

Sentencia 72/2015

TAP 1º Turno

Montevideo 7 abril de 2015

VISTOS

para interlocutoria de segunda instancia en estos autos: "AA - DENUNCIA" (IUE 177-450/2011); venidos del Jdo Ltda. de 1ª Instancia de Florida 1er. T., a conocimiento del recurso interpuesto por la Defensa pBBda de José María EE contra la Res. 514 de 4/9/2014 dictada por la Dra. María Fernanda Morales, con intervención de la Sra. Fiscal Ltda. Dptal. Dra. Adriana Edelman.

RESULTANDO

Antecedentes. El 15/10/2011, AA denunció en Jefatura de Policía del Departamento de Canelones, que el 22/5/1972 había sido detenida junto con su hermana, cuando salía del Instituto Normal y conducida a la Seccional 1ª (Florida) por agentes de inteligencia policial o militar. En la dependencia fue revisada por el médico militar Dr. BB. Luego, encapuchada y maniatada, fue trasladada al Batallón de Ingenieros N° 2, donde sin golpearla la tuvieron de plantón durante cinco días hasta que, junto a otras personas (entre ellos su padre CC y su prima DD), fue trasladada a Durazno. En Florida nunca se le quitó la capucha, ni siquiera para comer o para ir al baño.

En el cuartel de Durazno permaneció encapuchada y no fue interrogada. Luego de cuatro días, fue llevada nuevamente a Florida, lugar donde comenzaron los interrogatorios más pesados. En esa oportunidad tuvo un plantón tan largo que perdió el conocimiento o caía dormida. Sufrió una infección ocular producto de la capucha y porque, en oportunidades, le ponían algodón sobre los ojos. Durante los plantones se le acercaban soldados que la acosaban sexualmente de palabra. Era interrogada a cara descubierta por un oficial apellidado EE. En el mes de julio o agosto de 1972 fue trasladada a Paso de los Toros donde las condiciones de reclusión eran malas. Dijo que tenía una pena de 10 a 30 años. En definitiva el Tribunal Militar le impuso una pena de ocho años y seis meses de penitenciaría. En setiembre de 1977 fue trasladada a Punta de Rieles y fue excarcelada el 22 de noviembre de 1980.

Dijo que los actos denunciados formaron parte de un ataque sistemático que diseñaron agentes del Estado, razón por la cual son delitos de lesa humanidad, o sea, imprescriptibles.

Por auto 1106 de 27/10/2011, la entonces titular del Jdo. Ltdo. de Ciudad de la Costa (Dra. Blanca Rieiro), declinó competencia, remitiendo los autos a la Sede A quo. Asumida que fue por la Sede A quo, se citó a la denunciante para el 7/12/ 2012 (fs. 9 vto.) y ésta amplió su denuncia (fs. 10/21).

Conferida vista al Ministerio Público (fs. 22), la Dra. Adriana Edelman pidió se oficiara al Ministerio de Defensa Nacional "... a fin de que informe a la Sede sobre la identidad de las autoridades (Jefe y Sub Jefe) del Cuartel de Ingenieros N° 2 de Florida en el período comprendido entre el 22 de mayo de 1972 y julio de 1974, así como de la plana mayor de Oficiales y del personal de Inteligencia Policial y/o Militar que prestaba servicio en dicha repartición militar en el mismo período, a fin de que posteriormente se les reciba sus declaraciones".

"Asimismo se requiere la citación del Sr. BB (médico militar en el momento de la detención de la denunciante y de los Tenientes FF,GG y EE, pudiendo ser ubicados los mismos a través de los datos que pueda proporcionar el Ministerio de Defensa Nacional".

El 20/2/2012 (fs. 23), el entonces titular del Juzgado Dr. Gustavo Iribarren hizo lugar a lo solicitado.

El 29/8/2012 compareció BB(fs. 78), a quien se le intimó que designara Defensor y solicitó nueva citación porque su abogado, Dr. Jorge Reyes, se encontraba haciendo un postgrado (fs. 31). En esa fecha declararon GG (fs. 32/38), asistido por el Dr. Charles Trucado y Andrés Daniel Quintana (fs. 39/44), patrocinado por la Dra. Estela Arab. El 31/8/2012 (fs. 46), el Dr. Trucado renunció al patrocinio de GG. El 11/9/2012 (fs. 48/52), declaró BBo, asistido por el Dr. Miguel Langón Cuñarro, quien el mismo día presentó escrito solicitando la clausura por prescripción de los eventuales delitos, o en caso contrario, la desvinculación de su defendido y la clausura y el archivo a su respecto, por cuanto el hecho que se le imputa al denunciante, adujo, sería intrascendente (fs. 53/59vto.).

Se dio vista al M. Público y el 18/10/2012 la Dra. Edelman la evacuó diciendo que "estando en curso la investigación...no resulta posible ingresar a los temas de fondo propuestos por el Sr. Defensor, por lo que corresponde continuar la instrucción procediendo a citar a los inasistentes" (fs. 61).

Antes de disponerse sobre lo solicitado, la Dra. Arab pidió la clausura y archivo por prescripción (fs. 70/71), de acuerdo con lo dispuesto por el art. 117 CP. Conferida nueva vista Fiscal, la Dra. Edelman volvió a evacuarla, postergando pronunciarse (fs. 73). Dijo: "...en el estado actual del procedimiento -fase presumarial- no corresponde ingresar en las cuestiones de fondos alegadas por la Sra. Defensora".

Por auto 2062 de 8/12/2012 (fs. 74), el Dr. Iribarren dispuso: "...A las solicitudes de clausura de las presentes actuaciones, téngase presente; correspondiendo decidir sobre las mismas una vez agotada la etapa presumarial todavía en curso". No se ordenó notificar dicha providencia, ni fue notificada. Por auto 2416 de 24/11/2012 (fs. 74vto.) se dispuso la citación de EE, quien no compareció (fs. 75).

El 21/12/2012, haciendo caudal de que la resolución N° 2062/12 no había sido notificada, la Dra. Arab interpuso recursos de reposición y apelación en subsidio (fs. 76/78).

Por Res. N° 290 de 19/4/2013 (fs. 89/93), la A quo hizo lugar al recurso de reposición interpuesto por la Dra. Estela Arab en representación de FF y GG contra la Res. N° 2062 de 8/11/2012.

