

Montevideo, nueve de junio de dos mil dieciséis

Sentencia N° 895/2016

Dr. Jorge Omar CHEDIAK GONZALEZ (Discorde)

Dr. Felipe Javier HOUNIE SANCHEZ

Dr. Jorge Tomas LARRIEUX RODRIGUEZ (Redactor)

Dr. Ricardo Cesar PEREZ MANRIQUE

VISTOS:

Para sentencia estos autos caratulados: “AA – SU MUERTE – CASACION PENAL”, IUE: 88-220/2011.

RESULTANDO:

I.- Por Sentencia Interlocutoria de primera instancia No. 1611/2014, dictada el 30 de junio de 2014 por el Juzgado de Primera Instancia en lo Penal de 7mo. Turno, se ordenó la prosecución de las actuaciones (fs. 600/604).

Interpuestos los recursos de reposición y apelación por la defensa de los co-indagados BB y CC (fs. 608-611), el primero fue desestimado por Sentencia Interlocutoria No. 2453/2014 dictada el 19 de setiembre de 2014 por el Juzgado de Primera Instancia en lo Penal de 7mo. Turno (fs. 619/624).

En dicho pronunciamiento la Sra. Juez “a quo” señaló que la cuestión de la prescripción de los delitos investigados en autos ya se encuentra zanjada en autos, conforme fuera resuelto por interlocutorias de primera y segunda instancia obrantes respectivamente a fs. 370-377 y 415-425 vto. respectivamente.

No obstante, la Sra. Juez “a quo” señaló en su resolución que la sentencia de la Suprema Corte de Justicia No. 86/2014 recaída en autos (fs. 567 y ss.), por la que se declarara la inconstitucionalidad de los arts. 2 y 3 de la Ley No. 18.831, no impedía en modo alguno continuar la indagatoria, a la luz de otras normas vigentes en el sistema procesal penal.

II.- Por Sentencia Interlocutoria No. 181 dictada el 21 de agosto de 2015 por el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 1er. Turno, se desestimó el recurso de apelación deducido y se mantuvo firme el pronunciamiento de primera instancia que ordenaba la continuación del proceso (fs. 640/649).

III.- La Defensa de los co-indagados interpuso recurso de casación (fs. 653/660).

En síntesis expresó:

- La presencia del requisito de procedibilidad que significó la vigencia de la Ley No. 15.848 no puede asimilarse al impedido con justa causa, que naturalmente refiere a situaciones objetivas de fuerza mayor o caso fortuito insalvables y ajenas a derecho, conforme el instituto previsto en el art. 98 del C.G.P. Ello no puede aplicarse al caso de una Ley que, en la especie, habría significado el mentado impedimento, por no constituir la misma naturaleza que las previstas en el instituto procesal referido.

- Se vulneró el principio de legalidad contenido en el art. 10 de la Constitución de la República, así como el art. 72 de ésta, y el art. 9 del Pacto de San José de Costa Rica; el art. 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; y los arts. 1, 15, 16, 117 y 119 del Código Penal.

- En el caso se violentó el principio de irretroactividad de la Ley penal más gravosa, al aplicar retroactivamente la norma de suspensión del plazo de prescripción, lo que en los hechos significó dar nacimiento a un tipo penal que, ocurrido con anterioridad, había dejado de existir por el transcurso del tiempo reconocido y determinado por la Ley.

IV.- Recibidos los autos (fs. 665), se confirió vista el Sr. Fiscal de Corte (fs. 683), quien por los fundamentos que expuso en Dictamen No. 4776 de fecha 9/12/2015 (fs. 684-689), entendió corresponde desestimar el recurso de casación interpuesto.

V.- Previo pasaje a estudio, se acordó sentencia en forma legal y oportuna.

CONSIDERANDO:

I.- La Suprema Corte de Justicia, por el quórum legalmente requerido (art. 56 de la Ley No. 15.750), desestimaré el recurso de casación interpuesto.

