

Montevideo, 23 de diciembre de 2015.-

**SENTENCIA N°563/2015**

Tribunal Apelaciones Penal 3° T°

Dra. Bernadette Josefina MINVIELLE SANCHEZ

Dr. Eduardo Nicasio BORGES DUARTE (Redactor)

Dr. Julio Ernesto OLIVERA NEGRIN (Discorde)

**VISTOS:**

Para sentencia interlocutoria de segunda instancia, estos autos caratulados: AA - Denuncia por desaparición-Ficha 88-98/2010, 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, interpuesto oportunamente contra las resoluciones N° 1284 del 30 de mayo de 2014 y 2678 del 13 de octubre de 2014 dictadas por la Sra. Juez Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 7° Turno, Dra. Beatriz Larrieu, y;

**RESULTANDO:**

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

2) Por los fallos interlocutorios impugnados se resolvió proseguir las actuaciones presumariales, desestimándose la solicitud de clausura presentada por la defensa del indagado BB y a su vez la segunda resolución atacada resolvió desestimar la solicitud de clausura presentada por la Defensa de CC y desestimar el recurso de reposición y en tanto mantener firme la resolución 1284, al tiempo que franqueaba el recurso de apelación.

3) Las defensas de DD, EE, FF, GG, HH, II, JJ, KK y LL interpusieron los recursos de reposición y apelación contra la sentencia interlocutoria N° 1284, argumentando que la Ley N° 15.848 nunca fue un obstáculo o impedimento para el ejercicio de cualquier acción. Sostiene que la interpretación que realiza la sede en la sentencia objeto del recurso, respecto al alcance del principio que al justamente impedido no le corre término y sobre el punto de partida del plazo de prescripción del eventual delito, viola los principios básicos del Derecho Penal liberal y desconoce principios interpretativos aceptados por la mayor parte de la doctrina.

Argumenta también que no pueden aplicarse las disposiciones de la Ley 18.026 en forma retroactiva.

Del mismo modo, CC solicita la clausura y el archivo de las actuaciones por haber operado el término de prescripción.

La fiscalía abogó por el mantenimiento de la resolución impugnada -fs. 815 y ss.- y la Sra. Juez actuante desestimó la solicitud de CC, en tanto que también desestimó el recurso de reposición interpuesto, franqueando la alzada (Res. 2678 de fs. 828 y ss.).

La sede apelada fundamenta su decisión en que la misma no argumentó o sostuvo que la Ley 18.831 hubiere sido el fundamento de su resolución, por el contrario indicó que la misma había sido declarada inconstitucional por la Suprema Corte de Justicia, fallo que debe acatarse, en cambio dice que no ha operado la prescripción solicitada por la defensa -y eje de toda la discusión- porque los delitos de que se trata son los de Desaparición forzada de personas, que son delitos de carácter permanente y por ende no han prescrito porque hasta la fecha no se ha podido determinar el destino de los restos de Gelós Bonilla.

La Defensa de CC, a su vez interpuso recursos de reposición y apelación contra la resolución N° 2678 reiterando argumentos anteriores. La sede mantuvo el dispositivo y franqueó la alzada.

Una vez los autos en esta Sede, consta que pasaron a estudio de los Sres. Ministros por su orden y citadas las partes, se acordó resolución en legal forma (fs. 877 y ss.)

### **CONSIDERANDO:**

1) Que la Sala -con mayoría legal correspondiente- habrá de confirmar las resoluciones impugnadas, aunque citando otros argumentos que los esgrimidos en la decisión del grado anterior.

2) En primer término y como aclaración previa, corresponde observar que, no obstante haber sostenido esta Sala en reiteradas ocasiones la posición restrictiva en cuanto a la apelabilidad de las resoluciones recaídas en la etapa de presumario, fundados en el artículo 116 del Código del Proceso Penal, en este caso debe darse trámite al asunto, ya que la cuestión de la prescripción alegada es claramente atípica en relación a la función mecánica propia del presumario (Cfm. entre otras muchas, resolución N° 616 del 30 de setiembre 2010).

3) En segundo término e ingresando en lo medular, si bien también a la Sala le surgen dudas, respecto a si a esta altura se debe pronunciar una decisión referida a la prescripción o no de un delito, que en resumidas cuentas se está investigando, no conociéndose, desde luego, si existió como tal, ni cuales fueron sus autores o peticiones, lo cierto es que, por los fundamentos que se dirán se procederá a confirmar la impugnada o sea, se desestimaré la pretensión de archivar el sumario por haber operado la prescripción, tal como sostiene la defensa.