La A quo coincidió con el Dr. Langón en que, como los hechos denunciados fueron anteriores al 27/6/1973, no están alcanzados por la Ley 15.848, "y por tanto tampoco en las previsiones establecidas por la Ley 18.831". Y como a la denuncia habían transcurrido más de 26 años de democracia, declaró extinguida la acción y dispuso la clausura.

La Sra. Fiscal interpuso recursos de reposición y apelación (fs. 94/102) y su decisión fue revocada por interlocutoria de la Sala N° 4 de 7/2/2014 (fs. 135/155).

II) Incidente. Recibidos los autos en el Juzgado, se citó para el 12/6/2014 a BB (fs. 162/165), quien en idéntica fecha y asistido por las Dras. Estela Arab y Rossana Gavazzo (fs. 166/168), solicitó la suspensión del proceso y clausura y archivo de las actuaciones. En síntesis, sostuvo: 1) Los hechos denunciados tuvieron lugar en la década de 1970, hace más de treinta años. De acuerdo a lo establecido en el art. 117 CP, la prescripción extingue el delito y ella se

produce en un plazo máximo de veinte años, cumplido el 1º/3/2005. 2) El instituto de la prescripción es de orden público y debe ser declarado aún de oficio por el Juez toda vez que advierta su acaecimiento (art. 124 CP). Cualquier pretensión de aplicar delitos consagrados en leyes posteriores al tiempo de ocurrencia de los hechos en instrumentos internacionales, cuya ratificación también es posterior al tiempo de ocurrencia de los hechos, resulta contraria a derecho. 3) También resulta lesivo del OJN cualquier pretensión de considerar los hechos ocurridos durante el período del gobierno cívico militar como delitos de lesa humanidad y por ende imprescriptibles. Así lo declaró la SCJ en Sent. Nº 20/2013 (Martínez Llano, Julio y otra - Denuncia, IUE-2-109971/2011).

III) Oposición. Al evacuar la vista que le fuera conferida de esta nueva solicitud de clausura (fs. 169/172), el M. Público contestó lo siguiente: 1) La clausura solicitada evitaría la investigación de los hechos denunciados. El Estado tiene la obligación de investigar y juzgar estos delitos de conformidad con lo establecido por la CIDH en el caso Gelman vs. Uruguay, en términos reproducibles en autos, al señalar “Esta Corte ha destacado que la obligación estatal de investigar y sancionar a los responsables, adquiere particular importancia ante la gravedad de los delitos cometidos y la naturaleza de los derechos lesionados...se encuentra dentro de las medidas positivas que deben adoptar los Estados para garantizar los derechos reconocidos en la Convención...El deber de investigar es una obligación de medios y no de resultado, que debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa”. La sentencia de la CIDH agregó que: “Esta investigación debe ser realizada por todos los medios legales disponibles y orientarse a la determinación de la verdad. Este es un elemento fundamental y condicionante para la protección de los derechos afectados por esas situaciones...”. 2) Existe abundante jurisprudencia latinoamericana recogida en nuestro país que sostiene que los delitos de Lesa Humanidad son tipificables hoy pese a no estar escritos en la década de los setenta, basado en tipos penales internacionales consuetudinarios. La aplicación retroactiva de fuentes convencionales que establecen delitos y sanciones, se ha fundamentado en la existencia de dichos crímenes al tiempo de su comisión en la costumbre internacional, considerando así la inexistencia de violación del principio de legalidad (Jurisprudencia Latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional, Konrad Adenauer Stiftung, Georg August Universität Göttingen, 2008). 3) La ratificación de la Convención contra la Tortura sólo significó una manifestación del proceso de codificación del preexistente Derecho Internacional no contractual. Se sostiene en la S/16/2005 de la Audiencia Nacional, Sala en lo Penal, Sección Tercera, Sumario 19/1997: “...los delitos de lesa humanidad se encontraban ya en el Derecho Internacional Público, en el ius cogens internacional, en forma no escrita. Que recibida en el derecho interno la norma internacional preexistente para posibilitar su aplicación, no parece lógico que la norma interna olvide que la norma internacional ya era obligatoria “per se””. La SCJ, en Sent. Nº 365/09, sostuvo que “...las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos se integran a la Carta por la vía del Art. 72, por tratarse de derechos inherentes a

la dignidad humana que la comunidad internacional reconoce en tales pactos".

4) En autos se investiga la comisión de un delito de Tortura que se habría cometido en perjuicio de la denunciante. Por lo tanto se trata de determinar fehacientemente si existió un hecho delictivo catalogado como de Lesa Humanidad. 5) La Fiscalía estima que delitos como el de autos entran en la categoría de delitos de lesa humanidad que no están sujetos a prescripción por haber sido cometidos por el Estado, por funcionarios del Estado, en el marco de una política de exterminar una parte de la población. Son imprescriptibles cualquiera sea la fecha en que se cometieron porque rige para ellos lo dispuesto en la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (26/11/68, con entrada en vigor el 11/11/1970 y aprobada por Uruguay mediante Ley 17.347 del 5/6/2011). Convención que es declarativa y afirma un principio que ya estaba vigente por mandato del derecho internacional, reconociendo la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio "cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido" (art. I). 6) Nunca operó la prescripción por lo que no se violentan derechos adquiridos. La calificación de "delito de lesa humanidad" deviene desde que el Estado planificó y persiguió a un grupo de la sociedad con la finalidad de exterminarlo, incluso en forma concertada en múltiples casos con operativos realizados en otros países. 7) Más allá de lo expuesto, el Poder Ejecutivo, por Res. N° 32 del 30/6/11, dispuso dejar sin efecto las resoluciones administrativas que impedían las instrucciones judiciales en virtud de lo dispuesto en la Ley 15.848. En el art. 1 de la Ley 18.831 se estableció el restablecimiento del pleno ejercicio de la pretensión punitiva del Estado para los delitos cometidos en aplicación del terrorismo de Estado hasta el 1/3/85, comprendidos en art. 1 de la Ley 18.848. Y en el art. 2 estableció que no se computaría plazo alguno, procesal de prescripción o de caducidad en el período comprendido entre el 22/12/86 y la vigencia de esta ley para los delitos referidos en su art. 1. Ley que declara que dichos delitos son crímenes de lesa humanidad conforme con los Tratados Internacionales de los que la República es parte. 8) Es jurisprudencia pacífica que durante el período de la dictadura la prescripción se interrumpió por faltar garantías y la imposibilidad de movilizar la Justicia.