II.- Liminarmente, en cuanto a la admisibilidad del recurso interpuesto, los Ministros que conforman este fallo tienen posiciones distintas.

El Sr. Ministro Dr. Ricardo C. Pérez Manrique, reitera la posición que sostuvo en discordia a Sentencia No. 2123/2014, compartiendo la decisión que adoptara la Corporación por Sentencia No. 1320/2014, pronunciamiento en el cual resolvió declarar inadmisibile el recurso de casación interpuesto, en la medida que la recurrida se trataba de una decisión de naturaleza interlocutoria de segunda instancia que confirmaba la de primera que desestimara la solicitud de clausura de las actuaciones, por lo que la misma no integra el elenco de las sentencias casables.

Conforme a ello, el citado Ministro mantiene los fundamentos de la posición expuesta, al no proceder la referida vía impugnativa respecto de decisiones de naturaleza interlocutoria que no ponen fin a la acción penal, lo que a su entender determina la inadmisibilidad de la recurrencia.

No obstante ello, como se verá, también considera que procede desestimar el recurso por cuestiones de mérito.

Por su parte, el Sr. Ministro Dr. Felipe Hounie y el redactor de la presente, no comparten esta posición, por cuanto, en virtud de los fundamentos expuestos en la Resolución No. 2123/2014 de Corporación (a los que se remiten en gracia a la brevedad), consideran que el recurso de casación es admisible.

III.- Cabe señalar que la cuestión sobre la prescripción de los delitos investigados en autos no se encontraba aún laudada, ni aun como consecuencia del pronunciamiento de la Corporación en autos mediante Sentencia No. 86/2014. Como correctamente lo señaló la Sra. Juez “a quo”, existen otros instrumentos legales que habilitan la prosecución de las actuaciones y que, mediante su aplicación, se aprecia que los delitos cuya investigación presumarial se ha iniciado no estarían prescriptos.

IV.- En cuanto al mérito de la impugnación, quienes suscriben el presente dispositivo, estiman que no operó la prescripción de los delitos que, en base a la imputación provisoria efectuada en esta etapa, se investigan en autos.

Conforme se indicó en Sentencia No. 935/2015: *“...es cuestión zanjada por la jurisprudencia (Sentencia No. 1501/2011 de la Suprema Corte de Justicia) que no es computable el período del régimen de facto para calcular el plazo de prescripción de la acción penal, ya que durante ese tiempo su titular estuvo impedido de promover las investigaciones correspondientes.*

Asimismo, para el caso concreto, tampoco cabe computar para determinar el ‘dies a quo’ de la prescripción el período de vigencia de la Ley de caducidad de la pretensión punitiva del Estado (Ley No. 15.848)...”.

Además, el dilema entre la prescripción o imprescriptibilidad de los hechos comprendidos en el art. 1o. de la Ley No. 15.848 fue intentado resolver por el legislador con la Ley No. 18.831 que por su art. 1o. derogó tácitamente la Ley No. 15.848, restableciendo la potestad punitiva del Estado para los delitos cometidos en aplicación del terrorismo de Estado hasta el 1.3.1985, comprendidos en el art. 1o. Ley No. 18.848, aunque introdujo nuevas dificultades en sus artículos 2 y 3 declarados inconstitucionales por Sentencia No. 20/2013.

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

Por otra parte, como se sostuvo en Sentencia No. 1.501/2011 y reitera en lo pertinente en la Sentencia No. 20/2013, la Ley No. 15.848 no consagró una amnistía, por lo cual los delitos comprendidos no dejaron de existir, sino que se eliminó la posibilidad de accionar para su persecución por parte del Ministerio Público y, en consecuencia no hay innovación penal retroactiva en el art. 1o. de la Ley No. 18.831.