A criterio de la Sala, no corresponde, en esta etapa del procedimiento (presumario) ingresar el debate, respecto a si el delito en juego es el que propugna la sede apelada, siguiendo la tesis de la fiscalía, o si por el contrario se trata de otro ilícito; si el reato de Desaparición forzada de personas es una tipificación correcta o viola los principios del Derecho Penal liberal, cuál ha sido esgrimido por la Defensa, en tanto parece muy claro que esa discusión tendrá lugar en la etapa correspondiente.

En cuanto al punto en cuestión, ha sido tratado por la Sala en varias oportunidades, por tanto se permite citar la sentencia N° 38 del 12 de febrero de 2015.

Dijo la Sala: “En cuanto al concepto de prescripción, conceptualmente se cimenta en dos motivaciones, que siguiendo a MM 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. Dice el citado autor que fue éste, 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 se le adiciona 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 modo que 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 pata en que reposa toda la institución.

En la especie es bien obvio 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 encapsulados 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 2º 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 3º, 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 3º que, conjuntamente con el artículo 1º, 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 2º 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 aún 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, esto es en plena vigencia de la Ley 18.848, se sucedieron elementales condiciones de menoscabo del ejercicio de los derechos de personas a las cuales se les había violentado en sus derechos, llegándose incluso a los delitos a que alude el artículo 1 de la ley en cuestión, de allí que este término no puede en forma alguna considerarse, como pretenden los recurrentes, como computable a los efectos del inicio del plazo prescripcional; mucho se ha hecho hincapié por los recurrentes en que el paso del tiempo es vital porque otorga seguridad, no sólo a los posibles sindicados como autores o partícipes de hechos con apariencia delictiva (dicho esto en general no referido a la especie), sin embargo ya se ha visto que no sólo el paso del tiempo y la mentada seguridad que otorga es el fundamento de la prescripción, citamos a Creus y como este autor, fundado en el derecho penal argentino, suma a ese primer fundamento, otro derivado de la presunción de enmienda y buena conducta del agente, que implica su abstención delictiva, lo que en buen romance no tiene nada que ver con el mero paso del tiempo y la seguridad que éste otorga en función de los clásicos argumentos referidos a que el paso del tiempo se traduce en el olvido del hecho por desaparición de sus efectos, o como cesación de la impresión moral negativa a que diera lugar, y otros de similar categorización.

Ahora bien, aunque no esté específicamente regulado en la parte concretamente referida a la prescripción no puede caber duda alguna que al impedido por justa causa no le corre término, o en otras palabras aparece como otra forma de interrumpir la prescripción, porque lisa y llanamente, para el cómputo de la prescripción, se debe partir desde que existe la plena vigencia de los derechos fundamentales del hombre, como le es la libre accesibilidad a los Tribunales para reclamar su intervención en pos de ejercer sus legítimas pretensiones.

Este aspecto mencionado: la libre accesibilidad a los tribunales para reclamar su intervención en pos de ejercer sus derechos en forma plena, resulta elemental y debe aparecer en forma diáfana, no sólo como una estructura normativa, por ello es que no puede recibirse el agravio referido a que en esta especie no se ha declarado la inconstitucionalidad de la ley en cuestión, ni que tal declaración -como es evidente- sólo opera para el caso concreto y por tanto no puede ser considerado para el inicio del plazo prescripcional como hace la recurrida la fecha 19 de octubre e 2009, en la que se dictó la primera inconstitucionalidad por la Suprema Corte de Justicia (Sabalsagaray), la Sra. Juez del grado en forma contundente da cuenta que esa fecha opera como inicio del plazo prescripcional, no porque esa decisión abarque la presente causa ni otras, por el contrario, esa decisión abrió la posibilidad de que, materialmente, efectivamente, en forma diáfana, se presentaron denuncias que otrora (antes del 2009) se veían impedidos de investigar, porque como dice la Sra. Juez “a-quo”. Si bien es sabido, la declaración

de inconstitucionalidad opera para el caso concreto, a partir de dicha sentencia (refiere a la 365/2009 de la Suprema Corte de Justicia) las víctimas y el Ministerio Público contaron con un recurso legal que habilitó la investigación judicial de los hechos, debiendo en cada caso promover el correspondiente proceso de inconstitucionalidad”

De modo que lo que parecería una incongruencia, es decir la circunstancia de que pese al restablecimiento e 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, tras la denuncia correspondiente, obedece a causas de índole histórico que no viene al caso analizar en este momento, pero es muy claro que el plazo de la prescripción sólo puede computarse a partir del 19 de octubre de 2009, 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 no viene al caso analizar, pero que recién logró su completa apertura con la sentencia de Sabalsagaray.