IV) Decisión. Por Res. N° 514 de 4/9/2014 (la recurrida), la A quo revió su anterior criterio y desestimó la pretensión incidental de prescripción. Entendió, en síntesis: a) el período de facto no se computa a los efectos de la prescripción y dicho cómputo se interrumpe con la sanción de la Ley 15.848 promulgada el 22/12/1986, hasta la Res. N° 322/2011 del PE que revocó los actos administrativos dictados en cumplimiento del art. 3° de aquella ley y declaró que los hechos que ameritaron los informes respectivos no estaban comprendidos en el art. 1° de la misma; b) a ello se suma la sanción de la Ley 18.831; c) dijo compartir interlocutoria N° 184/2014 del TAP 4°.

V) Recursos. Al interponer Reposición y Apelación, la Dra. Estela Arab expresó: 1) La investigación de los hechos nunca se vio impedida por la aplicación de la Ley 15.848. La denunciante recién manifestó su voluntad de denunciar en octubre de 2011. Ese silencio no puede ser atribuido a la referida ley. La denuncia pudo presentarse entre el retorno a la democracia (3/85) y el momento que comenzó a regir la citada ley (12/86). 2) Resulta inaceptable que la existencia de una ley pueda ser considerado un “impedimento” procesal a los efectos de la interrupción de plazos. Las causas no prosperaron porque el derecho vigente así lo dispuso. El sometimiento de los justiciables, de los ciudadanos y del Estado a las normas de derecho, es un componente básico del Estado de Derecho. Pretender trocar ese sometimiento en un “impedimento” que habilite el desconocimiento de las normas de modo retroactivo implica vulnerar el Estado de Derecho. Aun admitiendo la aplicación a esta causa de la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, los argumentos con los que se pretende desconocer el transcurso de los plazos de prescripción, no son de recibo. De aceptarse el criterio propuesto por la Sede se iría al caos jurídico. No existirían los principios de legalidad y de certeza jurídica, los derechos adquiridos serían una utopía y la aplicación del derecho pasaría a depender del Orden Jurídico que pueda regir dentro de 40 años. 3) Para la Sede el plazo de prescripción no transcurrió durante la vigencia de la Ley 15.848, en tanto la norma estableció un plazo de caducidad que inhibe el transcurso del plazo de prescripción. Si como sostiene el TAP 4º la Ley 15.848 impuso un plazo de caducidad, la acción del Estado caducó y su “renacimiento” es contrario a derecho. Por tanto la causa debe ser clausurada porque el MP no tiene facultades para promoverla. Si se admite el transcurso del plazo de prescripción, el mismo transcurrió de forma completa. 4) La Sede no se pronunció como sí lo hizo el Ministerio Público, al decir que como el presunto delito investigado es de lesa humanidad, sería imprescriptible. Pero esa categoría fue consagrada en nuestro ordenamiento jurídico a partir del 2006. Su aplicación a hechos anteriores a su vigencia implica vulnerar los principios de legalidad y de irretroactividad de la ley penal. Es la aplicación de un “derecho penal del enemigo” que es inconcebible en un Estado Democrático. La Fiscalía se refirió a normas internacionales, pero omitió mencionar el art. 9 del Pacto de San José de Costa Rica que dice: “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable...”. Tampoco menciona el num. 2 del art. 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: “Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el Derecho Nacional o Internacional...”. 5) Respecto del Derecho Internacional podría discutirse si está por encima del derecho interno. Indudablemente nuestras normas constitucionales están por encima. Desconocerlo llevaría a desconocer la soberanía del Estado Uruguayo. El Estatuto de Roma, art. 24.1 establece que: “Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor. Cualquiera sea el resultado de la investigación que se pretende, ningún delito calificado como de lesa humanidad puede surgir de hechos que tuvieron lugar cuando éstos no estaban aún consagrados ni en el Derecho Interno, ni en el Derecho Internacional. Todas las normas nacionales e internacionales respecto a la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad son muy posteriores a los hechos que ocupan el presente. Su aplicación deviene imposible por aplicación

de los citados principios legales que son irrenunciables. La SCJ en Sent. N° 20/2013 expresó que los arts. 2 y 3 de la Ley 18.831 (no se computan los plazos de prescripción transcurridos y al disponer retroactivamente que a la naturaleza original del tipo penal el carácter de “crímenes de lesa humanidad”, provocando como consecuencia su imposibilidad de extinción), vulneran ostensiblemente el principio de irretroactividad de la ley penal más gravosa y con ellos los principios y reglas constitucionales recogidos en los artículos 10 y 72 de la Constitución...”.

VI) Contestación. Al evacuar el traslado de los recursos (fs. 189/195), el M. Público contestó: 1) La impugnada no le causa agravio, pero “se dejará nuevamente consignado la posición en relación al fundamento último de la imposibilidad de declarar la prescripción que resulta ser el carácter imprescriptible de los delitos de lesa humanidad”. 2) Se comparte que no puede considerarse como plazo hábil de cómputo de la prescripción, ni el período de facto, ni el subsiguiente considerado en la sentencia. Los hechos denunciados encuadran claramente en las previsiones de la Ley 15.848: delitos cometidos hasta el 1/3/85 por funcionarios militares y policiales por motivos políticos. La denunciante fue detenida y sometida a malos tratos por su militancia en el MLN. Sus interrogatorios fueron realizados por funcionarios militares y/o policiales. Su objetivo era obtener información relativa al movimiento que integraba. Su detención obedeció a que en el país ya se desarrollaban los actos digitados a partir del Plan Cóndor. La Sede estimó que no debe computarse el plazo en que rigió la dictadura, fundada en “la imposibilidad de recurrir a la justicia con seguridad”. 3) Restaurada la democracia se sancionó la Ley 15.848 que, en los hechos, impidió que las víctimas o sus familiares acudieran a la Justicia. Citó en su apoyo la Sentencia de la Sala N° 84 de 19/3/13 (autos IUE-88-151-2011): la referida ley constituyó un impedimento legal para promover acciones que investigaran los posibles delitos cometidos durante la dictadura y en el período anterior a ella y se sancionaran a los responsables, no es procedente computar dicho plazo a los efectos de la prescripción. Todo fundado en el principio general de que al impedido por justa causa no le corre término. 4) Desde la sanción de la llamada Ley de Caducidad hasta su declaración de inconstitucionalidad (Sent. N° 365/2009) tanto la víctima como el MP se vieron impedidos de promover investigación judicial sobre esos hechos. Sólo a partir de dicha sentencia se contó con un recurso legal que habilitó la investigación judicial de los hechos, debiendo en cada caso promover el correspondiente proceso de inconstitucionalidad. Analizó la sentencia 365/09, citó a Alicia Castro y al TAP 2° (Sent. 137/97). 5) Citando la Sent. N° 1/2010 del TAP 2° de la cual resulta que en aras de evitar una crisis institucional dada la negativa de las jerarquías castrenses de comparecer ante las Sede Judiciales, se optó por excluir de la investigación judicial las situaciones a las que refiere la Ley 15.848. Se obstó así a la revisión de todo lo ocurrido durante el régimen dictatorial. Por tanto es correcta la posición de la Sede en cuanto a que el plazo de prescripción debe iniciarse en el año 2009. No puede computarse el tiempo de la ruptura institucional ni el lapso de vigencia de la Ley 15.848 hasta su declaración de inconstitucionalidad. Dicha norma fue un impedimento para la investigación de los hechos, fundado en el