Siguiendo con lo expuesto en la citada Sentencia de la Corporación No. 935/2015, *“...cabe partir de la interpretación de las normas contenidas en los arts. 117 a 125 del Código Penal para determinar si la prescripción prevista en ellos afecta a la norma sustantiva que determina el delito o a la adjetiva, es decir, a la acción para hacer valer en juicio las normas sustantivas.*

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

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

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

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

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

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

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

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

En su mérito, el art. 122 del Código Penal debe ser complementado con el art. 87 del C.P.P. y, por esta vía, recurrir a las normas contenidas en los arts. 92 a 99 del C.G.P. para determinar las causales de suspensión de los plazos procesales.

Por ende, el principio de suspensión de los plazos contenido en el art. 98 del C.G.P. es plenamente aplicable al proceso penal y, en especial, al plazo de prescripción de la acción penal.

Ahora bien, en virtud de tales argumentos, corresponde analizar si el dictado y la posterior vigencia de la Ley No. 15.848 configura una causal de suspensión del cómputo del plazo de prescripción de la acción penal.

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

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

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

ningún sujeto hubiera podido resistir la fuerza contraria; refiere fundamentalmente al objeto del acto) o subjetiva (ese sujeto en especial vio obstaculizada de modo insuperable su voluntad)'.

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

No puede compartirse con el recurrente que existieron medios idóneos para investigar la comisión de los delitos perpetrados durante la dictadura cívico militar, ya que el ámbito preciso para la investigación, resolución, imputación y reproche a los responsables de hechos de naturaleza delictiva es, únicamente, la justicia penal que funciona en la órbita del Poder Judicial. A tales efectos, no resulta útil la serie de institutos a los que, según el impugnante, se podría haber acudido durante la vigencia de la Ley No. 15.848 (organismos internacionales, recursos administrativos ante el Poder Ejecutivo por la inclusión de la causa en la mencionada Ley, etc.).

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

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

V.- En el caso, se coincide con lo expuesto por el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 4to. Turno en Sentencia No. 185/2014 en cuanto al “*dies a quo*” del plazo prescripcional de la acción penal, que debe ubicarse en el momento en el cual habría de entenderse removido el obstáculo que provocaba la suspensión del referido plazo, conforme lo expresó con absoluta claridad, cuando señaló:

“El precitado cómputo prescripcional, recién se reiniciará a partir de la fechas, en que se verificaron alguna de las tres diferentes hipótesis legales, a saber:

a) A partir de la fecha, en que eventualmente el Poder Ejecutivo hubiese emitido un nuevo informe en un caso concreto, excluyendo el hecho presuntamente delictivo, de la caducidad operada legalmente;

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

c) A partir de la fecha de entrada en vigencia del art. 1o. de la Ley No. 18.831, que se estableció a contar desde su promulgación, la que se verificó el 27 de octubre de 2011”.

También correspondería, si fuera el caso, tomar como “*dies a quo*” la fecha del dictado de una sentencia de declaración de inconstitucionalidad de la referida Ley de caducidad.

Por tanto, en el “subexamine”, se comparte la solución adoptada por la Sala de incluir, además del período de facto, el período de vigencia de la Ley de caducidad para el caso concreto, como obstáculo que provocó la suspensión de los plazos de prescripción de los delitos investigados en autos.

El Sr. Ministro Dr. Felipe Hounie, agrega que el presente caso, se diferencia del caso XX recientemente fallado por la Corte en Sentencia No. 127/2015, en el cual la Ley No. 15.848 no significó, a juicio del citado Ministro, un obstáculo a las investigaciones. Ello, por cuanto obraba el testimonio de una comunicación del Poder Ejecutivo, suscripta el 27 de octubre de 2008 por el Presidente de la República, que claramente establecía que el caso investigado no estaba comprendido dentro del ámbito del art. 1 de la mencionada Ley.

En el subexamine, no existió tal comunicación, por lo cual concluye que la Ley No. 15.848 fue un impedimento para investigar los hechos que dan lugar a este proceso.

VI.- Asimismo, los Sres. Ministros Dres. Ricardo C. Pérez Manrique y Felipe Hounie, señalan que -sin desconocer la naturaleza provisoria propia de la etapa procesal en la que se encuentra esta causa- los hechos denunciados constituyen delitos de lesa humanidad y que, por ende, son imprescriptibles.

