

Número	Sede	Importancia	Tipo
294/2021	Tribunal Apelaciones Penal 3° T°	ALTA	INTERLOCUTORIA

Fecha	Ficha	Procedimiento
06/07/2021	543- 40/2020	PROCESO PENAL ORDINARIO

Materias
DERECHO PENAL

Firmantes	
Nombre	Cargo
Dr. Julio Ernesto OLIVERA NEGRIN	Ministro Trib.Apela.
Dr. Jose Maria GOMEZ FERREYRA	Ministro Trib.Apela.
Dr. Pedro Maria SALAZAR DELGADO	Ministro Trib.Apela.

Redactores	
Nombre	Cargo
Dr. Jose Maria GOMEZ FERREYRA	Ministro Trib.Apela.

Discordes		
Nombre	Cargo	
Dr. Julio Ernesto OLIVERA NEGRIN	Ministro Trib.Apela.	

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

## Texto de la Sentencia

Min. Red. Dr. José María Gómez Ferreyra

### VISTOS:

Para sentencia interlocutoria de en segunda instancia, estos autos caratulados: “TESTIMONIO SOLICITUD DE INCONSTITUCIONALIDAD POR AA DE IUE 2-6149/2011 “BB Y OTROS. DENUNCIA MANDOS CIVILES, MILITARES, POLICÍAS Y DEMÁS INVOLUCRADOS. ANTECEDENTES” (IUE 543- 40/2020) venidos a conocimiento de este Tribunal de Apelaciones en lo Penal de Tercer Turno, en mérito a los recursos de reposición y apelación en subsidio, oportunamente presentados por la Defensa de particular confianza del promotor, contra la resolución N° 591 de 23 de julio de 2020 dictada por la Sra. Jueza Letrada de 1ª Instancia en lo Penal de 23º Turno, Dra. Isaura TORTORA

### RESULTANDO:

I.- Se acepta y da por reproducida la reseña de actos procesales y demás aspectos formales contenidos en la decisión de primer grado, por ajustarse a las emergencias del proceso.

II.- Por el decisorio en cuestión se desestimó la excepción de prescripción interpuesta por AA.

III.- Contra la mencionada interlocutoria, la Defensa de particular confianza interpuso los recursos de reposición y apelación en subsidio manifestando en prieta síntesis, que es erróneo lo expuesto en la recurrida en cuanto a que el Ministerio Público no tuvo la posibilidad de ejercer sus funciones libremente en el periodo de facto, ya que durante la dictadura las víctimas de presuntos delitos presentaron denuncias que fueron instruidas en pleno gobierno de facto y luego en democracia.

Estimó que es absolutamente errónea la cita de los arts. 5 y 87 del CPP, 98 del CGP y los art. 7,72 y 332 de la Constitución Nacional porque la integración e interpretación de la norma procesal penal jamás puede realizarse en perjuicio del encausado.

Siguiendo la línea argumental de sentencia del Juzgado Letrado de Maldonado de 10º Turno dictada en los autos IUE 288-835/2011, destacó que acorde con el principio general de derecho de la irretroactividad absoluta de la ley penal más gravosa, cuando la ley establece un nuevo delito o una pena más severa para uno inexistente, la misma no puede ser aplicada a hechos que ocurrieron en el pasado. A su vez señaló que ello no es más que un corolario de un principio general mayor que es el principio de legalidad, recogido en el art. 10 de la Constitución Nacional y también de manera implícita en el art. 72 de la misma, así como en todos los pactos internacionales que ha suscripto el país.

Resaltó entre otros puntos de dicho pronunciamiento, que en base al principio de irretroactividad absoluta no es posible alcanzar los hechos verificados, de lo contrario se estaría yendo contra derechos fundamentales de los indagados reconocidos en la propia Constitución Nacional y en los pactos internacionales.

Refirió que la prescripción es un instituto de derecho público, a la vez adjetivo y sustantivo, por el cual se extingue el delito y la pena por el simple transcurso del tiempo. Asimismo consideró que la forma de computar los plazos, las causales de suspensión e interrupción son de reserva legal, por lo que no puede aplicarse la analogía en perjuicio del indagado sin violar groseramente el principio de legalidad, citando y transcribiendo sentencia de la Sala homóloga de 2º Turno.

Señaló que entre las causas de interrupción de la prescripción –establecidas taxativamente- no se encuentra el supuesto “impedimento por justa causa”, lo que le permite concluir que se produjo la caducidad de la acción penal y que no existió interrupción o suspensión alguna en el cómputo del plazo de prescripción. Por ello entiende que corresponde decretar la clausura del

proceso y el archivo del expediente sin más trámite, lo que en definitiva impetró.

IV.- Conferido el correspondiente traslado de los recursos al Ministerio Público, luego de resuelta por la Suprema Corte de Justicia la excepción de inconstitucionalidad -sentencia N°39/2021 (fs. 1202)-, su Representación lo evacuó a fs. 1203-1211, abogando fundadamente por la confirmación de la sentencia interlocutoria recurrida.

V.- Por providencia N° 94 de 11 de febrero de 2021, la Sra. Jueza resolvió mantener la resolución hostigada y franquear el recurso de apelación para ante el Tribunal de Apelaciones en lo Penal que por turno corresponda con las formalidades de estilo (fs. 1212).

VI.- Llegados los autos al Tribunal se asumió competencia y pasaron a estudio por su orden, acordándose sentencia en legal forma.