La Sala concuerda con la sentenciante del grado en cuanto a que no corresponde ingresar al debatido tema referido a si se trata de delitos de lesa humanidad y toda la problemática que encierra el punto, lo que indudablemente aparece como destinado a analizarse en estadios más avanzados del proceso”

En relación al recurso de apelación interpuesto por la Defensa de CC, debe señalarse que éste no fue uno de los indagados que interpuso la excepción de inconstitucionalidad contra los artículos 2 y 3 de la Ley 18.831 (fs. 625 y ss.) por lo que mal puede pretender beneficiarse de la sentencia de la Suprema Corte de Justicia que la acoge (fs. 717 y ss.)

En este sentido el artículo 259 de la Constitución establece que “el fallo de la Suprema Corte de Justicia se referirá exclusivamente al caso concreto y sólo tendrá efecto en los procedimientos en que se haya pronunciado”

Cassinelli, citado por Pérez Pérez en su trabajo sobre la “Eficacia temporal de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes” publicado en el libro “Tercer Coloquio Contencioso de Derecho Público Responsabilidad del Estado y Jurisdicción”, Editorial Universidad, enseña que “el caso concreto en la vía de acción, se delimita por la identidad del actor, la identidad de la disposición legislativa tachada de inconstitucionalidad y la identidad de la lesión al interés directo, personal y legítimo” (pág. 130).

Y Supervielle, cuya opinión también es traída a colación en la misma obra en su página 138, establece que “en nuestro régimen jurídico, la declaración de inconstitucionalidad

no tiene un efecto general, sino que constituye un acto típicamente jurisdiccional que significa un pronunciamiento de derecho para el caso concreto. Pero en sus consecuencias debe asimilarse a la anulación de la norma legislativa. Por consiguiente, frente a quien ha obtenido un pronunciamiento de la Suprema Corte deberá como si la norma inconstitucional no existió...”

Surge además de los propios requisitos planteados en la Constitución que quien plantea la cuestión de inconstitucionalidad tenga un interés en el accionar, un “interés directo, personal y legítimo”, haciendo expresa referencia justamente el carácter de “personal” que sea propio de quien actúa como parte en ese proceso de inconstitucionalidad. “No se admite en función de la naturaleza del sistema, la invocación de un interés popular o ajeno” (Cfm. Vescovi, “El proceso de inconstitucionalidad de la ley” 1967, página 148)

Por ende, si CC no solicitó esa declaración de inconstitucionalidad de los referidos artículos de la Ley 18.831, no puede pretender beneficiarse de los efectos de la Sentencia de la Suprema Corte y-a su respecto- dicha normativa debe aplicarse y por lo tanto queda legítimamente habilitada la prosecución de la instrucción presumarial.

Por los expresados fundamentos, el Tribunal **RESUELVE**:

**Confirmar, por distintos motivos, las resoluciones de primera instancia impugnadas.**

**Devuélvase al Juzgado de origen.**

**ISCORDE:**

**Julio OLIVERA NEGRIN**

**a) REVOCO LA RESOLUCION No. 1284 de 30 de Mayo de 2014 Y EN SU MERITO EN CUANTO A LA SITUACION DE DD, EE, FF, GG, HH, II, JJ, KK DECLARO QUE EN SUS CASOS OPERO LA PRESCRIPCION DE CUALQUIER EVENTUAL DELITO QUE PUDIERA HABER EXISTIDO, DISPONIENDO LA CLAUSURA DE LAS ACTUACIONES A SU RESPECTO.**

**b) CONFIRMO LA RESOLUCION No. 2678 ( fs. 828 – 832).**

## **1 ) ANALISIS DE LOS RECURSOS**

### **1.1 ) CONSIDERACIONES PREVIAS COMUNES A AMBAS IMPUGNACIONES.**

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 No. 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 2.009, 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.

