión de un delito, sin que éste sea juzgado*” (Mir Puig, Derecho Penal, 2007, p. 750), ella no se configura respecto de ciertos delitos que -sin dejar de serlo- no pudieron perseguirse porque para impedirlo se

aprobó una ley donde primó la “lógica de los hechos” sobre la Constitución.

Así resulta de la Sent. de la SCJ N° 759/2010, que al decidir anticipadamente, remite a la señera Sent. N° 365/2009 (Chediak -r-, Van Rompaey, Ruibal, Larrieux, Gutiérrez -d-parcial): “...Con respecto a que las normas impugnadas transgreden el derecho de las víctimas y de sus familiares de acceder al sistema judicial para que se identifique y castigue a los presuntos culpables de los hechos acaecidos durante la dictadura militar, el agravio es de recibo...las normas atacadas excluyeron del aparato sancionatorio del Estado a sujetos que, para ello, no necesitaron ser juzgados por el Poder de gobierno que tiene a su cargo la función soberana de aplicar las penas...las normas atacadas excluyeron de la órbita del Poder Judicial el juzgamiento de conductas con apariencia delictiva, lo cual transgredió el principio de separación de poderes y afectó muy seriamente las garantías que el ordenamiento constitucional puso en manos de aquél...A modo de síntesis, la ilegitimidad de una Ley de amnistía dictada en beneficio de funcionarios militares y policiales que cometieron delitos de esta naturaleza, gozando de impunidad durante regímenes de facto, ha sido declarada por órganos jurisdiccionales, tanto de la comunidad internacional como de los Estados que pasaron por procesos similares al vivido por el Uruguay en la misma época. Tales pronunciamientos, por la similitud con la cuestión analizada y por la relevancia que han tenido, no podrían soslayarse en el

examen de constitucionalidad de la Ley No. 15.848 y han sido tenidos en cuenta por la Corporación..."

En consecuencia, la Ley N° 15.848 no pudo tener virtualidad o idoneidad para declarar caducidad alguna de la acción penal, ni para extinguir los delitos cometidos por militares durante el período de facto: *"...la ley No. 15.848 no consagró una amnistía, por lo que los delitos comprendidos en su artículo primero no dejaron de existir, sino que se eliminó la posibilidad de accionar para su persecución por parte del Ministerio Público. Por lo tanto la norma contenida en el artículo 1° de la Ley No. 18.831 no implicó innovación penal retroactiva alguna. A su vez, el artículo 1° de la Ley No. 15.848 fue declarado inconstitucional por la Suprema Corte de Justicia mediante Sentencia No. 365/2009, por lo que la norma en estudio viene a regular la situación, adecuándola a los preceptos constitucionales, según lo dispuesto en el fallo de la Corporación"* No. 1.501/2011 (Larrieux, Sent. N° 382/2014).

Queda claro entonces que aquella ley sólo constituyó un impedimento a la persecución de los presuntos autores militares de los mismos, ya que solo pudieron ser investigados décadas después de la época en que tuvieron lugar.

Así ya lo había señalado reiteradamente el sistema interamericano de derechos humanos, como recordara la Corte IDH en *Gelman*: *"...el Comité de Derechos Humanos también se pronunció al respecto en el procedimiento de*

peticiones individuales y en sus informes sobre países. En el Caso Hugo Rodríguez vs. Uruguay señaló que no puede aceptar la postura de un Estado de no estar obligado a investigar violaciones a derechos humanos cometidas durante un régimen anterior en virtud de una ley de amnistía y reafirmó que las amnistías para violaciones graves a los derechos humanos son incompatibles con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, indicando que las mismas contribuyen a crear una atmósfera de impunidad que puede socavar el orden democrático y dar lugar a otras graves violaciones de los derechos humanos”.

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

En suma: como bien dijo la distinguida *A quo* al mantener la recurrida, los arts. 2 y 3 de la Ley 18.831 que

para la SCJ (mayoría) fueron implícitamente aplicados por la anterior titular de la Sede, no eran ni son de aplicación necesaria para la investigación de los hechos denunciados. En todo caso, su art. 1° no ha sido declarado inconstitucional y en él se restableció la posibilidad de persecución penal impedida por la Ley N° 15.848 -declarada inconstitucional en estos autos-, que solo fue útil para obstaculizar en mayor o menor medida (según sucesivas etapas de su aplicación o interpretación por el PE y la SCJ), la investigación de las denuncias contra militares.

Ello viene a darle razón a las apelantes cuando interpelan el sentido o la utilidad del dictado de una ley, que pese a su inconstitucionalidad de la imprescriptibilidad, no conduce a la clausura por prescripción: *“Esta posición ya fue discutida en el Poder Legislativo al analizar el proyecto de ley interpretativo de la Ley de Caducidad en el año 2010 y principios del 2011. Esta hipótesis, más que remover obstáculos para la plena aplicación de la sentencia de la CIDH, lo que hacía era agregar otros, pues era de esperar una serie de excepciones de inconstitucionalidad, con efectos suspensivos en los procesos...la ley tiene el obstáculo de la irretroactividad de la ley penal más perjudicial (norma que, como todas las de derechos humanos, debe ser interpretada en forma extensiva). En cambio, nada obsta, sin cambiar el orden legal, a que por orden de la Corte el Poder Ejecutivo cambie la interpretación realizada en el pasado de una ley y ajuste la interpretación a la compatible con el orden*

internacional” (Risso, Cumplimiento de las sentencias de la CIDH, en Estudios Jurídicos, UCUDAL, N° 9/2011, pp. 83 y 93). También al respecto: “No debe registrarse caso más claro en el derecho constitucional comparado que este para demostrar que los derechos humanos son, cuando se pretende interesar su núcleo esencial, recinto inaccesible para las mayorías. Una sentencia supranacional ha declarado que el cuerpo electoral uruguayo holló indebidamente derechos fundamentales que ninguna mayoría puede vulnerar y que su accionar fue -al pretender la impunidad de delitos de lesa humanidad- internacionalmente ilícito. Esto es claro pues la propia sentencia toma nota de la especialidad del caso uruguayo en orden a que el acto legislativo de clemencia soberana fue oportunamente <bendecido> por el pueblo.

“Adviértase que la Corte uruguaya -en la mencionada sentencia n° 365/2009- hace caudal de la doctrina del iusfilósofo italiano Luigi Ferrajoli, cuando afirma que hay materias sustraídas de la decisión mayoritaria...como lo sentenció la Corte Suprema del Estado de Iowa -en un fallo hoy día glorificado por su transparente vocación contramayoritaria- en Hunter v. Colfax, “...la Constitución no solamente protege al pueblo de los excesos de su gobierno, sino también tutela al pueblo de los excesos del mismo pueblo”

“...El más eminente constitucionalista alemán, Robert Alexy, ha escrito: <...los derechos fundamentales son profundamente antidemocráticos...porque desconfían del

proceso democrático. Con el sometimiento incluso del Legislativo privan de decisión a la mayoría parlamentaria legitimada. Lo vemos una y otra vez: la oposición pierde primero en el procedimiento democrático y vence después en el aerópago de Karlsruhe (es decir, en el Tribunal Constitucional federal alemán).

“Entonces, en un asunto en que se dictó una decisión contramayoritaria no es conveniente que intervengan –para estudiar qué medida impone aquella- los sistemas orgánicos que, por definición, tienen marcada vocación mayoritaria... Parece una imposición del sentido común que, dentro de la arquitectura institucional del Estado, sea el sistema orgánico judicial (entrenado y habituado a dar la razón a quien la tiene, sea o no mayoritaria su causa; con soportes inamovibles y vitalicios, cuyo ingreso y ascenso no depende de las ocasionales mayorías) el que esté mejor posicionado para cumplimentar -en nombre del Estado- las obligaciones emergentes de la sentencia” (Ochs, El fallo de la Corte IDH Gelman contra Uruguay, en Estudios..., ob. cit., pp. 109/110).

Por cuyos fundamentos, **EL TRIBUNAL,**

RESUELVE

CONFÍRMASE LA RECURRIDA.

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE.


Dr. Sergio Torres Collazo
Ministro


Dr. Alberto Reyes Oehninger
Ministro

[Handwritten signature]
Dr. Rolando Vomero Blanco
Ministro

[Handwritten signature]
Dra. Margarita Echenique
Secretaria