El redactor de la presente Sr. Ministro Dr. Jorge Larrieux, no comparte tal apreciación, por cuanto estima que la imprescriptibilidad no viene impuesta por tratarse de delitos de lesa humanidad, cuya conceptualización en la costumbre internacional carecía en nuestro orden jurídico de acogida hasta la Ley No. 18.026 conforme al principio de legalidad o tipicidad, pues no hay delito sin Ley previa, escrita y con una sanción determinada.

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

VII.- El Sr. Ministro Dr. Ricardo C. Pérez Manrique, reitera conceptos vertidos en discordia extendida a Sentencia No. 212/2013, oportunidad en la que expresó: “...*además tiene recepción este tipo de crímenes en nuestros propio Derecho Constitucional, toda vez que la Constitución de la República establece en su artículo Art. 239 que a la Suprema Corte de Justicia corresponde:*

‘Juzgar sobre delitos contra Derecho de Gentes...’ (Nral. 1).

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

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

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

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

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

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por Ley No. 13.751:

'Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional...

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

La Convención Americana de Derechos Humanos, en su Artículo 9 –Principio de legalidad y de retroactividad-, refiere al derecho aplicable, excediendo el nivel de la Ley interna:

‘Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivas según el derecho aplicable’.

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

‘1. Nadie podrá ser 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’.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, ampara la existencia de este orden normativo en su art. 53:

‘Es nulo todo tratado que en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter’.

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

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

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

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

El Estado ha reconocido por Ley No. 18.596:

‘el quebrantamiento del Estado de Derecho que impidiera el ejercicio de derechos fundamentales a las personas, en violación a los Derechos Humanos o a las normas del Derecho Internacional Humanitario, en el período comprendido desde el 27 de junio de 1973 hasta el 28 de febrero de 1985’ (art. 1o.).

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

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

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

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

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

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

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

VIII.- Por su parte, el Sr. Ministro Dr. Felipe Hounie, remite a los argumentos expuestos en Sentencia No. 1.061/2015: “*En cuanto al concepto de crímenes de lesa humanidad, señala, como lo hiciera el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de Primer Turno, que:*

‘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 (...)’.

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

‘Se caracterizan por agraviar no sólo a las víctimas y sus comunidades, sino a todos los seres humanos, porque lesionan el núcleo de humanidad. Son ‘crímenes internacionales cometidos por grupos políticamente organizados que actúan bajo un color político, consistentes en los más graves y abominables actos de violencia y persecución, y cometidos sobre víctimas en razón de su pertenencia a una población o grupo más que por sus características individuales’; ‘su criminalidad anula la soberanía estatal’ (...)’, (Sentencia No. 426/2014).

En definitiva, entiende que parece claro, en principio, que los hechos investigados encartan en un supuesto de delito o crimen de lesa humanidad, por cuanto el accionar denunciado consiste en la detención, privación de libertad e interrogatorio de una persona por sus ideas y militancia política, cometida por efectivos militares, accionar en ocasión del cual se le dio muerte.

b.- En relación con la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, comparte el fundado análisis que el Dr. Fernando Cardinal realizó en la Sentencia No. 794/2014 en ocasión de integrar la Corte en el caso XX, oportunidad en la cual, al analizar la constitucionalidad de los artículos 2 y 3 de la Ley No. 18.831, sostuvo que tales normas no modificaron el ‘status quo’ que las precedían, por cuanto ya se encontraban incorporadas en el sistema nacional de derechos humanos e ingresaban a nuestro ordenamiento por imperio de los arts. 72 y 332 de la Constitución.

Así, el art. 72 de la Carta, al referir a la enumeración de los ‘derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución’, que no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o que se derivan de la forma republicana de gobierno, está dirigido no sólo al reconocimiento de los derechos subjetivos de los seres humanos en forma individual, sino también al Estado, quien debe velar por ellos utilizando cualquier mecanismo que tienda a tal finalidad.