#### CONSIDERANDO:

I.- La Sala, con la voluntad de miembros requerida legalmente, procederá a desestimar los agravios articulados por la Defensa de AA y en consecuencia, confirmará la sentencia interlocutoria impugnada, por los siguientes fundamentos.

II.- Como precisión liminar es de consignar que reiteradamente la Sala ha sostenido la posición restrictiva en cuanto a la apelabilidad de las resoluciones recaídas en la etapa de presumario, fundada en el art. 116 del C.P.P., salvo en situaciones que se planteen cuestiones atípicas como la de autos.

Así, entre otras, en Resolución N° 616 de 30 de setiembre de 2010 el Tribunal dijo que "es aplicable al caso lo dicho por el Dr. Alfredo GOMEZ TEDESCHI, Ministro del Tribunal homónimo de 2do. Turno, en discordia

expuesta en la sentencia Nro. 322 de 17 de setiembre de 2009, por lo que se transcribirá literalmente:

"Para quienes entendemos que, en presumario, la apelabilidad de las decisiones están sujetas al régimen previsto en art. 116 del C. P. P., la primera cuestión a dilucidar radica en determinar si formalmente corresponde ingresar al examen de la impugnación propuesta.

El debate planteado en primera instancia constituye una cuestión ajena al contenido del presumario, la razón de ser del instituto (art. 112 del CPP).-

El presumario constituye un conjunto de actividades que desarrolla la autoridad judicial cuando llega a su conocimiento la noticia críminis; se trata de una "actividad típica de adquisición o resguardo de prueba, de comprobación, a partir de la noticia del hecho para establecer si se trata de un delito y si es posible el procesamiento o no hay mérito para ello" (Código del Proceso Penal anotado por el Doctor Jaime Greif).-

La discusión planteada en autos no guarda relación con lo que viene de exponerse, sino que se trata de discernir a partir de qué momento es aplicable el estatuto de protección que asiste a todo Legislador (art. 112 y ss. de la Constitución).

Así las cosas, parece claro que la sentencia recurrida tiene un contenido que extralimita aquel que es propio y natural al trámite en el que fue dictado y, en tal orden de ideas, entendemos que el régimen de recurribilidad se infiere del contenido procesal de la providencia y del momento procesal en que fue emitida o de la forma que reviste.-

La solicitud de clausura de las actuaciones por haber operado el término de prescripción o aquella promovida tras haberse declarado la inconstitucionalidad de los artículos 2 y 3 de la Ley 18831 respecto a los promotores, encuadra plásticamente dentro de esas cuestiones atípicas al

desarrollo propio del presumario, por lo que corresponde que la Sala ingrese a su consideración.

III.- En cuanto al fondo, a propósito de la prescripción, los agravios desplegados no lograron conmover la decisión atacada que rechazó la excepción de prescripción movilizada.

El instituto de la prescripción constituye un elemento de exención de responsabilidad por el transcurso del tiempo pero también una defensa de la seguridad jurídica, no solo para el que está amenazado por un procedimiento penal sino para todos aquellos terceros cuya situación personal y/o patrimonial, pudiere depender de la resolución del trámite.

Entre los diversos motivos que explican la existencia del instituto de la prescripción en materia penal se destacan: a) la dificultad de que se preserve la prueba física o testimonial a medida que el tiempo avanza, situación que afecta tanto a la entidad encargada de la persecución penal como a la defensa de los acusados; b) el paso del tiempo en cuanto disminuye las justificaciones para la persecución penal puesto que tanto las víctimas como sus familiares o la sociedad en su conjunto pueden haber superado las ofensas infligidas o haberse reconciliado con las ofensas del pasado; c) el objetivo del poder penal en tanto garantía del orden social, se ha restablecido con el paso del tiempo (Cfme. Eugenio Raúl ZAFFARONI, Manual de Derecho Penal - Parte General, Ediar, Buenos Aires, 2001, pág. 650-655).

Precisamente uno de los motivos principales por el cual la figura de la prescripción en materia penal se ha ido consolidando en los regímenes jurídicos de los Estados reside en evitar el perjuicio que se le podría causar a toda persona sospechosa de un delito si es sometida a plazos excesivos en la posibilidad de ser objeto de una investigación. Sin embargo cuando el órgano encargado de la persecución penal no tuvo la posibilidad de llevar a cabo una investigación debido a obstáculos como la ley de caducidad de la pretensión punitiva del Estado, deviene inconcuso, conforme a la naturaleza y a los objetivos mismos de la prescripción, que los plazos se deben interrumpir por todo el período durante el cual le fue imposible llevar a cabo la persecución penal. Como refiere Binder: "la suspensión o interrupción sólo

se puede fundar en la existencia de alguna condición que imposibilita al Estado tomar tal iniciativa, por ejemplo, la ruptura del orden constitucional. Debe ser una condición que imposibilite totalmente el ejercicio de la acción penal”. Y luego agrega: “debe quedar claro, pues, que sólo es admisible una superación de los términos precisos de la limitación temporal cuando una condición externa a la actividad del Estado le genera una imposibilidad absoluta de ejercer el poder penal o de persecución penal”. (Alberto BINDER - Justicia Penal y Estado de Derecho, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, pág. 132-133)

