

Montevideo, catorce de marzo de dos mil dieciséis

Sentencia N ° 1.340/2016

Dra. Elena MARTINEZ ROSSO
Dr. Jorge Omar CHEDIAK GONZALEZ
Dr. Felipe Javier HOUNIE SANCHEZ

VISTOS:

Para sentencia interlocutoria, estos autos caratulados: “Hugo RUIBAL DI STASIO, Humberto BARNECHE CACERES, Juan María COSTA, Roberto ETCHEVERRY y Rubén MARTINEZ MORALES. Incidente de prescripción. Casación Penal”, IUE 89-543/2013, venidos a conocimiento de la Suprema Corte de Justicia en virtud del recurso de casación interpuesto por los defensores de los indagados Hugo Ruibal, Humberto Barneche, Juan María Costa, Roberto Etcheverry y Rubén Martínez Morales contra la sentencia No. 63/2015, dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 4o. Turno.

RESULTANDO:

I) Por sentencia interlocutoria de primera instancia No. 197/2014, la titular del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 16o. Turno, Dra. Julia Staricco, desestimó la excepción de prescripción opuesta por los indagados Hugo Ruibal, Humberto Barneche, Juan María Costa y Roberto Etcheverry a fs. 1163-1165, y, en su mérito, dispuso continuar con las actuaciones presumariales (fs. 1177-1188).

Posteriormente, por sentencia interlocutoria de primera instancia No. 1369/2014, también se desestimó la excepción de prescripción opuesta por el indagado Rubén Martínez Morales a fs. 1251-1255 y, en su mérito, se dispuso continuar con las actuaciones presumariales (fs. 1274-1286).

II) En segunda instancia entendió el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 4o. Turno, integrado por los Sres. Ministros, Dres. Angel Cal, Luis Charles y Jorge Catenaccio, órgano que, por sentencia interlocutoria No. 63/2015, dictada el 12 de marzo de 2015, confirmó la sentencia recurrida (fs. 1361-1367vto.).

III) Los defensores de los indagados Hugo Ruibal Di Stasio, Humberto Barneche, Juan María Costa, Roberto Etcheverry y Rubén Martínez Morales, interpusieron recurso de casación (fs. 1373-1385).

Sostuvieron, en lo medular, lo siguiente:

El recurso de casación es admisible porque la sentencia recurrida resuelve sobre un punto que tiene directa incidencia en la resolución final de la causa, tal como sostuvo la Suprema Corte de Justicia en sentencia No. 2123/2014 (caso Perrini).

La sentencia recurrida adolece de un “vicio de derecho” y vulnera los artículos 7, 10 y 72 de la Constitución.

El Tribunal sostiene que el artículo 98 del C.G.P. es aplicable en materia procesal penal en virtud de los artículos 4 y 5 del C.P.P., argumento que utiliza para sortear el instituto de la prescripción, lo cual deja sin protección a los indagados.

Se vulneraron los principios de legalidad (artículo 10 de la Carta) y de irretroactividad de la Ley penal (artículo 72 de la Constitución; artículo 9 del Pacto de San José de Costa Rica; artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículos 1, 15, 16, 117 y 119 del Código Penal).

Sólo a la Ley penal le corresponde crear delitos y establecer su pena, por lo que está vedado crear delitos por analogía (artículo 1 del Código Penal).

Con ello se consagran los principios de legalidad y reserva legal, los que se vinculan directamente con el principio de irretroactividad penal de la Ley más gravosa.

Si una conducta no era delictiva al momento en el que se verificaron los hechos, no puede ser considerada delito con posterioridad.

De lo contrario, se vulnera la seguridad o certeza jurídica (artículo 72 de la Carta), que es lo que ocurre en estos autos, donde “(...) la vulneración retroactiva de las normas que determinan la prescripción de un delito implica dar nacimiento a un tipo penal que, ocurrido con anterioridad, había dejado de existir por el transcurso del tiempo reconocido y determinado por la Ley” (fs. 1384).