La conclusión anterior se ve robustecida por el art. 332 de la Constitución, según el cual, aun cuando no exista una reglamentación interna en la cual debe contarse la Ley formal dictada por el Poder Legislativo, la protección del sistema de los derechos humanos inherentes a la personalidad humana está asegurada por dicha disposición, dado que aquella omisión será 'suplida' recurriendo a los fundamentos de Leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas.

Y señala Cardinal, 'la calificación de determinados delitos como de lesa humanidad o crímenes de lesa humanidad forman parte del universo de situaciones regladas por el art. 72 mencio-nado, por cuanto no cabe duda alguna que funcionan como forma de protección de los derechos humanos, impuesto por la forma republicana de gobierno que impone a la autoridad pública el Estado que garantice a la sociedad toda su control y punición'.

Por lo tanto, la identi-ficación y el reconocimiento de dichos delitos por parte del ordenamiento jurídico nacional es anterior a la Ley No. 17.347 del 5 de junio de 2001 (que ratificó la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad de la ONU de 1968) y a la Ley No. 18.026 del 13 de setiembre de 2006 (sobre Cooperación con la Corte Penal Internacional en materia de lucha contra el genocidio, los crímenes de guerra y de lesa humanidad), en el bien entendido de que se encuentran en las normas de 'jus cogens', que ingresan al sistema constitucional mediante la aplicación del art. 72 de la Constitución.

Así, pues, el concepto de crímenes de lesa humanidad como integrantes del núcleo de 'jus cogens' se encuentra en el Estatuto del Tribunal de Nüremberg de 1945 (art. 6 literal c), que los define como casos de 'asesinato, exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos (...) y de 'perse-cución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes', calificación que fue reafirmada en el art. 1 literal b de la Convención de la ONU de 1968.

La firma o ratificación de los convenios en los que se definen los delitos de lesa humanidad resulta irrelevante, desde que es su funda-mento el que los hace ingresar en el sistema constitu-cional uruguayo. Y ello, dice Fernando Cardinal, por dos motivos: 'el primero, que por ser una garantía (constituida por el deber del Estado de perseguirlo) inherente a la protección de la personalidad humana, está incorporado sin necesidad de reglamentación alguna, conforme con el art. 332 de la Constitución; el segundo, en tanto los mencionados instrumentos lo que hacen no es establecer la categoría, sino reconocerla, por cuanto si son inherentes a la personalidad humana, no es el precepto expresado en el Estatuto, Tratado o Convenio el que la hace vigente, sino

que solo la actualiza mediante una verbalización determinada, ya que en sí preexisten a tal actualización’.

En consecuencia, sostiene que la existencia de la categoría de delitos de lesa humanidad está incorporada a nuestro ordenamiento, al menos desde 1968, en virtud de lo dispuesto por los arts. 72 y 332 de la Constitución.

Y, aquí, estima que lo relevante del concepto de lesa humanidad es el bien jurídico tutelado, que no es otro, como dice Fernando Cardinal, que el sistema de derechos humanos en el encuadre que viene de realizarse.

Es así que ‘si existe una tipificación al momento de la comisión de un delito, por ejemplo, el homicidio, las lesiones, la privación de libertad, etc., que está catalogado como tal en el Código Penal, nada obsta a que, atendidas las circunstancias en que se efectuó y la finalidad con que se perpetró, pueda ser calificado como de lesa humanidad si encastra en la definición que de tal carácter dan las Convenciones que vienen de analizarse’.

Entonces, no se viola el principio ‘nullum crimen, nulla poena sine lege’, porque ‘el crimen existe y está tipificado por la descripción de la conducta, ya sea el homicidio, las lesiones, la privación de libertad, etc., con más el carácter dado por la finalidad que emerge de las normas del jus cogens (...)’. Y ‘porque la conducta descripta la tiene [se refiere a la pena] aun cuando sea coincidente con otro delito, aun en su nomen juris que, desarrollando la misma conducta, no tuviere la finalidad requerida en el de lesa humanidad’.