#### IV.- El derecho a la tutela jurisdiccional específica.-

Los derechos son pretensiones que un sujeto puede esgrimir frente a otros para que hagan o dejen de hacer algo en relación con sus intereses o necesidades. Normalmente, se entiende que ese sujeto es un ser humano individual. De ahí que buena parte de los derechos que en las sociedades actuales aspiran a proteger intereses o necesidades básicas sean considerados Derechos Humanos. La percepción de una necesidad o un interés insatisfechos o amenazados, puede conducir a la formulación de un derecho. Y aunque “positivizar” esa necesidad en términos de derecho es un primer indicio del valor que el propio ordenamiento le otorga, ello no equivale a asegurar su satisfacción. Las garantías, precisamente, son mecanismos de protección de los intereses o las necesidades que constituyen el objeto de un derecho. El mayor o menor grado de protección de un derecho es un indicador para determinar su carácter más o menos fundamental dentro de un ordenamiento jurídico concreto. En cualquier ordenamiento jurídico, las primeras garantías que se reconocen a los derechos son las institucionales, entendiéndose por tales aquellos mecanismos de protección y tutela de los derechos encomendados a los poderes ejecutivo, legislativo y judicial. Los mecanismos institucionales de garantía admiten variantes como las garantías políticas y las garantías jurisdiccionales.

El derecho o garantía a la justicia se ejerce a través de un proceso que por su plenitud no debe ser desnaturalizado. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva implica, como principio general, el reconocimiento del derecho a acudir a los tribunales y de seguir un proceso judicial avalado por recursos efectivos, para que conozcan los órganos competentes e imparciales y para

que se cumplan sus etapas fundamentales en aras de obtener una decisión motivada respecto a la pretensión deducida.

#### V.- El período de quiebre institucional.-

Hoy ya no admite discusión que el período del gobierno de facto no es computable a los efectos de la prescripción, desde que durante ese tiempo el titular de la acción penal estuvo impedido de promover las investigaciones correspondientes. La falta de garantías individuales que marcó la interrupción de la democracia da luz suficiente para que no opere el cómputo de prescripción en relación a los delitos cometidos por policías o militares, pues la investigación que se hubiese ordenado carecería de eficacia en la investigación de la verdad material al no existir colaboración de algunas reparticiones del Poder Ejecutivo, como la policía, en tanto auxiliar de la justicia (cfme. Sentencia interlocutoria N° 185 de 19/5/2014 del TAP 4°).

#### VI.- El restablecimiento de la democracia y el acceso a la justicia.-

Recién a partir del 1° de marzo de 1985, con el advenimiento de la democracia y el restablecimiento de la institucionalidad, los mecanismos de protección y tutela de derechos se tornaron asequibles y los Tribunales estuvieron en condiciones de investigar y sustanciar las denuncias promovidas en un insoslayable marco de garantías que pauta el inicio del cómputo del plazo de prescripción correspondiente. El orden jurídico se restablece en su plenitud y se fortalece el paradigma que las convenciones internacionales de Derechos Humanos se integran a la Constitución de la República por la vía del art. 72, tratándose de derechos inherentes a la dignidad humana reconocidos en aquellos pactos por la comunidad internacional. Se reconoce en definitiva un bloque de derechos integrado por los derechos asegurados explícitamente en el texto constitucional, los derechos contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos.-

#### VII.- La caducidad de la pretensión punitiva del Estado (Ley 15848); un retroceso a la tutela jurisdiccional efectiva.-



Con la promulgación de la Ley 15848 el 22 de diciembre de 1986, tanto el Ministerio Público como las víctimas, se vieron impedidos de promover investigaciones judiciales en relación a los delitos cometidos durante la interrupción democrática. En la discusión parlamentaria, los propios legisladores señalaron que no se trataba de una amnistía (como aquella consagrada en el art. 5 de la Ley 15737), sino de la caducidad de la potestad de castigar ciertos delitos. Al implicar que ha operado la caducidad de la pretensión punitiva del Estado, resulta extintiva de la acción penal, que no podrá posteriormente ejercerse, por imperio del legislador, actuando en función ontológicamente jurisdiccional.

De modo que a pesar de haberse restablecido el orden institucional en el año 1985, el Estado no proporcionó a las víctimas o familiares de los delitos cometidos por policías o militares durante el gobierno de facto, los medios necesarios para la debida protección judicial de sus derechos.- Con la sanción de la ley 15.848 el Estado cercenó a las víctimas su derecho de acceso a la justicia y de esa manera toda posibilidad jurídica de una investigación judicial tendiente a aclarar los delitos denunciados e identificar a sus partícipes.-

La Suprema Corte de Justicia en sentencia N° 365/2009 dijo: “Es verdad que nuestro sistema de garantías constitucionales reconoce el derecho de los habitantes del país a acceder a un proceso que les asegure la salvaguardia de sus derechos (entre otros, arts. 12, 72 y 332 de la Carta), derecho que también tuvo reconocimiento en tratados internacionales suscritos por la República. En este sentido, puede decirse que 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. La Comisión Interamericana, en su informe N° 29/92 del 2 de octubre de 1992, recordó haber observado al gobierno uruguayo por "violaciones gravísimas" de los derechos a la vida, a la libertad y a la seguridad personal, recomendando investigar y procesar a los responsables y pone de relieve que, en ese contexto, la Ley 15.848 tuvo el efecto contrario, esto es, sirvió para clausurar todos los juicios criminales por violaciones de los derechos humanos, cerrando toda posibilidad jurídica de una investigación judicial destinada a comprobar los delitos denunciados

e identificar a sus autores, cómplices o encubridores. En tal marco, la Ley en examen afectó los derechos de numerosas personas (concretamente, las víctimas, familiares o damnificados por las violaciones de derechos humanos mencionadas) que han visto frustrado su derecho a un recurso, a una investigación judicial imparcial y exhaustiva que esclarezca los hechos, determine sus responsables e imponga las sanciones penales correspondientes; a tal punto que las consecuencias jurídicas de la Ley respecto del derecho a garantías judiciales son incompatibles con la Convención Interamericana de Derechos Humanos".-

Con la ley de la caducidad de la pretensión punitiva del Estado, las víctimas, sus causahabientes y aún cualquier persona con un interés directo en la investigación de hechos delictivos perpetrados en el período de quiebre institucional, se vieron impedidos de su más prístino derecho de acceso a la justicia en la medida que el propio Poder Judicial carecía de autonomía funcional para desarrollar su cometido originario, quedando condicionado a un informe habilitante del Poder Ejecutivo.