principio que “al impedido por justa causa no le corre el plazo”. Por tanto el delito no estaría prescripto. 7) Además, el delito no prescribió por tratarse de lesa humanidad y, por lo tanto, imprescriptible de acuerdo a los tratados internacionales libremente suscritos y ratificados por nuestro país. Ellos deben integrarse a nuestro derecho positivo a través del llamado “bloque de constitucionalidad”. La clausura evitaría la investigación de los hechos denunciados. El Estado Uruguayo, de conformidad con lo establecido por la CIDH en el caso Gelman vs. Uruguay tiene la obligación de investigar y sancionar las violaciones a los DDHH. En autos se investiga la denuncia que, por la presunta comisión del delito de Tortura, realizara AA, “delito de lesa humanidad, que no está sujetos a prescripción porque fueron cometidos por funcionarios del Estado en el marco de una política de exterminar una parte de la población. Existe abundante jurisprudencia en Latinoamérica, recogida en nuestro país, que sostiene que los delitos de lesa humanidad son tipificables hoy a pesar de no estar escritos en la década de los setenta, basados en tipos penales internacionales consuetudinarios. Reiteró fuentes doctrinarias y jurisprudenciales internacionales citadas al oponerse al archivo. El concepto de delito de lesa humanidad se retrotrae a la Carta del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg y el Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945, posteriormente recogido por todo el ordenamiento jurídico internacional y el derecho interno de nuestro país. Los delitos de lesa humanidad comprenden conductas tipificadas tales como asesinato, exterminio, deportación, encarcelación, tortura, violación, persecución por motivos políticos, religiosos, ideológicos, raciales, étnicos o de orientación sexual, secuestro, desaparición forzada o cualquier acto inhumano que cause graves sufrimientos o atente contra la salud mental o física de quien los sufre, siempre que dichas conductas se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque. Son conductas que si bien ofenden bienes individuales (vida, libertad, integridad física y moral) afectan a la persona humana, a la comunidad de que trate y a toda la humanidad. La víctima es la humanidad, con el alcance y consecuencias que de ello se desprende. La imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, cualquiera sea la fecha en que se cometieron, rige por lo dispuesto en la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada por la A. G. de la NNUU (26/11/68) con entrada en vigor el 11/11/70 y aprobada por ROU mediante Ley 17.347 del 5/6/2011. Declaró que son imprescriptibles “cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido” (art. 11). En la Convención se empleó el verbo “afirmar” en lugar de “enunciar” a fin de poner de manifiesto la posición según la cual el principio de imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad ya existía en el derecho consuetudinario por lo cual la Convención no podía enunciarlo, sino afirmarlo (López Goldaracena, Derecho Internacional y Crímenes de Lesa Humanidad, SERPAJ, Mdeo, 2006, págs. 13, 36, 37, 78, 114, 118, 121 y 145 a 147). La imprescriptibilidad dimana de una norma de derecho internacional con rango de jus cogens, a cuyos efectos se debe tener presente el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y Organizaciones Internacionales de 1969, donde se señala que ningún Estado parte u Organización Internacional parte del tratado podrá invocar las disposiciones de su derecho interno para justificar el incumplimiento del mismo, sin perjuicio de lo establecido en el art. 46 (artículo referido a la competencia para celebrar

tratados). El art. 31 de la Convención referido a la interpretación de los tratados, en su numeral 1° establece que “Un tratado deberá interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”. El art. 53 que consagra principios absolutos de los derechos del jus cogens que son imperativos e inderogables. Una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional que tenga el mismo carácter. A nivel jurisprudencial se considerará muy especialmente que la CIDH (sent. de 14/3/2001, Barrios Altos) dijo que “...son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir su 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”. En igual sentido Perciballe (LJU pp. D-24/27 afirmó: “...En la referida Convención se estatuye explícitamente su aplicación retroactiva, puesto que comienza la misma mediante la frase paradigmática <Los crímenes siguientes son imprescriptibles cualquiera sea la fecha en que se haya cometido (Art. 1 inc. 1)> agregando que en los trabajos preparatorios de la Convención se utilizó el término <afirmar> en remplazo de “enunciar” que contenía el proyecto original, como forma de robustecer la tesis conforme a la cual el principio de imprescritibilidad de los crímenes de guerra y lesa humanidad ya existía en el derecho consuetudinario internacional...”

VII) Elevación. Por Res. N° 609/2014, la A quo mantuvo la recurrida y franqueó la alzada (fs. 196). Recibidos los autos se citó para sentencia y se acordó su dictado en legal forma.

CONSIDERANDO

I) La Sala, por unanimidad de integrantes, confirmará la recurrida por los fundamentos que pasan a explicitarse.

II) Como tiene dicho la Sala en Sent. 313/2013 (entre otras): “La sanción al culpable de un delito constituye un derecho humano de la víctima, que amerita

una tutela efectiva. La Convención Americana sobre DDHH ratificada por la Ley 15.737, o aún antes, incorporada a la Constitución por vía de su art. 72 (cfm. SCJ, S. 365/09), establece la obligación de cada Estado de proveer a los sometidos a su jurisdicción una debida protección judicial cuando alguno de sus derechos haya sido violado. En el caso de la víctima, se trata de una expectativa que el propio Estado debe satisfacer (Corte IDH, Gómez Palomino vs. Perú, 22/11/2005 y Blanco Romero y otros vs. Venezuela, 18/11/2005, y De la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, 31/01/2008). Se dice que el Estado incurre en responsabilidad internacional cuando sus órganos judiciales no investigan seriamente y sancionan si corresponde a los autores (Comisión IDH, Informe 32/04, caso 11.556, de 11/3/04)...la protección judicial se manifiesta en el derecho que tiene toda persona a un “recurso” sencillo y rápido (Comisión IDH, Informe 52/97, caso 11.218 de 18/11/98), con el alcance que ese término (“recurso”), es sinónimo de acceso, vía judicial o proceso (Bidart Campos, Tratado elemental de derecho constitucional, t. III, Bs. Aires, 1986, pp. 517 y 526)”. (Cafferata, Proceso penal y DDDH, CELS, 2007, p. 54)”.