Por ende, concluye con Fernando Cardinal que, en el orden jurídico patrio, los delitos de lesa humanidad estaban incorporados con anterioridad al dictado de las Leyes Nos. 17.347 y 18.026.

La imprescriptibilidad de estos delitos también forma parte del sistema de tutela de los derechos fundamentales consagrados en el art. 72 de la Constitución, ya que busca protegerlos de forma tal que sea imposible que quienes los perpetraron puedan sustraerse al castigo.

Además, la imprescriptibilidad se encuentra igualmente incluida en 'el universo de normas de jus cogens' también desde 1968, por lo que la ausencia de reglamentación interna no impide su aplicación (arts. 72 y 332 de la Constitución y art. 1 de la Convención de la ONU de 1968).

Y al respecto, dice Fernando Cardinal: 'Véase que la citada Convención de 1968, en su art. 1, inicia la expresión de la norma diciendo: 'Los siguientes crímenes son imprescriptibles...', lo que denota, desde su propio tenor, el carácter declarativo del precepto. No se trata de establecer una imprescriptibilidad, sino que se declara que ella existe, y por ende es anterior a su propia redacción. Ello demuestra el carácter de norma protectora inherente al sistema de derechos humanos, impidiendo que quienes lo violan en su más grave forma cometiendo los delitos allí expresados, se sustraigan a la sanción; e impone al Estado que garantice la persecución de dichos crímenes, sin que se pueda escudar en un instituto tal como la prescripción, anteponiendo a la seguridad jurídica la protección del sistema de derechos humanos'.

Tal conclusión no colide con ningún otro principio constitucional por razones análogas a las expuestas al tratar la existencia de crímenes de lesa humanidad con independencia de la legislación interna. Así, el hecho de que el instituto de la prescripción pertenezca al derecho sustancial no es óbice para su aplicación anterior a la Ley que ratificara la Convención de la ONU de 1968.

Entonces, en el Código Penal, al menos desde la declaración contenida en el art. 1 de la dicha Convención, pueden distinguirse dos categorías: la de los delitos imprescriptibles, entre los cuales se encuentran los del art. 1 citado y, eventualmente, los de cualquier otra norma de 'jus cogens' que se vea incorporada a través del art. 72 de la Constitución; y la de los que admiten prescripción, que constituirían una regla para cualquier delito no exceptuado por norma especial.

Es por eso que entiende que las Leyes Nos. 17.347 y 18.026 no tienen incidencia respecto a la situación anterior, por cuanto lo que ellas hicieron fue reconocer, mediante Ley formal interna, que los delitos de lesa humanidad son imprescriptibles, de acuerdo con las definiciones que en ellas se consagran.

En cuanto a la violación del principio de certeza jurídica que invocan los apelantes, originada por la vía de modificar las normas que determinaron la prescripción de un delito con efecto retroactivo, estima que cabe convocar la opinión que, al respecto, emitió el Tribunal Constitucional Federal Alemán al analizar una Ley que extendía el plazo de la prescripción de ciertos hechos punibles, que se dictó con la finalidad de

evitar que los delitos de homicidio de la época del régimen nacionalsocialista y de posguerra prescribieran el 31 de diciembre de 1961.

‘Toda norma penal contempla un juicio ético-social, dotado de autoridad estatal, sobre la actuación penalizada por ella. El contenido concreto de ese juicio se da en forma de un tipo penal y de la sanción con que se amenaza. Ambas, conjuntamente, constituyen la punibilidad en el sentido del art. 103, párrafo 2 de la Ley Fundamental (...)’.