En nuestra opinión, el debate planteado en primera instancia constituye una cuestión ajena al contenido del presumario, la razón de ser del instituto (art. 112 del C. P. P.).-

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).-

En nuestro parecer, 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 del 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.-

En tal orden de ideas, pues, la hipótesis de autos no resulta comprendida en lo preceptuado por el precitado art. 116 del Código del Proceso Penal”.-

La fundada solicitud de clausura de las actuaciones por haber operado el término de prescripción se encuadra plásticamente dentro de esas cuestiones atípicas al desarrollo propio del presumario, por lo que corresponde que la Sala entre a su consideración.

## **1.2 ) EL RECURSO DE APELACION INTERPUESTO POR LAS DEFENSAS DE DD, EE, FF, GG, HH, II, JJ, KK ( fs. 797 – 805v. ).**

La Sra. Juez LARRIEU en muy bien fundada Resolución, basa su decisión de proseguir las actuaciones en que se está investigando un “ delito de Desaparición forzada del ciudadano Gelós Bonilla que se estaba cometiendo a la fecha de entrada en vigencia de la Ley No. 18.026 y se continúa cometiendo al presente, sin que sea necesario, al menos en esta etapa, recurrir a la normativa internacional ni al concepto de crímenes de lesa humanidad y su imprescriptibilidad ...” ( fs. 787 ).

Es más, la propia Fiscal Letrado Nacional actuante en este procedimiento ha solicitado el enjuiciamiento con prisión de CC, DD, EE “ en calidad de coautores por el delito de Desaparición forzada ( art. 21 de la Ley 18026 ) del ciudadano AA“ ( fs. 431 – 460 ).

En este aspecto no tengo el honor de compartir la posición de la muy estudiosa Magistrada.

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 “ Desaparición forzada de personas “ el que “ será considerado como delito permanente” ( art. 21 ) y por expresa disposición del artículo 7 es imprescriptible.

O sea que la tipificación del delito de “ Desaparición forzada de personas” en nuestro ordenamiento jurídico, con las características de delito permanente e 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 este Tribunal integrado ( BORGES, CORUJO, TAPIE y OLIVERA NEGRIN ) en el caso de NN 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 agiéndose 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 2º. 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. 1. 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 sólo 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 al delito de “ Desaparición forzada de personas”, tal como expresamente lo peticiona la Fiscalía llamando a responsabilidad a varios indagados y lo funda la Sede para continuar la instrucción.

A mi juicio se está, como en otros hechos ya juzgados, ante un delito de Homicidio muy especialmente agravado, debiéndose entrar a considerar si respecto al mismo ha operado o no el instituto de la prescripción.

La Sra. Juez, coherente con su posición en el tema, no entró a analizar tal punto, pero la Fiscalía a lo largo de estas actuaciones ha hecho referencia reiteradamente a que de manera alguna puede considerarse que haya operado la prescripción de los hechos denunciados en autos – más allá de que a su juicio se está ante un delito de lesa humanidad – 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 ( fs. 751 – 753, 815 y ss, 851 y ss.).

Aún 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 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 de ésta Sala entre otras ).

Ahora se plantea que tampoco es aceptable computar el período subsiguiente “ durante el cual antes de que así fuera reconocido legalmente ( art. 1º. De la Ley 18.831 ) ni las víctimas ni el titular de la acción pública estuvieron en plenas condiciones de perseguir los delitos encapsulados por el art. 1º de la Ley 15.848, declarada inconstitucional por la SCJ en el año 2009 ( Sent. 365 / 2009 )” ( dictámen fiscal, fs. 754 ).

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 aún 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 15.8448, 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, Sentencia No. 184 de 2 de Mayo de 1988 e incluso la No. 150 de 10 de Agosto de 1988 recaída en los autos acordonados Fa. 1708 / 1988, fs. 139 – 139v. ).

Por todo ello es que considero que, estando ante un delito de Homicidio muy especialmente agravado y aún si se incrementara el término de prescripción a la luz de las disposiciones del artículo 123 CP, el mismo se cumplió en Noviembre de 2011 y así deberá ser declarado.

### **1.3 ) EL RECURSO DE APELACION INTERPUESTO POR LA DEFENSA DE CC( fs. 840 – 848v. ).**

Comparto la solución dada al tema por la Sra. Juez en la primera instancia y las consideraciones realizadas en el cuerpo de la presente sentencia.