VIII.- Esta Sala tiene dicho y deviene ineludible referir a la sentencia interlocutoria N° 38 de 12 de febrero de 2015 en cuanto señala que "...se cimienta en dos motivaciones, que siguiendo a Carlos Creus se reducirán a un físico, como es el mero transcurrir del tiempo que deposita en la vida un espectro residual susceptible de traducirse en olvido del hecho por desaparición de sus efectos o como cesación de la impresión moral negativa que diera lugar, como pautas que animan la inutilidad de su persecución". Y agrega el citado penalista, el fundamento originario -al menos en la Argentina- no obstante luego se incorporó la "comisión de un nuevo delito" como causa que interrumpía la prescripción, proporcionando así la otra razón fundante de la institución al devenir temporal (la presunción de enmienda y buena conducta en el agente que implica la abstención delictiva) (Código Penal Parte General página 382-383 Ediciones Astrea, 3ª edición actualizada). De este modo si bien es cierto que la seguridad jurídica aparece como un fundamento nítido de la institución, también la presunción de enmienda resulta ser la otra pauta en que reposa toda la institución, pero de cualquier manera la prescripción del ilícito no configura uno de los elementos integrantes del debido proceso penal del encausado sino que se

funda en razones de política criminal que cada Estado regula según sus valores institucionales.

En la especie resulta asaz notorio que durante el período de facto -1973-1985- no se computa plazo prescripcional para los delitos cometidos desde la oficialidad o desde los mandos ampliados, empero la cuestión se plantea precisamente porque luego de ese plazo señalado rigió la ley denominada de caducidad de la pretensión punitiva del Estado N° 15.848 durante la cual “ni las víctimas ni el titular de la acción pública estuvieron en plenas condiciones de perseguir los delitos comprendidos por el artículo 1 de la Ley 15.848, declarada inconstitucional por la Suprema Corte de Justicia en el año 2009 (sentencia 365/2009) en proceso (Sabalsagaray) donde el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo se allanaron” (sentencia N° 84 del 19 de marzo de 2011, dictada en autos IUE 88-151/2011). En efecto siguiendo una constante jurisprudencia actual, ello es así porque como ya lo percibiera el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 2° Turno en el año 1997, refiriéndose a la Ley 15.848: “El artículo 1 establece la solución sustancial: los hechos acerca de los cuales se reconoce que ha caducado la pretensión punitiva del Estado. El artículo 3°, establece la solución procesal: de qué manera y quién ha de resolver si determinado ilícito se encuentra comprendido en el artículo 1. Esta es la razón de ser del artículo 3° que, conjuntamente con el artículo 1°, cierran el círculo de la solución, ya que uno apoya al otro y ambos, vedan cualquier intervención del Poder Judicial en la dilucidación de la problemática regulada por la ley” (Sentencia 137/97 Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 2° Turno).

Resulta claro entonces que existió una innegable limitación a los derechos o mejor dicho al ejercicio de los mismos por parte de quienes -o sus familiares- fueron violentados en los mismos durante esos años: véase que esa vulneración emerge sin dificultad de las previsiones del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, que en su artículo 2 numeral 3 reconoce que “toda persona cuyos derechos o libertades reconocidas en el presente pacto hayan sido violados, podrá interponer un recurso efectivo aun cuando la violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales” (Pacto aprobado por nuestro país en el año 1969) (subrayado del redactor).

Las circunstancias apuntadas dan cabal entendimiento a lo dicho: durante el período siguiente a la terminación de la dictadura cívico-militar, se sucedieron elementales condiciones de menoscabo del ejercicio de los derechos de personas a las cuales se les había violentado en sus derechos.

La libre accesibilidad a los tribunales para reclamar su intervención en pos de ejercer sus derechos en forma plena, resulta elemental y debe discurrir diáfananamente, no sólo como una estructura normativa

Pese al restablecimiento de la democracia, el Estado no proporcionó a las víctimas de las violaciones a los derechos humanos, los medios que efectivamente les permitieran alcanzar la pertinente investigación, por lo que es muy claro que el plazo de la prescripción puede computarse a partir de la sentencia “Sabalsagaray”, significando que los tres poderes del Estado estuvieron de acuerdo en punto a que la Ley 15.848, había privado a las víctimas del acceso a la justicia, colocándose cuestiones jurisdiccionales en la órbita del Poder Ejecutivo, de modo entonces que si bien, existe un régimen democrático en el país, desde el 1º de marzo de 1985, lo cierto es que en el punto concreto que nos convoca, la democratización no fue un proceso abrupto y repentino, sino que fue un camino sinuoso y entorpecido por cuestiones políticas, que recién logró su completa apertura con la sentencia de Sabalsagaray.

IX.- La ley 15848 constituyó un impedimento para el libre ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público.