‘La punibilidad de un hecho es presupuesto para su persecución. Una actuación sólo puede ser considerada punible si su punibilidad se determina legislativamente con anterioridad a la comisión del hecho. La punibilidad comprende la persecución, pero la persecución, por el contrario, no comprende la punibilidad. Un hecho punible ya cometido no pierde su carácter de ilegalidad por el hecho de que no hubiere sido perseguido o no pueda ser perseguido por motivos legales o materiales (...)’, (‘Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán’, Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe, edición Konrad Adenauer Stiftung, 2009, c. 139, pág. 535).

Por consiguiente, si las disposiciones sobre prescripción reglamentan durante cuánto tiempo debe ser perseguido un hecho punible, en la medida en que ellas sólo se refieren a la persecución, no afectan en absoluto la punibilidad del hecho, por lo que la prórroga o la terminación de los plazos de prescripción no vulneran ningún principio constitucional.

En este sentido, señala que el Tribunal Constitucional Federal Alemán expresó: ‘El postulado de la seguridad jurídica, inmanente al principio del Estado de Derecho, exige que el ciudadano pueda prever las posibles intervenciones del Estado en su contra y que pueda comportarse en forma correspondiente. En principio, se puede contar con que el legislador no vincule consecuencias negativas a los hechos ya concluidos, que no eran previsibles al momento de la comisión de esos hechos (...). La seguridad jurídica significa para el ciudadano, ante todo, protección de la confianza’.

‘Al Estado de Derecho, sin embargo, pertenece no sólo la seguridad jurídica, sino también la justicia material. Ambas caras del Estado de Derecho no pueden ser tenidas [en cuenta] en igual forma por el legislador (...). Si la seguridad jurídica se encuentra en oposición a la justicia, entonces será función del legislador decidirse a favor de una u otra. Si esto ocurre sin arbitrariedad, entonces la decisión legislativa no podrá ser objetada invocando motivos constitucionales’.

‘La protección constitucional de la confianza no se aplica sin excepción. El ciudadano no puede invocar la protección de la confianza como expresión del principio del Estado de Derecho, cuando su confianza en la continuidad de una reglamentación legal no es susceptible de una consideración por parte del legislador (...), o [cuando] la confianza en una determinada situación jurídica tampoco se justifica materialmente (...)’ (obra citada, pág. 536).

En su mérito, entiende que, aplicando estos conceptos al caso de autos, no cabe más que concluir que ni la Ley No. 17.347 ni la Ley No. 18.026 (art. 7) lesionan el principio de la seguridad jurídica, habida cuenta de que son normas que no intervienen con posterioridad modificando los hechos que pertenecen al pasado, sino que, como se anotara, se limitan a reconocer que los delitos de lesa humanidad son imprescriptibles. Y si en el caso fuera de aplicación la Ley No. 18.831 (que no lo es por los fundamentos expuestos en el Considerando III.1.a.), también se llegaría a idéntica conclusión.

En definitiva, de acuerdo con los fundamentos expuestos, considera que la desestimación de la clausura por prescripción de la presente causa fue totalmente ajustada a derecho, desde que no se advierte la constatación de ninguna de las infracciones normativas denunciadas por la Defensa”.

IX.- La conducta procesal desplegada por la recurrente ha sido correcta, no dando mérito a especial condenación en gastos causídicos.

Por tales fundamentos, la Suprema Corte de Justicia, por quórum legal,

FALLA:

DESESTIMASE EL RECURSO DE CASACION INTERPUESTO, CON COSTAS DE OFICIO.

OPORTUNAMENTE, DEVUELVA.

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

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

II) A diferencia de lo que considera la mayoría de la Corporación, no surge que, en el caso en estudio, la Ley 15.848 haya significado un obstáculo a las investigaciones y al normal funcionamiento del Poder Judicial.

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

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

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

“(...) las normas jurídicas y los principios generales del derecho operaron y, siendo así, lo que prescribió en materia criminal se extinguió por inacción consciente y voluntaria, aun descontando el plazo de suspensión genérica (dictadura militar), salvo las excepciones por eventuales interrupciones originadas en situaciones particulares en relación a los agentes.