En el corriente caso, está fuera de debate y es criterio consolidado de la materia, que para la eventual prescripción de cualquier delito que pudiere corresponder en el supuesto de probarse la denuncia, no sería computable el período de facto, por aplicación de un principio general de derecho: “En lo que tiene que ver con el período de interrupción de los derechos y garantías de los justiciables, es evidente que no puede correr término alguno a los mismos, si es manifiesto que existía una imposibilidad material de su ejercicio”.

“En el caso, el titular de la acción penal es el Ministerio Público, pero, obviamente, no se aprecia como el mismo podría ejercerla libremente”.

“Más allá de la situación de quien correspondiera juzgar el caso, la médula está en el actor, y si el mismo no contaba con la posibilidad de ejercer su poder deber, no le corrió plazo”.

“Por lo tanto, resulta contrario a la lógica natural de los hechos, que un funcionario público, dependiente del Ministerio de Educación y Cultura, por más que contara con independencia técnica, pudiera llevar adelante una acción tendiente a la investigación de este tipo de asuntos”.

“Por tal razón, el titular de la acción penal estuvo impedido con justa causa, de promover y ventilar este caso, en esas circunstancias” (TAP 2°, Sent. N° 263 de 26/8/2010).

En igual sentido: "...la suspensión o interrupción (de la prescripción penal) sólo se puede fundar en alguna condición que imposibilita al Estado tomar tal iniciativa. Por ejemplo, la ruptura del orden constitucional" (Binder, Justicia Penal y Estado de Derecho, Ad-Hoc, Bs. Aires, 2004, pp. 132/133).

La Ley 18.596 excluye toda posible discusión al respecto:

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

A su vez, la terminología de la norma evoca una categoría preexistente a la misma (y a otras leyes de igual inspiración), los delitos o crímenes de lesa humanidad, por cuya gravedad -entre otros fundamentos- las Naciones Unidas, el 26/11/1968, acordaron excluirlos de la prescripción penal ordinaria (Convención Internacional sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad, art. 1°). Son delitos "...generalmente practicados por las mismas agencias de poder punitivo operando fuera del control del derecho penal, es decir, huyendo al control y a la contención jurídica. Las desapariciones forzadas de personas en nuestro país las cometieron fuerzas de seguridad o fuerzas armadas operando en función judicial; los peores crímenes nazis los cometió la Gestapo (Geheimnis Staatspolizei o policía secreta del Estado); la KGB estalinista era un cuerpo policial. No es muy razonable la pretensión de legitimar el poder genocida mediante un ejercicio limitado del mismo poder con supuesto efecto preventivo..." (Suprema Corte de la Nación Argentina, Arancibia Clavel, citada por la Sala en Sent. N° 4/2014).

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

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

Se caracterizan por agravar no sólo a las víctimas y sus comunidades, sino a todos los seres humanos, porque lesionan el núcleo de humanidad. Son “crímenes internacionales cometidos por grupos políticamente organizados que actúan bajo un color político, consistentes en los más graves y abominables actos de violencia y persecución, y cometidos sobre víctimas en razón de su pertenencia a una población o grupo más que por sus características individuales”; “su criminalidad anula la soberanía estatal”, lo que impide acudir a ese “fetichismo” invocado desde los juicios de Nüremberg (Luban, Una teoría de los crímenes contra la humanidad, Traducción del original: A theory of crimes against humanity, publicado en Yale Journal of Internacional Law (29 Yale J. Int'l L 85) por Ezequiel Malarino y Marisa Vázquez, disponible en internet: <http://postgradofadercs.uncoma.edu.ar>, pp. 25 y 12).

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

En cuanto al requisito de ley previa y escrita invocado por la recurrente, en el caso de los guardianes del muro (Streletz, Kessler y Krenz vs. Alemania) los imputados invocaron que dada la realidad de la RDA, sus condenas por tribunales alemanes habían sido por conductas a entonces imposibles de prever. La Corte Europea DDHH rechazó esa argumentación en base a la existencia de principios básicos de derechos humanos claramente reconocidos y reconocibles, que obstaba invocar la aplicación retroactiva de la ley y la violación del principio de legalidad, amén que “...la amplia separación existente entre la legislación de la RDA y su práctica fue, en gran parte, la obra de los propios peticionarios”. Por la posición que ocupaban en el aparato estatal, no podían haber sido ignorantes de la Constitución y la legislación de la RDA o de sus obligaciones supranacionales y de las críticas internacionalmente formuladas acerca de su régimen de policía de frontera. En la orden de disparar impartida a los guardias, habían insistido en la necesidad de proteger las fronteras de la RDA “a cualquier precio” y “de arrasar a los violadores de

frontera” o “aniquilarlos”. Agregó que “una práctica estatal como la política de policía de frontera de la RDA, que viola flagrantemente los derechos humanos y sobre todo el derecho a la vida, valor supremo en la jerarquía internacional no puede ser descripta como “derecho” en el sentido del art. 7° de la Convención Europea de Derechos Humanos, que dice:

No hay pena sin ley

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

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

III) La Sala tiene relevado (Sents. N°s 84, 101, 313/2013, 2, 10, 275/2014, etc.) que la Ley de Caducidad también fue un obstáculo para la persecución criminal de torturas como las que se denuncian en la presente pieza, cometidos tanto durante la dictadura como poco antes de su inicio, por agentes estatales.

La Ley 18.831 de 27/10/2011, en su art. 1°, “...restablece el pleno ejercicio de la pretensión punitiva del Estado para los delitos cometidos en aplicación del terrorismo de Estado hasta el 1° de marzo de 1985, comprendidos en el artículo 1° de la Ley N° 15.848, de 22 de diciembre de 1986”. Si el Parlamento decidió necesario 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 SCJ (Sent. 365/2009), en proceso (Sabalsagaray) donde el PE y el PL no en balde, se allanaron.