En definitiva, solicitaron que se anulara la sentencia impugnada y que, en su lugar, se declarara la prescripción de los presuntos delitos denunciados en autos, ordenando el archivo de las actuaciones.

IV) Por mandato verbal del 21 de mayo de 2015, el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 4o. Turno resolvió elevar los autos para ante la Suprema Corte de Justicia (fs. 1385vto.).

V) El expediente se recibió en la Corte el 26 de mayo de 2015 (fs. 1386).

VI) Por providencia No. 646/2015 se dio ingreso al recurso de casación y se confirió el traslado de rigor (fs. 1388).

VII) A fs. 1397-1401vto. compareció el Sr. Fiscal Letrado Nacional en lo Penal de 10o. Turno y abogó por el rechazo del recurso de casación.

VIII) Por providencia No. 778/2015 se tuvo por evacuado el traslado conferido y se dio vista al Sr. Fiscal de Corte, quien, por las razones que expuso en el dictamen No. 2588/2015, consideró que el recurso era inadmisibile. No obstante lo cual, y para el caso eventual de que la Corporación ingresara a su consideración, sostuvo, fundadamente, que el recurso debía ser desestimado (fs. 1405-1411).

IX) Por providencia No. 1136/2015 se dispuso el pasaje a estudio sucesivo y se llamaron los autos para sentencia (fs. 1413).

X) Una vez cumplidos los trámites de estilo, se acordó dictar sentencia en el día de la fecha.

CONSIDERANDO:

I) La Suprema Corte de Justicia, por mayoría, desestimará el recurso de casación interpuesto.

II) En el caso, las comparecientes de fs. 163-180vto. presentaron denuncia penal contra los sujetos que individualizaron a fs. 163vto. y 164.

Alegaron, en lo medular, que, entre los años 1972 y 1985, fueron detenidas en forma ilícita en unidades militares y policiales, donde fueron torturadas y violentadas sexualmente, todo lo cual afectó su integridad física y psicológica, así como su dignidad.

Señalaron que la conducta desarrollada por los denunciados “(...) formó parte de un plan sistemático orquestado por quienes detentaban el poder en forma ilegítima, cuya finalidad era la destrucción física, moral y psicológica de las detenidas, con particular énfasis en su condición de mujeres (...)”, (fs. 164vto.-165).

En el transcurso de la investigación fueron citados a declarar, en calidad de indagados, Hugo Ruibal (fs. 1127), Juan Costa (fs. 1129), Humberto Barneche (fs. 1131), Rubén Martínez Morales (fs. 1133) y Roberto Etcheverry (fs. 1135).

Sus defensores solicitaron que se dispusiera la clausura y el archivo de las actuaciones a su respecto, por entender que los presuntos delitos por los cuales se les indagaba habían prescrito, petición que, como vimos, fue desestimada tanto en primera como en segunda instancia.

III) En cuanto a la admisi-bilidad del recurso de casación.

En este punto, los ministros que conforman este fallo tienen posiciones diversas.

Así, el Sr. Ministro, Dr. Ricardo Pérez Manrique, considera, con el Sr. Fiscal de Corte, que el recurso es inadmisibile, por entender, reiterando los argumentos expuestos en la sentencia No. 1620/2014 de la Suprema Corte de Justicia, que la resolución recurrida no integra el elenco de las sentencias que admiten casación, desde que no se trata de una decisión de naturaleza interlocutoria que ponga fin a la acción penal o que haga imposible su continuación (artículo 269 del C.P.P.).

A su vez, la Sra. Ministra, Dra. Elena Martínez, adhiere a tal posición y agrega que la única interpretación que cabe realizar respecto de la expresión contenida en el artículo 269 inciso 1 del C.P.P., referida a aquellas sentencias “(...) que pongan fin a la acción penal o hagan imposible su continuación”, es que la Ley tiene en cuenta el contenido concreto y la función de la decisión y no la potencialidad o posibilidad ínsita.