Como señala Jorge ERRANDONEA, citado por el Dr. Ricardo PÉREZ MANRIQUE en sentencia de la Suprema Corte de Justicia N° 127 de 7 de mayo de 2015: “el órgano encargado de la persecución penal no tuvo la posibilidad de llevar a cabo una investigación debido a diversos obstáculos de iure o de facto, podría ser razonable y conforme a la naturaleza y a los objetivos mismos de la prescripción, que los plazos se interrumpieran por todo el período durante el cual le fue imposible llevar a cabo la persecución penal (“Garantías procesales y obligación de investigar y en su caso juzgar y sancionar a los responsables de crímenes internacionales” en Revista de la

Fundación para el Debido Proceso N° 18 año 6 diciembre de 2013 pág. 61-62).

X.- La Corte Interamericana de Derechos Humanos en *Gelman Vs. Uruguay - Supervisión de Cumplimiento de Sentencia* - Resolución de 20 de marzo de 2013, Considerando 93 y 94, señaló: "...vale reiterar, en primer lugar, la jurisprudencia constante de este Tribunal según la cual "son inadmisibles las disposiciones de prescripción que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos". Lo anterior también fue expresado por la Corte en el caso *Gelman vs. Uruguay*. Del mismo modo, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha sostenido que "las violaciones graves de los derechos civiles y políticos cometidas durante el gobierno militar deben ser perseguibles durante todo el tiempo que sea necesario y con toda la retroactividad necesaria para lograr el enjuiciamiento de sus autores". En virtud de lo anterior, es incompatible con las obligaciones internacionales de un Estado Parte en la Convención que éste deje de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos que por su naturaleza sean imprescriptibles, en perjuicio del derecho de las víctimas de acceso a la justicia, amparándose en una situación de impunidad que sus propios poderes y órganos hayan propiciado mediante la generación de obstáculos de jure o de facto que impidieran realizar las investigaciones o llevar adelante los procesos durante determinado período. La imprescriptibilidad de ese tipo de conductas delictivas es una de las únicas maneras que ha encontrado la sociedad internacional para no dejar en la impunidad los más atroces crímenes cometidos en el pasado, que afectan la conciencia de toda la humanidad y se transmite por generaciones".

Precisamente con la ley de la caducidad de la pretensión punitiva del Estado se paralizó la posibilidad de investigar esos crímenes durante años, permitiendo de esta manera que los plazos de prescripción transcurrieran sin que las autoridades tuvieran efectivamente la posibilidad de investigar.

La propia Corte Interamericana, respecto a la prescripción en materia penal, expresa que no resulta lógico ni justo que en casos en los cuales las autoridades judiciales no tienen efectivamente la posibilidad de investigar crímenes internacionales por la presencia de obstáculos de hecho o de derecho, no sea posible interrumpir el transcurso del tiempo para efectos de calcular los plazos para la prescripción de la acción penal.

Parafraseando a JESCHECK, con la entrada en vigencia de la Ley 15848 operó la suspensión del plazo de prescripción que había comenzado a computarse el 1º de marzo de 1985, suspensión que trasunta al excluirse toda acción persecutoria y por ello toda posibilidad de interrupción penal que no se puede iniciar ni continuarse por el expreso precepto contenido en la manida ley de la caducidad de la pretensión punitiva (Cfme. Hans-Heinrich JESCHECK – Tratado de Derecho Penal Parte General – cuarta edición – Editorial Comares Granada 1993 – pág. 825).

XI.-La Ley 18831.-

El art. 1º de la Ley 18.831 de 27/10/2011 –constitucional según sentencia de la Suprema Corte de Justicia N° 20 de 22 de febrero de 2013- restableció el pleno ejercicio de la pretensión punitiva del Estado para los delitos cometidos en aplicación del terrorismo de estado hasta el 1º de marzo de 1985, comprendidos en el artículo 1º de la Ley N° 15.848. Y la Corporación se preguntó “¿a qué quiso hacer referencia el legislador patrio con el giro delitos comprendidos en el art. 1 de la Ley 15848?” De la lectura de la norma en cuestión -señala la Corte- se estaría indicando que los delitos respecto de los cuales se restituye la pretensión punitiva son los comprendidos en el art.1º de la Ley 15848, sin que necesariamente hubiera implicado decisión del Poder Ejecutivo conforme al artículo 3 de la Ley 15848, sino atender a la naturaleza de los delitos y a la calidad de la persona autora.

El Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 1er. Turno refirió en sentencia interlocutoria N° 440/2014: “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), donde tanto el Poder Ejecutivo como el Legislativo, se allanaron.- En similar sentido el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 4º Turno, en interlocutoria 185/2014 sentenció: “El verbo restablecer significa volver a establecer y su utilización por el legislador en el precitado art. 1 de la ley 18831 implica de manera indubitable que se reconoció legalmente que en el plano temporal anterior a la sanción de dicha norma, había efectivamente caducado el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado, por lo cual se procedió a restablecer el ejercicio de dicho derecho”.-

Así se erige enhiesto el apotegma de que al impedido por justa causa no le corre término y en su mérito no corresponde computar el período comprendido entre el 22 de diciembre de 1986 (fecha de promulgación de la Ley 15848) y el 27 de octubre de 2011 (entrada en vigencia del art. 1º de la Ley 18831, que no ha sido declarado inconstitucional) sino tan sólo el transcurrido desde el 1º de marzo de 1985 al 21 de diciembre de 1986 acumulativo del que viene transcurriendo desde el 27 de octubre de 2011, período este en el que existió posibilidad objetiva de recurrir a los Tribunales.