La conclusión es que el ejercicio del derecho que se posee es una carga de su titular y, si se quiere impedir la extinción del mismo, en este caso los soportes del Estado, debieron y dispusieron de la posibilidad de remover el obstáculo revocando la inclusión en la Ley (Poder Ejecutivo) para accionar ante los Tribunales (Ministerio Público) o derogar o modificar la propia Ley (Poder Legislativo), por tanto, si no lo hicieron en algunos asuntos perjudicaron el imperativo de su propio interés.

Por tanto, no es posible perjudicar la seguridad jurídica general del Estado de Derecho, adoptando soluciones en perjuicio del reo y violentando el régimen penal liberal por una inacción del propio Estado, ya que en definitiva se actuó dentro de la legalidad vigente ya sea en un sentido u otro y, si luego, se desconoce lo actuado se afectan derechos adquiridos en violación a preceptos constitucionales y se deteriora el Estado de Derecho.

COLOFON: No hubo ningún impedido por justa causa o una forma de suspensión de la prescripción que determinara que el plazo dejara de correr durante el tiempo del impedimento, sino actos discrecionales del Poder Ejecutivo efectuados al amparo de una Ley vigente, tanto es así, que la revocación genérica que dispuso el Sr. Presidente de la República Mujica en el año 2011 (de todas las resoluciones que incluían asuntos en la Ley 15.848), bien pudo ocurrir mucho antes en su mandato o, incluso, en el del Presidente Vázquez si así lo hubieran entendido, pero sin embargo tal cosa no aconteció excluyendo solamente casos específicos.

Con esto se pretende establecer que no puede tratarse de un impedimento por causa de fuerza mayor el régimen de la Ley 15.848, sino que lo acontecido fue el ejercicio de una facultad legal que cada Poder Ejecutivo utilizó de acuerdo a su leal saber y entender (...) nada impidió desde 1994 interponer acciones de inconstitucionalidad al titular de la acción pública y se convivía en un sistema democrático con una Ley cuestionada, pero susceptible de ser atacada. Tampoco nada impedía consultar al Poder Ejecutivo si el caso continuaba o no incluido en la Ley 15.848 a partir del año 2005 en adelante, porque era público y notorio que se estaban excluyendo casos de la misma, al punto que había personas enjuiciadas con el debido proceso y sin menguar las garantías de ningún ciudadano, pero resulta que nada se hizo al respecto. Lo que está claro es que todas esas inacciones ocurrieron, pero ahora resulta que se trataba de delitos de lesa humanidad o sea crímenes aberrantes, pero nadie pidió siquiera informes sobre la existencia de causas archivadas incluidas años atrás en la Ley de caducidad. Por tanto, la responsabilidad del pasaje del tiempo no puede ahora cargarse contra los derechos de los sospechosos, o sea, mi culpa viene a justificar lo que la Corte Interamericana no tiene reparos en definir como anulación de garantías fundamentales del imputado, lo cual resulta de franco rechazo.

Por tanto, la existencia de la Ley no creó un obstáculo insalvable derivado de caso fortuito o fuerza mayor para el ejercicio de una potestad del Estado, sino un procedimiento o requisito de procedibilidad cuyo detentador siempre pudo resolver en un sentido u otro y, cuando así ocurrió, permitió llevar adelante la acción penal (...)

No existió entonces un impedido por justa causa y, como consecuencia lógica, lo único que incuestionablemente imperó en todo momento es la Ley sustancial general en materia criminal, que no es otra que el Código Penal, donde solamente se regula el instituto de la prescripción (...)” (sentencia No. 360/2014 del T.A.P. 2o.).

Entonces, al comenzar a computarse el término de prescripción a partir del 1o. de marzo de 1985 y al haberse declarado inconstitucionales, para este caso concreto, los arts. 2 y 3 de la Ley 18.831 (sentencia No. 86/2014 de la Suprema Corte de Justicia; fs. 567-591 vto.), es claro que, en el caso, operó plenamente la prescripción, por lo que corresponde disponer la clausura de las actuaciones respecto de los recurrentes.