

CEDULON

TRIBUNAL DE APELACIONES
EN LO PENAL DE PRIMER TURNO
YI 1523 Piso 1



DOCTOR/A PILAR ELHORDOY

DOMICILIO JACKSON 1283 SEDE PIT.CNT

EN AUTOS COGLAN, GILBERTO ALFREDO. SU MUERTE ORG DDHH 2-21986/2006

FICHA 88-220/2011 tramitados ante el TRIBUNAL DE APELACIONES EN LO PENAL DE PRIMER TURNO, se ha dispuesto a notificar a Ud la SENTENCIA 181 que se transcribe a continuación.- Montevideo, 21/08/2015

SE ADJUNTA COPIA

Y no habiendo encontrado a Ud. en su domicilio, dejo el cedulón que Sello y firmo el día 2 Septiembre del dos mil quince

09
Notificador

//tencia N° 181

Min. Red: Dr. Dr. Sergio Torres Collazo

Montevideo, 21 de agosto de 2015.-

VISTOS

para interlocutoria de segunda instancia en estos autos: **"COGLAN, Gilberto Alfredo. SU MUERTE"** (IUE. 88-220/2011); venidos del Jdo. Ltdo. en lo Penal 7° T en virtud del recurso de la Defensa de los indagados Walter Díaz Tito y Asencio Lucero, contra la Res. N° 1611 de 30.6.2014 dictada por la Dra. Beatriz Larrieu de las Carreras, con intervención de la Sra. Fiscal Ltdo. Nacional 5°, Dra. Ana Tellechea Reck.-

RESULTANDO

I) La recurrida (fs. 600-604), una vez devueltos los autos desde la SCJ (que por decisión anticipada hizo lugar a la excepción de inconstitucionalidad de los arts. 2° y 3° de la Ley 18.831 opuesta por los indagados, Sent. N° 86/2014 de fs. 567-591vto.), oído el M. Público (fs. 599), resolvió proseguir el presumario (fs. 600-604).-

II) Las Sras. Defensoras de particular confianza de los indagados (Dras. Graciela Figueredo y Rosanna Gavazzo), interpusieron recursos de reposición y apelación en subsidio reclamando la clausura de las actuaciones. Argumentaron en

síntesis: a) como único fundamento, la recurrida sostiene que la declaración de inconstitucionalidad de la Ley 18.831 no apareja ninguna consecuencia, en tanto la misma no sería aplicable a esta causa, que fuera oportunamente excluida del alcance de las disposiciones de la ley 15.848. No se comparte; b) la decisión de la SCJ no es pasible de revisión. Aun cuando la anterior titular de la Sede no fundamentó el rechazo de la solicitud de clausura en las disposiciones de la ley 18.831, la Corte entendió que la norma era aplicable al caso, y en consecuencia se pronunció acerca de su constitucionalidad. La Sra. Juez está en todo su derecho de disentir con la posición asumida por el Órgano Supremo, pero no de desconocer su pronunciamiento; c) está fuera de debate que los delitos prescribieron, a tenor de lo dispuesto por el art. 117CP, por lo que recibidos los autos de la SCJ y en la medida que ésta había declarado la inconstitucionalidad de las normas legales sobre interrupción de la prescripción, el Juzgado debió clausurar las actuaciones. Proceder de otra manera, como se verificó, implica desconocer lo resuelto por dicho Cuerpo y no pronunciarse en la etapa correspondiente, acerca de la prescripción; d) 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 a los 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 dicha ley no existía ningún caso incluido en ella; e) más allá de las declaraciones de inconstitucionalidad promovidas por el MP respecto de la ley 15.848, lo cierto es que por obra de la Res. 323/2011 de 30/6/2011, todos los casos habían sido excluidos de su ámbito de aplicación, derogando por razones de legitimidad, todas las resoluciones que incluyeron casos en el ámbito de aplicación de la norma, por lo que ninguna causa está comprendida formalmente en la ley 15.848. Posteriormente, en octubre de 2011 entra en vigencia la ley 18.831, que hace referencia a los casos incluidos en la ley 15.848, por lo que si no se está dispuesto a admitir que el legislador no conoce el ordenamiento jurídico, debe suponerse que la referencia es genérica y solo comprende la ubicación histórica de los hechos.-

III) Al evacuar el traslado respectivo (fs. 613-613vto.), el M. Público abogó por el rechazo de los recursos, porque, dijo, en esta causa la Suprema Corte de Justicia declaró la inconstitucionalidad de los arts. 1, 2 y 3 de la Ley 15.858 el 29.10.2010 y por ende tampoco se aplica la Ley 18.831.-

IV) Por Res. N° 2453 de 19.9.2014 (fs. 613-624), la *Aquo* mantuvo la recurrida y franqueó la Alzada. Sostuvo en tal sentido: a) es incorrecto afirmar que la Sede no se ha pronunciado sobre la prescripción de los delitos. Por el contrario, dicha cuestión quedó zanjada por la providencia 2271 de 17.9.2012 dictada por anterior titular y confirmada por Res. N° 101 de 2/4/2013 del TAP 1° (fs. 3470-377 y 415-425).