En el ocurrente la denuncia promovida por José Ibarburu, Martha Passeggi, Elina Larrondo, Irma Leites y Pilar Elhordoy se dedujo el 1º de marzo de 2011 y cualquiera fuera la tipificación delictual que eventualmente pudiere realizarse, no ha operado la prescripción respecto a los delitos señalados específicamente a fs. 152-153 (art. 117 del C.Penal)

Por los fundamentos expuestos, el Tribunal

RESUELVE

Confírmase la Resolución N° 591/2020 de 23 de julio de 2020.

Oportunamente devuélvase al Juzgado de origen.

Dr. José María Gómez Ferreyra

Ministro-

Dr. Pedro María Salazar Delgado

-Ministro-

Dr. Julio Ernesto Olivera Negrín

-Ministro-

DISCORDE: revoco la resolución N° 591 de 23 de julio de 2020 y en su mérito, declaro que operó la prescripción de cualquier eventual delito que pudiera haber existido, disponiendo la clausura de las actuaciones a su respecto.

En cuanto al fondo del tema no tengo el honor de acompañar la solución dada en la anterior instancia.

Así no comparto que en la especie se esté ante delitos de lesa humanidad y por ende, imprescriptibles.



Por Ley No. 17.347, promulgada el 13 de Junio de 2001, se aprobó la “ Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada en la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 26 de noviembre de 1968.

La Ley 17.510, promulgada el 27 de Junio de 2002, aprobó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptado en Roma, República de Italia, el 17 de julio de 1998 y suscrito el 19 de diciembre de 2000.

Y en el año 2006, la Ley 18026 en su Título II hace referencia a los “crímenes de lesa Humanidad”, tipificando como uno de ellos a la “Tortura” el que por expresa disposición del artículo 7 es imprescriptible.

O sea que la tipificación del delito de “Tortura” en nuestro ordenamiento jurídico, con las características de delito imprescriptible, se realizó en el año 2006.

En materia del ámbito temporal de validez de la ley penal y en especial de las soluciones de la Ley 18026, mantengo la solución dada por la Sala de Tercer Turno integrada (BORGES, CORUJO, TAPIE y OLIVERA NEGRIN) en el caso de Juan Carlos BLANCO en Sentencia No. 22 de 16 de Febrero de 2012, cuyo recurso de casación fuera desestimado por la Suprema Corte de Justicia por Sentencia No. 899 de 5 de Noviembre de 2012.

En el Considerando IX) de dicha Sentencia de segunda instancia se dijo que “Que la distinguida representante del Ministerio Público, por su parte, al adherirse al recurso de apelación centró su agravio en la calificación delictual imputada en la sentencia de primera instancia, abogando por la revocación de la misma en ese aspecto acogiendo en definitiva la imputación de Desaparición forzada.

El Tribunal, con la presente integración, no comparte la tipificación que de los hechos realiza la Sra. Fiscal Letrado e irá a confirmar la recurrida también en ésta cuestión.

En materia del análisis del ámbito temporal de validez de la ley penal, se pueden dar diversas hipótesis de sucesión de leyes que obligan a pronunciarse con qué norma legal debe juzgarse un hecho.

Como derivado del artículo 10 de la Constitución de la República surge el principio de legalidad, del cual se desprende la necesidad de que una ley escrita, estricta, previa y cierta establezca los delitos y su penalidad.

Evidentemente que la Ley 18. 026 del año 2006 creó un nuevo tipo penal, que presenta diferencias sustanciales con los “ tradicionales” – por llamarlos de alguna forma - tanto, entre otros aspectos, en cuanto a los bienes jurídicos protegidos, la estructuración del mismo, los sujetos activos e incluso habilitando la imposición de penas más gravosas que las de las figuras anteriores así como la imprescriptibilidad de las novísimas figuras.

Por ende, se considera que esa ley contemporánea que contiene una nueva incriminación delictual más gravosa, no puede aplicarse a hechos delictivos anteriores a su vigencia, ya que el comienzo de ejecución – momento que debe tomarse en consideración - de los hechos que se tienen por debidamente probados en autos, es previo a la tipificación realizada por la multicitada Ley 18.026 en sus dos modalidades; con lo cual si se aplicara a aquellos la nueva normativa ello implicaría una vulneración del principio cardinal de reserva de la necesidad de una “ ley previa”: “nullum crimen nulla poena sine praevia lege”.

O sea que, evidentemente el Derecho seleccionado por el acusador público para calificar la conducta delictiva juzgada no vincula al Decisor -“iura novit curia”- y aquél se descarta en la especie por razones de legalidad, la imposibilidad de imponer un ilícito más perjudicial para el justiciable en forma retroactiva, pero en especial por la muerte de Elena QUINTEROS porque el presupuesto de permanencia del delito decae ante la certeza del

fallecimiento el que, como ya se expuso, acaeció mucho antes de la vigencia de la nueva Ley.

Como sostiene LOPEZ DIAZ en “Desaparición forzada de personas. Análisis comparado e internacional”. Coordinador AMBOS Kai. Bogotá 2009, págs. 89 y 98, citada por la Sala Penal de 2°. Turno en sentencia No. 263 de 26 de Agosto de 2010: “si la víctima ya no está viva ya no puede decirse que el delito se siga consumando porque no hay sujeto pasivo de éste y porque el autor no tiene más dominio del hecho para mantener privado de la libertad a un ser humano que no existe”.