Meses antes (30/6/2011) había recaído decreto del P.E. que al revocar todos los actos administrativos y mensajes emanados del mismo, en aplicación del art. 3° de la ley citada, la convirtió en un “monumento testimonial en ruinas” o

“una ventana que no tiene vidrios...” (Galain, La justicia de transición en Uruguay: Un conflicto sin resolución, Revista de Derecho 06, 2011, KAS-UCUDAL, p. 140, nota 118).

El 21/3/2012, en cumplimiento del fallo Gelman (Corte IDH), el Estado, representado por las máximas jerarquías de sus tres Poderes, al admitir formal, pública y expresamente su responsabilidad, asumió la falta de un recurso efectivo para las víctimas, así como la ausencia de posibilidades de ejercicio pleno de la acción penal; todo ello, en mérito a la Ley 15.848.

O sea, si la prescripción del delito supone “el transcurso de un plazo determinado tras la comisión de un delito, sin que éste sea juzgado” (Mir Puig, Derecho Penal, 2007, p. 750), ella no se configura respecto de ciertos delitos que -sin dejar de serlo- simplemente no pudieron perseguirse porque precisamente, para impedirlo se aprobó una ley donde primó la “lógica de los hechos” sobre la Constitución. Así reconoce la señora Sent. de la SCJ N° 365/2009 (Chediak -r-, Van Rompaey, Ruibal, Larrieux, Gutiérrez -d- parcial) cuando dice: “...Con respecto a que las normas impugnadas transgreden el derecho de las víctimas y de sus familiares de acceder al sistema judicial para que se identifique y castigue a los presuntos culpables de los hechos acaecidos durante la dictadura militar, el agravio es de recibo...las normas atacadas excluyeron del aparato sancionatorio del Estado a sujetos que, para ello, no necesitaron ser juzgados por el Poder de gobierno que tiene a su cargo la función soberana de aplicar las penas...las normas atacadas excluyeron de la órbita del Poder Judicial el juzgamiento de conductas con apariencia delictiva, lo cual transgredió el principio de separación de poderes y afectó muy seriamente las garantías que el ordenamiento constitucional puso en manos de aquél...A modo de síntesis, la ilegitimidad de una Ley de amnistía dictada en beneficio de funcionarios militares y policiales que cometieron delitos de esta naturaleza, gozando de impunidad durante regímenes de facto, ha sido declarada por órganos jurisdiccionales, tanto de la comunidad internacional como de los Estados que pasaron por procesos similares al vivido por el Uruguay en la misma época. Tales pronunciamientos, por la similitud con la cuestión analizada y por la relevancia que han tenido, no podrían soslayarse en el examen de constitucionalidad de la Ley No. 15.848 y han sido tenidos en cuenta por la Corporación...”

En suma, no obstante los entendibles pero intencionados cuestionamientos defensoristas, es un hecho notorio que la Ley de Caducidad constituyó un impedimento ilegítimo para la persecución de los delitos que pudieron ser investigados décadas después de la época a que refiere el art. 1°, así como de los hechos cometidos poco antes del quiebre institucional.

Así lo había señalado reiteradamente el sistema interamericano de derechos humanos, como recordara la Corte IDH en Gelman: "...el Comité de Derechos Humanos también se pronunció al respecto en el procedimiento de peticiones individuales y en sus informes sobre países. En el Caso Hugo Rodríguez vs. Uruguay señaló que no puede aceptar la postura de un Estado de no estar obligado a investigar violaciones a derechos humanos cometidas durante un régimen anterior en virtud de una ley de amnistía y reafirmó que las amnistías para violaciones graves a los derechos humanos son incompatibles con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, indicando que las mismas contribuyen a crear una atmósfera de impunidad que puede socavar el orden democrático y dar lugar a otras graves violaciones de los derechos humanos".

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

Por ende, cuestionar que la Ley de Caducidad obstaculizó -en mayor o menor medida, según sucesivas etapas de su aplicación o interpretación por el PE- la averiguación y el enjuiciamiento de presuntos responsables, importa desconocer un antecedente necesario, extensible a manera de cosa juzgada nacional (Sabalsagaray) e internacional (Gelman).

En consecuencia, la Ley N° 15.848 no pudo tener virtualidad o idoneidad para declarar la caducidad de la acción penal, ni para prescribir delitos como los aquí denunciados.

Sólo obstó el pleno ejercicio de la persecución penal de los cometidos previo y durante la dictadura, mientras era declarada constitucional por la SCJ, en postura que modificó el 19/10/2009 (Sent. Sabalsagaray), cuyo cambio se ratificó el 29/10/2009 (Sent. Organización de los Derechos Humanos).

En ambos fallos, la Corporación descartó la validez de los interesados argumentos de la soberanía y de la seguridad jurídica: "...no puede ahora invocarse la teoría clásica de la soberanía para defender la potestad estatal de limitar la protección jurídica de los derechos humanos...ya no se puede partir de una potestad soberana ilimitada para el Estado en su rol de constituyente...la regulación actual de los derechos humanos no se basa en la posición soberana de los Estados, sino en la persona en tanto titular, por su condición de tal, de los derechos especiales que no pueden ser desconocidos con base en el ejercicio del poder constituyente, ni originario ni deBBdo...Como señala Nogueira, en la medida en que los derechos humanos son inherentes a la dignidad humana, ellos limitan la soberanía o potestad estatal, no pudiendo invocarse esta última para justificar su vulneración o para impedir su protección internacional, no pudiendo invocarse el principio de no intervención cuando se ponen en ejercicio las instituciones, los mecanismos y las garantías establecidas por la comunidad internacional para asegurar la protección y garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de toda persona y de todas las personas que forman parte de la humanidad..."

IV) En otro orden, este Colegiado entiende aquí pertinente y habilitado revalidar lo que dijo al desestimar pedidos de clausura análogos al de la especie, luego que la SCJ rechazara -por razones formales- la inconstitucionalidad -solo- de los arts. 2 y 3 de la Ley N° 18.881: "A idéntica solución confirmatoria se arriba por: a) acatamiento de la sentencia de la Corte IDH en Gelman c/Uruguay (apartado 194: "La Justicia, para ser tal, debe ser oportuna y lograr el efecto útil que se desea o se espera con su accionar y, particularmente tratándose de un caso de graves violaciones de derechos humanos, debe primar un principio de efectividad en la investigación de los hechos y determinación y en su caso sanción de los responsables") como la Corte Suprema de Justicia Argentina en el caso Bulacio: "Miguel Espósito es un funcionario policial argentino imputado de haber dado muerte, en 1988, por apremios en una dependencia policial, al joven Walter Bulacio".