De haberse considerado la mera posibilidad, la expresión de la Ley hubiera sido “que puedan poner fin” y no la contenida en la norma en análisis, expresión clara y categórica que limita la casación a las sentencias que, por su función y efectos, le ponen fin al proceso.

Así, pues, la Dra. Elena Martínez considera que dicho obstáculo formal sella negativamente la suerte del recurso de casación, no correspondiendo ingresar al análisis del mérito de los agravios formulados.

Por su parte, el Sr. Ministro, Dr. Jorge Larrieux, y el redactor no comparten esta posición, por considerar que, en virtud de los fundamentos expuestos en la sentencia No. 2123/2014 de esta Corte, el recurso de casación es admisible.

IV) En cuanto al mérito de la impugnación.

En este punto, el Sr. Ministro, Dr. Jorge Larrieux, y el redactor estiman que no operó la prescripción de los delitos que, en base a la imputación provisoria efectuada en esta etapa, se investigan en autos.

Ello, porque es cuestión zanjada por la jurisprudencia (sentencias N^{os} 1501/2011 y 935/2015 de la Suprema Corte de Justicia) que no es computable el período del régimen de facto para calcular el plazo de prescripción de la acción penal, ya que durante ese tiempo su titular estuvo impedido de promover las investigaciones correspondientes.

Asimismo, para el caso concreto, tampoco cabe computar el período de vigencia de la Ley de caducidad de la pretensión punitiva del Estado (Ley 15.848).

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

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

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

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

En efecto, el artículo 120 del Código Penal establece, bajo el rótulo: “De la interrupción de la prescripción por actos de procedimiento”, lo siguiente: “El término de la acción penal se interrumpe por la orden judicial de arresto, empezando a correr de nuevo, desde que el proceso se paraliza”.

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

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

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

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

En su mérito, el artículo 122 del Código Penal debe complementarse con el artículo 87 del Código del Proceso Penal y, por esta vía, recurrir a las normas contenidas en los artículos 92 a 99 del Código General del Proceso para determinar las causales de suspensión de los plazos procesales.

Por ende, el principio de suspensión de los plazos contenido en el artículo 98 del Código General del Proceso es plenamente aplicable al proceso penal y, en especial, al plazo de prescripción de la acción penal.

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

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

La admisión se realiza con carácter sumamente restrictivo, ya que no cualquier razón o circunstancia constituye causa o fundamento 'justo' de impedimento, en la terminología legal, sino sólo aquellas hipótesis que configuren fuerza mayor o caso fortuito (...).

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

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

Ello, por cuanto el ámbito preciso para la investigación, resolución, imputación y reproche a los responsables de hechos de naturaleza delictiva es, únicamente, la justicia penal que funciona en la órbita del Poder Judicial.

Lo único cierto es que, durante la vigencia de la Ley de caducidad, el Ministerio Público se vio impedido de ejercer su poder-deber de acción, situación jurídico procesal que debemos diferenciar bien de aquella en la que se encuentran los restantes sujetos procesales que tienen el derecho o la potestad de accionar en otras materias.

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

A juicio del redactor, corresponde precisar que esta causa difiere del caso Ribero Ugartamendía, recientemente fallado por la Corte, con su integración, en sentencia No. 127/2015, en el cual, a diferencia del presente, la Ley 15.848 no significó un obstáculo a las investigaciones.

Ello, porque en esos autos obraba el testimonio de una comunicación del Poder Ejecutivo, suscripta el 27 de octubre de 2008 por el Presidente de la República, que claramente establecía que el caso investigado no estaba comprendido dentro del ámbito del artículo 1 de la mencionada Ley, situación ajena a la de este expediente.