Así pues, hoy ya no hay incertidumbre sobre el destino o la “suerte” de Elena QUINTEROS -más allá de que no se hayan encontrado sus restos -, el que no fue otro que la muerte, por lo que tampoco existe adecuación típica de la conducta imputada en la figura delictiva reclamada por la Fiscalía.

Asimismo la Suprema Corte de Justicia en Sentencia No. 1501 del 6 de Mayo de 2011 se pronunció en igual sentido.

Falló la Alta Corporación, por legal mayoría, que no es aplicable a casos como el de autos el ilícito de Desaparición Forzada en cuanto el mismo “... fue creado por el artículo 21 de la Ley No. 18.026, de fecha 25 de setiembre de 2006, es decir que al no existir la norma al momento de ejecutarse los hechos a juzgar, no corresponde su aplicación en forma retroactiva, pues ello resultaría en franca vulneración a lo dispuesto en el art. 15 inc. 1 del Código Penal y a los pilares básicos en que se fundan los principios que rigen el Derecho Penal.

En la medida que ello, constituye un requisito inherente a la prohibición penal derivada del artículo 15 inc. I. del C.P., que está especialmente consagrado por una norma de derecho internacional, como lo es el Pacto de San José de Costa Rica, que es Ley nacional (No. 15.737) y que literalmente expresa que: “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la

comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la Ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”.

En doctrina se ha expresado que: “... la irretroactividad de la Ley penal es un principio liberal o garantía implícita en el art. 72 de la Constitución, que deriva, además, indirectamente, del principio de libertad, expresamente proclamado en el art. 10 inc. 2 de la Carta. Asimismo, está íntimamente vinculado a la seguridad, valor aludido en el art. 7 y también comprendido en el art. 72 de la Constitución... (Alberto Ramón REAL, "Los principios generales de derecho en la Constitución Uruguaya", Montevideo, 1965, pág. 53).

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

JESCHECK, por su parte, expresa que uno de los principios rectores del Estado de Derecho es el de que las normas que regulan un supuesto de hecho, no pueden luego modificarse en perjuicio de la situación jurídica del ciudadano pues, además, el delincuente, sólo puede motivarse por el mandato normativo cuando éste está configurado como Ley en el momento de la comisión del hecho. Por eso entiende que lo decisivo para la irretroactividad es la idea de la seguridad jurídica (“...Tratado de Derecho Penal. Parte General”, Ed. BOSCH, Barcelona, vol. 1, pág. 184) (Sent. No. 70/97).

En las especiales circunstancias del caso, la Corte disiente con la posición de la Sra. Fiscal, que aduce que de acuerdo a lo previsto en el art. 28 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, no existía conflicto alguno para aplicar en obrados el delito continuado de Desaparición Forzada. Pues, en la medida que el art. 28 de la Convención de Viena establece que: “...Las disposiciones de un Tratado no obligan a una parte respecto de

ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del Tratado para esa parte, ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del Tratado o conste de otro modo”. Y, en ese sentido, no existe en nuestro derecho norma alguna que consagre esa intención diferente de aplicar retroactivamente las mismas a las desapariciones no resueltas, en tanto las Leyes Nos. 17.894 y 18.596 refieren, la primera, a la situación de las personas cuya Desaparición Forzada resultó confirmada por el anexo 3.1 del informe final de la Comisión para la Paz, a los sólo efectos de la apertura legal de la sucesión del ausente (art. 1.037 C. Civil) y la segunda a la Actuación Ilegítima del Estado entre el 13 de junio de 1968 y el 28 de febrero de 1985, a los solos efectos reparatorios.

A su vez, tampoco se podría recurrir como también argumentó la representante del Ministerio Público a las normas del jus cogens, porque se coincide con el Fiscal de Corte que, es recién a partir de la ratificación de la Convención Interamericana del año 1995, que se podía sostener su vigencia, siendo de aplicación para hechos acaecidos hacia el futuro (fs. 9.398).”.

O sea que, por todos los argumentos expuestos anteriormente, considero que los hechos investigados en autos no se adecuan a un delito de Lesa Humanidad, sino a lo que pueden llamarse alguna conducta delictiva “tradicional”.

Ello habilita, como en otros hechos ya juzgados, a entrar a considerar si respecto al mismo ha operado o no el instituto de la prescripción.

Tampoco comparto el argumento de que en autos no ha operado la prescripción por la aplicación del principio de que al impedido por justa causa – que en este caso sería la Ley 15.848 – no le corren los plazos.

Aun teniendo presente prestigiosas posiciones jurisprudenciales incluida la de la Suprema Corte de Justicia, por ejemplo en Sentencia No. 127 de 7 de Mayo de 2015 así como por la mayoría de los integrantes de esta Sala de

Tercer Turno en reciente Sentencia No. 38 de 26 de Febrero de 2015 y versados trabajos doctrinarios, no tengo el honor de compartir dicha solución.

Es posición constante de la jurisprudencia nacional el no cómputo del término de prescripción, en eventuales ilícitos como el que se investiga en autos, durante la vigencia del gobierno de facto ( cfm. Sentencia No. 806 de 16 de Diciembre de 2010 del TAP 3°. entre otras ).

Ahora se plantea que tampoco es aceptable computar el período subsiguiente durante el cual antes de que así fuera reconocido legalmente (art. 1°. De la Ley 18.831), sosteniendo que ni las víctimas ni el titular de la acción pública estuvieron en plenas condiciones de perseguir los delitos encapsulados por el art. 1° de la Ley 15.848, declarado inconstitucional por la SCJ en el año 2009 (Sent. 365 / 2009).