"Todas las instancias judiciales argentinas (incluida la Corte Suprema federal) concluyeron en que la causa estaba legalmente prescrita (por cuanto no encontraron que la tortura y el homicidio padecido por Bulacio fuesen parte de una práctica sistemática y por ende subsumible en el estatuto de los delitos de lesa humanidad, por ello imprescriptibles) y así lo declararon".

"La Corte Interamericana de Derechos Humanos, empero, encontró internacionalmente responsable a la República Argentina y la condenó a instruir la investigación, juzgar y, eventualmente, sancionar a los responsables".

“Llegado el caso nuevamente a la Corte Suprema argentina, ésta consignó que, paradójicamente, el fallo supranacional entrañaba agravio a varios derechos fundamentales del reo, en directa contravención al propio Pacto de San José de Costa Rica. Pero, no obstante, entendió que la obligación de acatarlo se debía imponer definitivamente y ordenó entonces la continuación del proceso. Dijo textualmente la Corte Suprema de Justicia de la Nación: <Que, en cambio, el fallo de la Corte Interamericana soluciona la colisión entre los derechos del imputado a una defensa amplia y a la decisión del proceso en un plazo razonable -íntimamente vinculado con la prescripción de la acción penal como uno de los instrumentos idóneos para hacer valer ese derecho...se plantea la paradoja de que sólo es posible cumplir con los deberes impuestos al Estado argentino por la jurisdicción internacional en materia de derechos humanos restringiendo fuertemente los derechos de defensa y a un pronunciamiento en un plazo razonable, garantizados al imputado por la Convención Americana. Dado que tales restricciones, empero, fueron dispuestas por el propio tribunal internacional a cargo de asegurar el efectivo cumplimiento de los derechos reconocidos por dicha Convención, a pesar de las reservas señaladas, es deber de esta Corte, como parte del Estado argentino, darle cumplimiento en el marco de su potestad jurisdiccional...> (Petracchi y Zaffaroni)” (Ochs, El fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Gelman contra Uruguay, Estudios Jurídicos...UCUDUAL, N° 9/2011, p. 104).

“b) O mediante ejercicio por la Sala del control de convencionalidad impuesto por la Corte IDH a todos los jueces uruguayos (Gelman, apartado N° 193): “Cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana)”.

“Dicho control de convencionalidad es admitido -bien que paulatinamente- desde hace tiempo- en Argentina, Chile, Perú, Colombia, etc. Así por ejemplo: “En seguimiento de lo dictaminado por la Corte Interamericana, la Corte Suprema de Argentina ha sido enfática y consistente en establecer el deber del Estado de prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos. Es relevante la actuación de la Corte Suprema cuando el 24 de agosto de 2004 resolvió el recurso de hecho deducido por el Estado argentino y el gobierno de Chile en la causa seguida en el caso de Arancibia Clavel, a

quien en primera instancia se responsabilizó entre otros crímenes, por el asesinato en Buenos Aires del general Carlos Prats y su esposa, para que luego la Cámara de Casación cuestionara el tipo penal aplicado para la condena y determinara que la acción penal había prescrito. La Corte Suprema, con base en los actos criminales atribuidos a Arancibia Clavel y probados en el proceso (homicidios, torturas y tormentos y desaparición forzada de personas), determinó que <en función de los principios que emanan de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos> no eran aplicables las normas ordinarias de prescripción. El máximo tribunal argentino reafirmó los principios fundamentales del deber de garantía establecidos por la Corte Interamericana citando in extenso la sentencia del caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. La Corte Suprema expresa muy claramente el enfoque de que la imprescriptibilidad emerge ante todo de que los crímenes contra la humanidad son <generalmente practicados por las mismas agencias de poder punitivo operando fuera del control del derecho penal, es decir, huyendo al control y a la contención jurídica> Y que teniendo en cuenta que las desapariciones forzadas de personas las cometieron en Argentina <fuerzas de seguridad o fuerzas armadas operando en función judicial> no puede <sostenerse razonablemente que sea menester garantizar la extinción de la acción penal por el paso de tiempo en crímenes de esta naturaleza> Basándose explícitamente en decisiones de la Corte Interamericana, concluyó la Corte Suprema en este caso: "...la aplicación de las disposiciones de derecho interno sobre prescripción constituye una violación del deber del Estado de perseguir y sancionar, y consecuentemente, compromete su responsabilidad internacional" (Diego García Sayán, Justicia interamericana y tribunales nacionales, Anuario de Derecho. Constitucional Latinoamericano, Konrad Adenauer, 2008, pp. 387/388)" (de la Sala, Sent. N° 313 de 24/9/2013).

Como se tuvo presente luego (Sent. N° 4/2014), "En Almonacid Arellano y otros vs. Chile, la Corte IHD declaró: "...por constituir un crimen de lesa humanidad, el delito cometido en contra del señor Almonacid Arellano, además de ser inamnistiable, es imprescriptible. Como se señaló en los párrafos 105 y 106 de esta Sentencia, los crímenes de lesa humanidad van más allá de lo tolerable por la comunidad internacional y ofenden a la humanidad toda. El daño que tales crímenes ocasionan permanece vigente para la sociedad nacional y para la comunidad internacional, las que exigen la investigación y el castigo de los responsables. En este sentido, la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad claramente afirmó que tales ilícitos internacionales "son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido...Aún cuando Chile no ha ratificado dicha Convención, esta Corte considera que la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad surge como categoría de norma de Derecho Internacional General (ius cogens), que no nace con tal Convención sino que está reconocida en ella. Consecuentemente, Chile no puede dejar de cumplir esta norma imperativa". Y señaló posteriormente en el párrafo 106: "Al ser el individuo y la humanidad las víctimas de todo crimen de lesa humanidad, la Asamblea General de las Naciones desde 1946 ha sostenido que los

responsables de tales actos deben ser sancionados. Resaltan al respecto las Resoluciones 2583 (XXIV) de 1969 y 3074 (XXVIII) de 1973. En la primera, la Asamblea General sostuvo que la “investigación rigurosa” de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, así como la sanción de sus responsables, “son un elemento importante para prevenir esos crímenes y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales, y para fomentar la confianza, estimular la cooperación entre pueblos y contribuir a la paz y la seguridad internacionales”. En la segunda Resolución, la Asamblea general afirmó: Los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existan pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas. [...] Los Estados no adoptarán medidas legislativas ni tomarán medidas de otra índole que puedan menoscabar las obligaciones internacionales que hayan contraído con respecto a la identificación, la detención, la extradición y el castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad”.