Coincidimos, entonces, con la Sala en que el reinicio del cómputo del plazo de prescripción de la acción penal debe ubicarse en el momento en el cual habría de entenderse removido el obstáculo que provocaba la suspensión del plazo, momento que no es otro que el que se verificó en alguna de las tres hipótesis legales que, con absoluta claridad, la Sala indicó en el considerando IV de su decisión, con base en su sentencia No. 185/2014, a saber:

a) A partir de la fecha en que eventualmente el Poder Ejecutivo 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 la Resolución No. 322/2011 –verificada el 30 de junio de 2011–, por la que se revocaron por el Poder Ejecutivo los actos administrativos que dictara anteriormente, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 3 de la Ley 15.848, y se declaró que los hechos que ameritaron dichos informes no estaban comprendidos en el artículo 1o. de la precitada Ley.

c) A partir de la fecha de entrada en vigencia del artículo 1o. de la Ley 18.831, que se estableció a contar de su promulgación, la que se verificó el 27 de octubre de 2011 (fs. 1066).

Y es, precisamente, esta última hipótesis en la que encarta el caso de autos, razón por la cual es a partir del 27 de octubre de 2011 que corresponde reiniciar el cómputo del término de prescripción, tal como expresó el tribunal “ad quem” en el considerando IV de su decisión (fs. 1366).

V) Para el Sr. Ministro, Dr. Jorge Larrieux, sin perjuicio de compartir las consideraciones precedentes en términos generales (ya expuestas en sentencia No. 935/2015), el dilema entre la prescripción o imprescriptibilidad de los hechos comprendidos en el artículo 1o. de la Ley 15.848 se intentó resolver por el legislador con la Ley 18.831 que por su artículo 1o. derogó tácitamente la Ley 15.848, restableciendo la potestad punitiva del Estado para los delitos cometidos en aplicación del terrorismo de Estado hasta el 1.3.1985, comprendidos en el artículo 1o. de la Ley 15.848, aunque introdujo nuevas dificultades en sus artículos 2 y 3 declarados inconstitucionales por sentencia No. 20/2013.

Entonces, es el propio legislador patrio que reconoce que durante la vigencia de la Ley 15.848 (declarada inconstitucional por sentencia No. 365/2009 para los casos concretos en que se interpusiera tal accionamiento) y hasta la vigencia de la Ley 18.831, los plazos de prescripción extintiva no pudieron transcurrir útilmente.

Por otra parte, como se sostuvo en sentencia No. 1501/2011 y se reiteró, en lo pertinente, en la sentencia No. 20/2013, la Ley 15.848 no consagró una amnistía, por lo cual los delitos comprendidos no dejaron de existir, sino que se eliminó la posibilidad de accionar para su persecución por parte del Ministerio Público y, en consecuencia, no hay innovación penal retroactiva en el artículo 1o. de la Ley 18.831.

Sobre las relaciones entre las multicitadas sentencias de la Corporación N^{os} 365/2009 y 20/2013 (en que se invocara la ejecución de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Gelman vs. Uruguay, en especial párrafo 224) y la solución del tema en análisis ya adelantado en sentencia No. 127/2005 y seguido con distintos fundamentos en la sentencia No. 935/2015, a juicio del Sr. Ministro, debe señalarse que la imprescriptibilidad no viene impuesta por tratarse de delitos de lesa humanidad, cuya conceptualización en la costumbre internacional carecía en nuestro orden jurídico de acogida hasta la Ley 18.026 conforme al principio de legalidad o tipicidad, pues no hay delito sin Ley previa, escrita y con una sanción determinada.

En este sentido reafirma la idea que ni la doctrina, ni la jurisprudencia o la costumbre nacional o internacional, ni las Convenciones o Tratados Internacionales, habilitan el poder punitivo del Estado por sobre los límites temporales previamente establecidos (Larrieux, “Diálogos judiciales y control de convencionalidad y constitucionalidad en el sistema interamericano”, en LJU, T. 151, Abril/2015).

VI) Por su parte, el Sr. Ministro, Dr. Ricardo Pérez Manrique, sin perjuicio de ratificar su posición en cuanto a la inadmisibilidad del recurso interpuesto, coincide con los fundamentos por los cuales el Dr. Larrieux y el redactor desestiman el recurso

interpuesto en cuanto al mérito, ya que considera que no ha operado la prescripción de la acción respecto de los delitos investigados en aplicación del plexo normativo de nuestro sistema procesal penal vigente (Código Penal, Código del Proceso Penal y Código General del Proceso).