Una vez dictada por la SCJ la sentencia de inconstitucionalidad de los arts. 2 y 3 de la Ley N° 18.831, corresponde determinar la incidencia de dicha declaración en la resolución antes referida. Y la prosecución ordenada no implica desobedecerla, porque no se fundó en las disposiciones inconstitucionales; b) así se pronunció el TAP 1° en autos “Perrini Santamaría, Nino Piero. Denunciante. Antecedentes”, IUE 2-53913/2010, donde dijo: *“La clausura no es el pretendidamente lógico corolario (“cúmplase”) de la desaplicación de los arts. 2 y 3 de la ley n° 18.831 dispuesta por la Suprema Corte de Justicia en su sentencia n° 212/2013. 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”*; c) no puede en cambio desconocerse, que asiste razón a la Defensa cuando sostiene que la sentencia de la SCJ entendió que la ley 18.831 había sido tácitamente aplicada. Pero a juicio de la proveyente, la norma declarada inconstitucional no es de aplicación necesaria e ineludible, desde que la prosecución de las actuaciones encuentra fundamento en distintas disposiciones legales y resoluciones que operan la cosa juzgada. En este sentido, en voto disorde en la sentencia de la SCJ dictada en autos “Pascarella, Humberto. Su muerte” IUE 88-213/2011, la Sra. Ministra Dra. Bernadette Minvielle 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 monolíticamente resuelta a nivel jurisprudencial, sin fisura alguna. A esta altura, por fuerza de los actos jurídicos sobrevenidos, el corrimiento de 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”; d) no le corresponde -finalizó- emitir valoraciones sobre la ley 18.831, que de acuerdo con lo señalado en la recurrida, no era aplicable al caso de autos, desde que la sentencia de inconstitucionalidad 1525 de 20/10/2010 declaró inaplicables al caso las disposiciones de la ley 15.848 (cfm. Pérez Manrique).-

V) Recibidos los autos, se citó para sentencia (fs. 631 y ss.).-

CONSIDERANDO

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

II) Ratifica y revalida por ende su firme jurisprudencia en cuanto a que la pretendida clausura en modo alguno es el corolario (“cúmplase”) de la desaplicación de los arts. 2 y 3 de la Ley 18.831 (SCJ, S.13/2014, Larrieux, Chediak, Chalar, Ruibal, Pérez Manrique -d-). 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 3° ...”* (S. 382/2014).-

Y según dijera el Tribunal en fallo que la *A-quo* le hace honor al citar, la ocurrencia o no de la prescripción, esto es, su cómputo, atañe a la jurisdicción de mérito; lo que explica que en estos casos no haya mediado pronunciamiento alguno de la Corporación.-

II) Como se sostuvo en la S.101/2013, Consid. VII de fs. 424: *“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, 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 S. 426/2014).-

Reiterando lo que ya se sostuvo en (S. 40/2015), la Ley 18.596 excluye toda posible discusión al respecto, cuando a texto expreso "... 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 S.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*

oposidores...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, cabe recordar que en el caso de los guardianes del muro (*Streletz, Kessler y Krenz vs. Alemania*) los imputados también invocaron que dada la realidad de la RDA, sus condenas por tribunales alemanes habían sido por conductas a entonces imposibles de prever. No obstante la Corte Europea de DDHH rechazó con solvencia dicha 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 las partes conocen (S. cit., Consid. V, fs. 421 y ss.) también 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 (S.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. 3º de la ley citada, la convirtió en un *"monumento testimonial en ruinas"* o *"una ventana que no tiene vidrios ..."* (Galain, La justicia de transición en Uruguay: 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 lo dicho por la SCJ en S.759/2010, que al decidir anticipadamente, remite a la señora S.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, S. 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 reciente fallo (S. 935/2015), la Suprema Corte de Justicia coincidió con esta tesis, cuando sostuvo en el caso concreto sometido a su decisión, que *“la vigencia de la ley de caducidad de la pretensión punitiva del Estado significó un claro obstáculo insuperable (irresistible) para el ejercicio de la acción penal por parte de su titular, el Ministerio Público”*.-

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.-



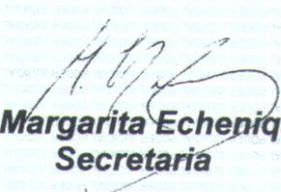
Dr. Alberto Reyes Oehninger
Ministro



Dr. Sergio Torres Collazo
Ministro



Dr. Rolando Vomero Blanco
Ministro



Dra. Margarita Echenique
Secretaria