En este sentido comparto plenamente la posición sostenida por el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de Segundo Turno en Sentencia No. 360 de 26 de Noviembre de 2014, en cuanto concluye que “ no hubo ningún impedido con justa causa o una forma de suspensión de la prescripción que determinara que el plazo dejara de correr durante el tiempo del impedimento, sino actos discrecionales del Poder Ejecutivo efectuados al amparo de una Ley vigente, tanto es así, que la revocación genérica que dispuso el Sr. Presidente de la República MUJICA en el año 2011 ( de todas las resoluciones que incluían asuntos en la Ley 15.848 ), bien pudo ocurrir mucho antes en su mandato o, incluso, en el del Presidente VAZQUEZ si así lo hubieran entendido, pero sin embargo tal cosa no aconteció excluyendo solamente casos específicos.

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

Lo mismo puede decirse de los Presidentes de la República anteriores a los Presidentes VAZQUEZ y MUJICA a partir del año 1986, pero como en esos casos no existieron revocaciones resultó un criterio constante, pero aun así,

la facultad de incluir o excluir estuvo siempre vigente, porque todos y cada uno de ellos pudo hacerlo.

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

Como una simple forma de subrayar algunos conceptos parece clave recordar que la Ley 15.848 fue aprobada en plena vigencia de un Estado de Derecho, que fue ratificada por dos pronunciamientos populares consagrados en la normativa constitucional vigente y declarada en reiteradas oportunidades constitucional por el órgano máximo del Poder Judicial uruguayo dentro del marco de su competencia originaria (entre otras, Sentencias No. 184 de 2 de Mayo de 1988 y No. 150 de 10 de Agosto de 1988).

Tampoco coincido que en este caso haya operado “la caducidad” de la acción penal al amparo de las previsiones del artículo 3 de la Ley 15.848 ya que dicho instituto -más allá del término utilizado en la mencionada Ley- no fue regulado en la precitada norma, entendido como la extinción, consunción o pérdida de un derecho o facultad por vencimiento de un plazo predeterminado sin que se hubiera ejercido el mismo.

En la mencionada Ley no hubo esa determinación previa de un tiempo para el ejercicio del mismo y la consecuencia de la clausura judicial de las causas – a pedido del Ministerio Público – que, de acuerdo a los informes del Poder Ejecutivo se consideraban comprendidas en el artículo 1º de la Ley 15.848, no fue la extinción de la acción penal pública. Es más, el Poder Ejecutivo por Resolución No. 323/2011 revocó los actos administrativos de Gobiernos anteriores que informaban que determinados hechos investigados estaban comprendidos en lo dispuesto en el precitado artículo y con ello se habilitó a las Sedes judiciales a proseguir con la instrucción de causas que habían sido oportunamente archivadas.

Todo esto deja en evidencia que ese informe previo que debía requerirse al Poder Ejecutivo, debe entenderse como un requisito de procedibilidad de la investigación de las denuncias correspondientes.

Entonces, lo que siempre imperó en estas situaciones es el instituto de la prescripción regulado en el Código Penal vigente, no habiéndose relevado en la especie – como ya se expuso – alguna justa causa prevista legalmente que obligara suspender el transcurso de dicho término.

Por todo ello es que considero que, aun estando ante un delito de Homicidio muy especialmente agravado e incrementando el término de prescripción a la luz de las disposiciones del artículo 123 CP, el mismo se cumplió y así deberá ser declarado.

Tampoco entiendo que el término de prescripción se haya interrumpido por la presentación de la denuncia ante la autoridad policial.

El Tribunal, en este sentido ha fallado “... siguiendo mayoritaria doctrina y jurisprudencia, que la interrupción de la prescripción “por la simple interposición de la denuncia” (art. 120 Código Penal) está referida a la instancia de parte.

Es decir, el vocablo legal “denuncia” no debe ser entendido como mera “notitia criminis”, esto es, como la puesta en conocimiento a la autoridad de la comisión de un hecho presuntamente ilícito, sino que debe ser interpretada como la manifestación de voluntad del sujeto (legitimado) en punto a la persecución penal del hecho y en los casos que la ley condiciona tal persecución a la existencia de dicha manifestación.

Tal interpretación se compeadece con el contexto del Código Penal puesto que en los arts. 110 (remisión), 111 (idem), 177 (excepción a la regla de delito por omisión de los funcionarios a denunciar los delitos), 255 (insolvencia fraudulenta), 271 (rapto), 338 (difamación e injuria), 335 (apropiación de



cosas perdidas, tesoro o de cosas habidas por error o caso fortuito) y 358(daño), se parifican las expresiones “denuncia” e “instancia”.

El expresado elemento hermenéutico posee primera importancia y en la medida que exterioriza la “intención o espíritu” del Codificador por vía de disposiciones correspondientes al propio cuerpo de leyes, por lo que puede decirse que se encuentran “claramente manifestados en la misma” (art.17 Código Civil).

Por otra parte, lo expuesto se compadece además con las notas explicativas del Codificador al art. 120.

En efecto, IRURETA GOYENA señalaba que a los efectos de la interrupción “...ni basta un acto de instrucción cualquiera ni se requiere una sentencia condenatoria; es necesario, o la orden judicial de arresto o la interposición de la denuncia, según se trate de delitos que se siguen de oficio o mediante querrela de particular ofendido” (cfm., entre otras, Sentencia No. 565 de 10.09.2007 con anterior integración).