Coadyuva en el sentido apuntado el hecho de que la vigencia de la Ley de caducidad de la pretensión punitiva del Estado (Ley 15.848) significó un claro obstáculo (irresistible) para el ejercicio de la acción penal de su titular, el Ministerio Público.

Además, el Dr. Pérez Manrique considera del caso recordar que, como sostuvo en la discordia extendida en la sentencia No. 212/2013 de la Suprema Corte de Justicia, los delitos que se investigan en autos constituyen, en puridad, crímenes de lesa humanidad y, en consecuencia, no son susceptibles de prescripción. En esa oportunidad, expresó que: (...) *además tiene recepción este tipo de crímenes en nuestro propio Derecho Constitucional, toda vez que la Constitución de la República establece en su artículo Art. 239 que a la Suprema Corte de Justicia corresponde:*

“Juzgar sobre delitos contra Derecho de Gentes...” (Nral. 1).

Confiere a la Ley la potestad de regular los aspectos procesales referidos a la competencia originaria establecida en el primer inciso del numeral.

Así, el Dr. Rubén Correa Freitas afirma: “El origen de esta disposición lo encontramos en el art. 96 de la Constitución de 1830 donde se expresaba: ‘...sobre delitos contra el derecho de gentes...’ En la Constitución de 1918 se decía en el art. 119 ‘...sobre delitos contra el derecho de gentes...’ y en las Constituciones de 1934 ‘art. 215 ordinal 1º’; 1942 (arts. 212 ord. 1º) y 1952 (art. 239 ord. 1º) rezaba: ‘...sobre delitos contra derecho de gentes...’”.

“El derecho de gentes que equivale a la alemana ‘Volkerrecht’, es la traducción castellana del ‘ius gentium’ romano no es otra cosa que la antigua denominación del Derecho Internacional Público. Incluso en nuestra Facultad de Derecho (antigua Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Mayor de la República) se enseñó Derecho de Gentes a partir del año 1963, habiéndose publicado Curso Elemental de Derecho de Gentes por el primer catedrático Gregorio Perez Gomar” (Cfme. “Derecho Constitucional Contemporáneo”, tomo II, tercera edición actualizada, F.C.U. pág. 223).

Al respecto, es dable señalar lo sostenido por el Prof. Dr. José Korzeniak, en este sentido: “Nos parece superada la polémica acerca de si esta expresión -ya obsoleta en el lenguaje jurídico moderno- debe entenderse como equivalente al derecho ‘de los gentiles’ de la época romana (distinto del Derecho para los extranjeros y los esclavos), o si lo correcto es entenderla como sinónimo de Derecho Internacional Público. Pensamos que esta última es la posición correcta. Concretamos nuestra opinión de esta manera: son delitos contra el ‘derecho de gentes’ aquellos tipificados como tales en tratados internacionales o en reglas internacionales aunque no sean tratados (en Derecho Internacional se estudian otras fuentes jurídicas, como las costumbres, los principios generales, etc.). Entre tales delitos pueden citarse algunos muy repudiados como los de ‘lesa humanidad’, de ‘torturas generalizadas’, delitos de terrorismo, delitos de tráfico internacional de estupefacientes, etc. Cuando este tipo de delitos tipificados en el Derecho Internacional Público deba ser juzgado en nuestro país, la Suprema Corte debe juzgar (en primera o ulterior instancia, según ya hemos explicado)”, (Primer Curso de Derecho Público - Derecho Internacional, F.C.U, pág. 572).

Ese orden jurídico supranacional está reconocido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos que regula su aplicación en el plano de la represión penal de determinadas conductas.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por Ley N° 13.751: “Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional...”

Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”.

La Convención Americana de Derechos Humanos, en su Artículo 9 -Principio de legalidad y de retroactividad-, refiere al derecho aplicable, excediendo el nivel de la Ley interna: “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivas según el derecho aplicable”.

En el mismo sentido el art. 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos establece que no hay pena sin Ley:

“1. Nadie podrá ser conde-nado 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 gene-rales del derecho reconocido por las naciones civilizadas”.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, ampara la existencia de este orden normativo en su art. 53: “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 interna-cional 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 solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.

La Corte Europea de Derechos Humanos en el caso denominado de los “Guardianes del muro”, es decir los crímenes cometidos por los guardias del denominando “Muro de Berlín” en la ex RDA que estaban mandatados para extinguir si era necesario a quien quisiera cruzar la frontera, entendió 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 de los derechos humanos, no puede estar cubierta por la protección del art. 7º de la Convención. Dicha práctica que vació de contenido la legislación sobre la cual se suponía estaba basada, y que fue impuesta a todos los órganos de la RDA, incluyendo sus tribunales, no puede ser descrita como derecho, en el sentido del art. 7o. de la Convención”.

En consecuencia tales actos quedan encartados en el concepto de crímenes de lesa humanidad.

Norma general de jus cogens internacional, aplicable por todos los Estados, más allá de su codificación a través del Estatuto de Roma. El efecto de éste es añadir certeza y taxatividad a algo preexistente.

Las acciones delictivas de autos por su gravedad y excepcionalidad, resultan de un contexto en el cual la violación y denegatoria de derechos, fueron el medio elegido para obtener determinados objetivos políticos, se hizo sistemática la práctica del terrorismo de Estado.

El Estado ha reconocido por Ley N° 18.596: “el quebrantamiento del Estado de Derecho que impidiera el ejercicio de derechos fundamentales a las personas, en violación a los Derechos Humanos o a las normas del Derecho Internacional Humanitario, en el período comprendido desde el 27 de junio de 1973 hasta el 28 de febrero de 1985” (art. 1°).

Por la misma Ley se ha reconocido “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).

Las conductas señaladas constituyen delitos de lesa humanidad, por su gravedad, sistematicidad y generalidad de su reiteración.

En aplicación de la interpretación pro homine de los DDHH conforme el bloque de constitucionalidad, cuya aplicación es imperativa para todos los órganos jurisdiccionales, como afirmara esta Corte en Sabalsagaray, es perfectamente compatible con la Constitución la admisión de un orden normativo comprendido por un único bloque de constitucionalidad cuyo contenido fuera descrito en aquel pronunciamiento.

Es menester interpretar y aplicar dicho orden jurídico por los Jueces Nacionales, sin violentar la Constitución de la República ni los tratados de DDHH.

Como se señalara al analizar el fallo de la Corte Suprema de Justicia en “Arancibia Clavel” en el que se decide acerca de la aplicación del principio de imprescriptibilidad en los delitos de lesa humanidad: “...esos actos ya eran imprescriptibles para el derecho internacional, puesto que si bien la aprobación de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad se produjo con posterioridad a esos hechos, dicho ‘instrumento’ sólo afirma la imprescriptibilidad, lo que importa el reconocimiento de una norma ya vigente (jus cogens), en función del derecho internacional público de origen consuetudinario.

De esta manera, no se fuerza la prohibición de irretroactividad de la Ley penal, sino que se reafirma un principio instalado por la costumbre internacional, que ya tenía vigencia al tiempo de comisión de los hechos”, (Cfme. “Derechos Humanos: Justicia y reparación”, Ricardo Luis Lorenzetti y Alfredo Jorge Kraut, pág. 138 a 139).

Dichas normas generales obligan al Estado, a sus instituciones y a sus ciudadanos al respeto de los Derechos Humanos, en definitiva han contribuido a desarrollar el principio ya establecido en el art. 239 Nral. 1º de la Constitución.

El efecto del fallo en el presente, será la declaración de que no existen objeciones de constitucionalidad para avanzar en la sustanciación del proceso, sin perjuicio de lo que corresponda decidir sobre el fondo de la cuestión en las instancias procesales oportunas.

En definitiva, rechazo la excepción de inconstitucionalidad respecto de los artículos 2º y 3º de la Ley Nº 18.831.

Primero porque no se aplican en el caso de autos.

Segundo porque no resultan inconstitucionales porque no constituyen innovación en el ordenamiento jurídico internacional, en la medida que, como lo ha sostenido la Corporación en anteriores oportunidades, los Tratados de Derecho Internacional aplicables consagran determinados principios que hacen a la protección de los Derechos Humanos en su integralidad, situación jurídica con raigambre constitucional para el Uruguay en virtud de lo establecido en el art. 239 Nº 1 de la Constitución de la República.

Tercero, porque además el artículo 3º admite interpretación conforme a la Constitución, los delitos del art. 1º son crímenes de lesa humanidad “de conformidad con los tratados internacionales en que la República es parte”.

Corresponde al intérprete y no al tribunal de constitucionalidad, determinar si los hechos investigados integran el elenco del art. 3º, de los delitos de lesa humanidad por encontrarse en los tratados firmados por la República.

No todos los delitos comprendidos en la Ley N° 15.848 son de lesa humanidad, pero algunos sí lo son y ello será determinado por el tribunal de mérito, que deberá calificar si las conductas delictivas tipificadas en el Código Penal cometidas en el marco de la acción del terrorismo de Estado constituyen o no crímenes de lesa humanidad.

VII) A su vez, el redactor coincide con el Dr. Pérez Manrique en que, sin desconocer la naturaleza provisoria propia de la etapa procesal en la que se encuentra esta causa, puede afirmarse, sin esfuerzo, que los hechos denunciados constituyen delitos de lesa humanidad y que, por ende, son imprescriptibles. En tal sentido, se remite a los argumentos que expuso en la sentencia No. 1061/2015 (caso Berreta), que, con las naturales adecuaciones, resultan trasladables al caso de autos.

VIII) No existe mérito para imponer, en esta etapa, especiales condenaciones en gastos causídicos.

Por los fundamentos expuestos, la Suprema Corte de Justicia,

FALLA:

Desestímase el recurso de casación interpuesto, sin especial condenación procesal.

Y devuélvase.

JORGE CHEDIAK DISCORDIA: A mi juicio, corresponde casar la sentencia recurrida y, en su lugar, hacer lugar a la defensa de prescripción opuesta por los enjuiciados, clausurándose las actuaciones respecto a ellos.

I) En primer término, corresponde destacar que, en mi opinión, el recurso de casación interpuesto resulta admisible, tal como se sostuvo en la sentencia No. 2.123/2014 de la Corporación (cf. sentencia No. 935/2015 de este Colegiado, entre otras).

II) A diferencia de lo que expresan los Sres. Ministros que, en esta oportunidad, integran la mayoría de la Corporación que concurre a dictar el presente pronunciamiento, considero que no surge que, en la hipótesis en estudio, la Ley 15.848 haya significado un obstáculo a las investigaciones y al normal funcionamiento del Poder Judicial.

Efectivamente, en el presente caso, no emerge acreditado que el juez de la causa o el fiscal se hubiesen visto imposibilitados de actuar en razón de haber recibido del Poder Ejecutivo la comunicación de que los hechos denunciados se encontraban comprendidos en el art. 1 de la Ley 15.848.

Por eso, entiendo que la sola existencia y vigencia de dicho texto legal no puede considerarse como un impedimento con virtualidad interruptiva del transcurso del plazo de prescripción (cf. opinión del suscripto en la sentencia No. 127/2015 de la Suprema Corte de Justicia).

En este mismo sentido, puede convocarse la fundada posición del Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 2o. Turno, el cual, en términos enteramente compartibles, sostuvo:

“(…) 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.

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 por 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.

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 (...) 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 (...).

No existió entonces un impedido por 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 (...)", (sentencia No. 360/2014 del T.A.P. 2o.).

Entonces, al comenzar a computarse el término de prescripción a partir del 1o. de marzo de 1985, es claro que, en el caso, operó plenamente la prescripción, por lo que corresponde disponer la clausura de las actuaciones respecto de los recurrentes.