“En ese mismo sentido se pronunció con anterioridad la Corte Europea DDHH (caso Kolk y Kislyiy v. Estonia): <la Corte observa que la validez universal de los principios sobre los crímenes de lesa humanidad fueron confirmados subsiguientemente por, inter alia, la Resolución No. 95 de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (11 de diciembre de 1946) y luego por la Comisión de Derecho Internacional. Por consiguiente, la responsabilidad por crímenes de lesa humanidad no puede ser limitada únicamente a nacionales de algunos países y únicamente a actos cometidos en el marco temporal de la Segunda Guerra Mundial ...La Corte observa que aun cuando los actos cometidos por [los señores Kolk y Kislyiy] pudieron haber sido considerados lícitos bajo las leyes soviéticas en ese momento, las cortes de Estonia los consideraron bajo el derecho internacional como crímenes de lesa humanidad, en el momento de su comisión. La Corte no ve razón para llegar a una conclusión diferente...Por lo tanto, la Corte considera que las alegaciones de los recurrentes no tienen bases suficientes para señalar que sus actos no constituían crímenes de lesa humanidad en el momento de su consumación ... ninguna prescripción limitante es aplicable a los crímenes de lesa humanidad, independientemente de la fecha de su comisión...La Corte no encuentra razón alguna para poner en duda la interpretación y aplicación de la ley doméstica que las cortes de Estonia efectuaron a la luz del derecho internacional pertinente. En conclusión se tiene que (las) alegaciones (de los peticionarios) son manifiestamente infundadas y deben ser rechazadas>”.

La Convención de Crímenes de Guerra y lesa humanidad (1968), “...se limita a codificar como tratado lo que antes era *ius cogens* en función del derecho internacional público consuetudinario, siendo materia pacífica que en esta rama jurídica, la costumbre internacional es una de sus fuentes. En consecuencia, la prescripción establecida en la ley interna no extinguía la acción penal con

anterioridad a esa ley y, por tanto, su ejercicio en función de la misma no importa una aplicación retroactiva de la ley penal...cualquiera sea la opinión que se tenga sobre el funcionamiento concreto del principio universal, sobre la autoridad moral de los estados que lo invocan, sobre la coherencia o incoherencia de su invocación, lo cierto es que la comunidad internacional lo está aplicando por delitos cometidos en nuestro territorio, en razón de que la República no ha ejercido la jurisdicción, o sea, no ha ejercido su soberanía” (voto de Zaffaroni, en Arancibia Clavel).

Y como se ha dicho: “El hecho de que la Convención de Naciones Unidas que estatuyó o reconoció el principio de imprescriptibilidad haya sido aprobada por Uruguay recién en el 2001 (Ley 17.347), no significa que no fuera autoejecutable a la época de los hechos denunciados...al estatuir reglas y principios en materia de Derechos Humanos adquirió jerarquía constitucional al igual que el art. 10...Por otra parte, si bien el Principio de Legalidad es reconocido en el art. 11.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos así como por el art. 9° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos...el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (al igual que el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales en su art. 7°) reconoce, en materia de delitos del derecho de gentes, una verdadera excepción al principio de irretroactividad de la ley penal desde que en su art. 15.2 estatuye: <...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 ...”.

“Dicha excepción también es pasible de ser reconocida en el giro utilizado en el art. 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos cuando prevé <...de acuerdo con el derecho aplicable...”

“Por lo tanto se ha de colegir que la plasmación de una excepción de tal naturaleza desde el ámbito internacional y en el marco de acuerdos sobre derechos humanos, no puede tener otro objeto que el de habilitar la persecución de actos reconocidos como delictivos conforme a los principios generales de derecho internacional aun cuando dichos entuertos no estuviesen tipificados al momento de su comisión por el derecho nacional. De igual forma que en el caso puntual que nos ocupa, la viabilidad de habilitar normas referentes a prescripción que alcancen situaciones no abarcables desde el ámbito interno”.

“El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos...es de fecha 19 de Diciembre de 1966 y fue aprobado por el Uruguay por Ley 13.751 del 10 de julio de 1969, en tanto la Convención de Naciones Unidas sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y contra la humanidad fue aprobada por Resolución de la Asamblea General 2391 (XXIII) de fecha 26 de Noviembre de 1968.

“De ello se desprende: a.- que, al momento de aprobarse la Convención sobre imprescriptibilidad de crímenes iuris Gentium, la excepción al principio de legalidad en caso de violaciones flagrantes a los derechos humanos ya se encontraba reconocida en el ámbito internacional. Luego, la misma solo avanza sobre un punto del Principio resquebrajado, al afirmar la persecución de los delitos “cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido.

“b.- Asimismo, a partir del PIDCP, dicha excepción forma parte de nuestro ordenamiento jurídico y con jerarquía constitucional, desde 1969. Por lo que al momento de los hechos acaecidos en el período dictatorial (y en su período previo), tanto el derecho internacional como el interno, reconocían la fractura del caro principio de Legalidad en materia de crímenes contra la humanidad.

“c.- A mayor abundamiento, no pueden soslayarse los principios básicos provenientes también del ámbito internacional recogidos en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de la Organización de las Naciones Unidas de fecha 23 de mayo de 1969, aprobada por Dec. Ley 15.195 (en plena dictadura cívico-militar) el día 13 de octubre de 1981. Así, en el art. 26 del mismo se establece el principio pacta sunt servanda “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ello de buena fe”.-

“Por su parte, el art. 27 reza: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.

“Finalmente, el art. 28 según el cual: <Las disposiciones de un tratado no obligarán 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 desprende del tratado o conste de otro modo>...en las hipótesis de delitos contra la humanidad ...la imprescriptibilidad es la regla” (Perciballe, LJU 148, pp. D-24/27, citado por la Sala en Sent. N° 10/2014).

En suma: no existe colisión entre el principio de irretroactividad de la ley penal y la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad como los denunciados: "...la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad estaba ya establecida por el derecho internacional consuetudinario, toda vez que en esta rama del derecho la costumbre opera como fuente del derecho internacional" (Zaffaroni, Manual de Derecho Penal. Parte General, Ediar, Bs. Aires, 2006, p. 150).

Por los fundamentos expuestos y lo previsto en las normas citadas, EL TRIBUNAL,

RESUELVE:

CONFÍRMASE LA RECURRIDA. NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE.