

### **Ministro Redactor:**

Dr. Alberto Reyes Oehninger.-

VISTOS

para interlocutoria de segunda instancia, en autos: "1) VITALE ANTONACCI, Wisthon Mario; 2) FERREIRA BRUNE, Alejandro Ariel. Presunta comisión en calidad de autores de un delito continuado de privación de libertad, específicamente agravado, un delito continuado de abuso de autoridad contra los detenidos, y un delito continuado de lesiones graves especialmente agravado y estos en concurrencia fuera de la reiteración con un delito continuado de privación de la libertad en calidad de co-autores (arts. 18, 54, 56, 58, 60, 61, 281, 282 incisos 1º y 4º 286, 317 y 320 bis del C.P.)" (IUE: 2-65903/2019) venidos del Jdo. Ltda. de Canelones de 1º Turno, en virtud del recurso del Fiscal Especializado en Crímenes de Lesa Humanidad. Dr. Ricardo Perciballe, contra la Res. 1182/2021, dictada por el Dr. Luis Sobot, con intervención de la Defensa (Dra. Viviana Peña).

RESULTANDO

I) La recurrida, dictada en audiencia de control de acusación, hizo lugar a la excepción de prescripción interpuesta por la Defensa y dispuso: "Declárase la extinción de los delitos atribuidos en la presente causa a Winsthon Mario Vitale Antonacci y Alejandro Ariel Ferreira Brune, por haber operado la prescripción de los mismos y en consecuencia ordénase la clausura definitiva del presente proceso, disponiéndose la libertad definitiva de los referidos imputados, cancelándose de forma definitiva las medidas cautelares que sobre sus personas y bienes se hubieren impuesto y ordenándose la cancelación de las anotaciones en el Registro Nacional de Antecedentes Judiciales, oficiándose a sus efectos..." (fs. 529 vto./535).

II) Al deducir reposición y apelación (fs. 536/560), la Fiscalía sostuvo: discrepa enfáticamente con la postura asumida por la Sede, habida cuenta que ésta desconoce un conjunto de normas de carácter internacional protectoras de los derechos humanos, así como la Jurisprudencia nacional e internacional que a lo largo de los años se fue construyendo en la materia. El eje de los agravios de la Fiscalía gira en torno a: 1.- El tracto procesal de la causa y la vulneración de determinados principios que gobiernan el CPP, 2.- Desconocimiento de la posición de la Suprema Corte de Justicia en materia de prescripción, 3.- El desconocimiento de toda la normativa internacional por la cual fue reconocida la existencia de los crímenes de Lesa Humanidad y fundamentalmente las obligaciones estatales al formar parte del concierto internacional de naciones, 4-La interpretación parcial del Principio de irretroactividad de la Ley Penal; 5- El desconocimiento de lo resuelto por la sentencia Gelman vs. Uruguay y con ello las normas en que ésta se fundamenta.

### **1. TRACTO PROCESAL Y VULNERACIÓN DE PRINCIPIOS BÁSICOS DEL CPP:**

Conforme a la peregrina interpretación de la Sede -que soslaya la existencia de la dictadura cívico militar donde no regía ninguna garantía y por ende no se podía investigar un hecho de esta naturaleza- estaba absolutamente claro desde el vamos que los delitos estaban prescriptos. Dable es resaltar que al momento de la solicitud de formalización se señaló expresamente los delitos imputados. Entonces ¿por qué se formalizó a los imputados? ¿Cómo es posible que le impusiera como medida cautelar la prisión preventiva? Huelga resaltar que ante una

situación de esta naturaleza el Juez no debe estar a lo peticionado por las partes por cuanto si entiende que existe una causal extintiva del delito debe irremediamente actuar de oficio. De lo que surge de la hostilizada se infiere que su postura se sustenta en lo resuelto por la Suprema Corte de Justicia en ocasión de resolver la excepción de inconstitucionalidad de la Ley 18.831. Y en razón de ello, nos enfrentamos a un conjunto de dudas de igual naturaleza que la anterior. Habida cuenta que tal temperamento no surge de las normas jurídicas que gobiernan el instituto de la inconstitucionalidad de la Ley. En tal sentido, no se puede soslayar que la declaración de Inconstitucionalidad tiene por cierto efectos jurídicos relevantes. Pero, una cosa es ello y otra muy distinta es el alcance que se le quiere otorgar. Lo real es que, conforme a las previsiones del CGP y de la propia Constitución, la declaración de inconstitucionalidad posee el efecto jurídico de declarar la inaplicabilidad de la Ley cuestionada al caso concreto (art. 259 de la Constitución y art. 521 CGP). ¿Qué conlleva ello? Pues, ni más ni menos, que la Ley 18.831 no podrá ser aplicada por los jueces o tribunales en el caso concreto. Ergo, ésta no podrá ser considerada para sostener la imprescriptibilidad de los delitos imputados. Y hasta allí su alcance. En otras palabras, no se podrá argumentar la imprescriptibilidad de los crímenes de Lesa Humanidad mediante la Ley 18.831, pero sí a partir de otros fundamentos jurídicos que abonen dicho temperamento. Huelga resaltar que también a partir de otros argumentos que permitan sostener la no prescripción de tales delitos. En tal sentido, Véscovi fue muy claro “...la decisión de la cuestión planteada “incidenter tantum”, es una interlocutoria que no afecta al fondo de la litis que debe decidir el Juez” (El proceso de Inconstitucionalidad de la Ley, Cuadernos de la Facultad de Derecho, año 1967, p. 224). En otro orden de ideas, conforme al principio de independencia técnica, lo resuelto por la Corte, no implica per se que la Sede extrapole necesariamente tales posturas. Tal situación se ha dado en innumerables causas, donde aún cuando existe resolución de la Corte disponiendo la inaplicabilidad de los arts. 2 y 3 de la Ley 18.831, los jueces o tribunales llamados a resolver la excepción de prescripción han rechazado la misma en base otro cúmulo de razones que se desarrollará infra. A fortiori, la atacada solo tomó en consideración una parte de lo resuelto por la Corporación y soslayó un punto muy relevante del fallo. Habida cuenta que la Corte declaró inaplicables al caso concreto los arts. 2 y 3 de la Ley 18.831, empero, constitucional o en otras palabras aplicable al sub lite el art. 1º de dicha norma. Y este hecho no es menor por lo que se desarrollará infra. Señalado lo precedente la Fiscalía no puede pasar por alto otro punto sustancial desconocido por la Sede. En efecto, el Juez, aún cuando pudo actuar de oficio (arts. 124 del C.P. y art. 133 del CPP) y resolver la prescripción del delito lo hizo a instancias de la Defensa. Ello lo expresó claramente en su sentencia por lo menos en dos oportunidades. En el Considerando 3 señaló “Con fecha 01/6/2020 comparece la Dra. Viviana Peña...alegando “...las defensas han reiterado en el curso del presente acto procesal, la oposición de la excepción de prescripción de los delito...” Ahora bien, si como señala la atacada su decisión se fundamentó en la excepción planteada por la Defensa, lo correcto desde el punto de vista procesal era dar traslado a la Fiscalía. Empero, ello no se efectivizó por la Sede y de esa forma se vulneraron los principios de contradicción (art. 9 CPP) y de igualdad de las partes (art. 11 CPP). Por último, aún cuando no sea un motivo de agravio específico, o si se quiere directo, se ve obligado a

resaltar la vulneración de los principios de plazo razonable (art.10 del CPP y su art. 8.1 de la CADDHH) economía procesal, concentración e impulso procesal (art. 12 CPP). A poco que se analicen los presentes, se verá que el curso de las actuaciones no estuvo en consonancia con la celeridad que un juicio bajo las reglas del nuevo CPP pretende. En especial, ponemos énfasis en lo que refiere al incidente de recusación planteado por la Defensa, que insumió nada más y nada menos que 10 meses para su dilucidación, siendo una cuestión de derecho que se debió haber rechazado in limine en audiencia.

## 2. DESCONOCIMIENTO DE LA POSTURA DE LA CORTE EN MATERIA DE PRESCRIPCIÓN.

La hostilizada desconoce la posición de la SCJ respecto a la prescripción de los crímenes acaecidos en el pasado reciente, apartándose ostensiblemente de la posición asumida por la SCJ y los Tribunales de Apelaciones que la han acogido. En resumidas cuentas, desconoce la posición que se fundamenta en el principio de que al impedido por justa causa no le corre el plazo. En tal sentido, la Corte sostuvo en la sentencia No. 127/2015 “A juicio de los Dres. Ruibal Pino, Larrieux y Pérez Manrique, debe entenderse que el plazo de prescripción para delitos como los investigados en autos debe situarse a partir de que la Ley No. 15848 perdió su vigencia, ya que esa Ley constituyó un impedimento para el libre ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público”. En tanto, en ocasión de la sentencia No 935/2015 sostuvo “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”. Posición que fue mantenida en las sentencias Nos 1.061/2015, 259/2016, 1.585/2016, 1846/2016. Mas, el momento del cómputo del plazo fue determinado por el TAP 4º por sentencia No. 185/2014 y recogido en sentencias de la SCJ No 340/2016, 895/2016, 1252/2016 y a la vez reiterado posteriormente en sentencia No 1.381/2016, donde se estableció “Coinciden, entonces, el Dr. Hounie y el redactor con los tribunales de mérito en que el dies a quo del plazo de prescripción de la acción penal debe ubicarse en el momento en el cual habría de entenderse removido el obstáculo que provocaba la suspensión del referido plazo, momento que no es otro que el que se verificó en alguna de las tres hipótesis legales que con absoluta claridad la misma Sala ha sintetizado en Sentencia No. 185/2014: 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. 32/2011, -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 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 18.831, que se estableció a contar desde su promulgación, la que se verificó el 27 de octubre de 2011”.

La hostilizada no tomó en consideración

que el art. 1º de la Ley 18.831 está vigente, ha sido declarado constitucional.

### 3. DESCONOCIMIENTO DE TODA LA NORMATIVA INTERNACIONAL EN MATERIA CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD.

La hostilizada descarta la postura del M. Público en cuanto admitir que nos encontramos frente a crímenes de Lesa Humanidad y por ende imprescriptibles, al entender que éstos no existían al momento de acaecimiento de los hechos. Para ello se basa únicamente en lo resuelto por la mayoría de la Corte en ocasión de resolver el incidente de inconstitucionalidad de la Ley 18.831. Empero, desconoce que distintos Ministros de la Suprema Corte de Justicia han sostenido el carácter de crímenes de Lesa Humanidad de tales entuertos. En tal sentido, ver discordia del Ministro Ricardo Pérez Manrique en sentencias No. 212/2013, posición que fuera seguida en posteriores sentencias Nos. 935/2015, 124/2016, 259/2016. De igual modo ver posición del Dr. Felipe Hounie en sentencia No. 124/2016 seguida luego en sentencias Nos. 995/2016, 989/2016, 1252/2016 1381/2016. Empero, más allá de los fundamentos de la mayoría de la Suprema Corte para sostener que las graves violaciones a los derechos humanos perpetrados en la dictadura cívico-militar no alcanzan el carácter de Lesa Humanidad, lo cierto es que a criterio de la Fiscalía, existen sobrados elementos para sostener lo contrario. Y ello, por la sencilla razón que al momento que acaecieron los hechos que: a- la GRAVEDAD de las conductas al no comprender cualquier delito sino aquellos únicamente previsto en el Estatuto u otros acuerdos internacionales de similar naturaleza; b- La GENERALIDAD de las acciones, en tanto no se consideran tales las violaciones a los derechos humanos de forma aislada; c- el carácter SISTEMÁTICO de las operaciones, que respondan a un plan ordenado tendiendo a atentar contra los derechos humanos; d- que se encuentren dirigidos contra la población civil por razones raciales, sociales, ideológicas, culturales, religiosas, etc, que no ofendan solo a la víctima sino a la comunidad como un todo, f-y finalmente que las conductas sean desplegadas por agentes del Estado o bajo la aquiescencia, la omisión o la complicidad de los mismos. Por tanto, del conjunto de normas internacionales aprobadas por Uruguay, así como del cúmulo de resoluciones y declaraciones de Naciones Unidas referenciadas, se puede inferir que la caracterización de crímenes de Lesa Humanidad ya se encontraba vigente al momento en que acaecieron los hechos denunciados.

### 4. INTERPRETACIÓN PARCIAL DEL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL.

La impugnada -desde una

perspectiva si se quiere chovinista de la cuestión jurídica en debate- analiza el problema únicamente a partir de las normas nacionales. Desconoce el universo de normas internacionales que interactúan en la materia y fundamentalmente la filosofía que inspira a las mismas. a partir de comprenderse que los grandes violadores de los derechos humanos podrían ser los Estados, mediante los agentes de éstos encaramados en el

poder. Ergo, en tales casos, los imputados ya no eran los débiles que se enfrentaban al poder punitivo del Estado, sino quienes usufructuando sus prerrogativas abusaron de éste en perjuicio de las víctimas. ¿Por qué ha de primar esa normativa internacional en desmedro de la nacional? Pues precisamente para darle mayor protección a las víctimas frente a la actuación ilegítima de los agentes del Estado. Y ello, por la sencilla razón que la persecución de tan viles actos no puede quedar al albur de los estados, ni a los vaivenes políticos internos de éstos, y fundamentalmente al poder que los victimarios mantengan dentro de la estructura estatal. En línea con lo que viene de decirse, no puede soslayarse que el 23 de Mayo de 1969, el concierto de las naciones aprobó en Viena la Convención sobre derecho de los Tratados, que se convirtió en un gran hito para el derecho internacional público en general y para los derechos humanos en particular, siendo aprobada por DL No. 15.196 de 19/19/1981, cuyo art. 53 dice: “Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general” y la inoponibilidad del derecho interno frente a los tratados (art. 27).

5.

DESCONOCIMIENTO DE LA SENTENCIA GELMAN VS. URUGUAY: la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos fue muy precisa en ocasión de condenar al Estado uruguayo en el caso Gelman vs. Uruguay. En dicha instancia, señaló con precisión que Uruguay debía investigar, juzgar y eventualmente condenar, las graves violaciones de los derechos humanos acaecidas en el pasado reciente. Correlato de ello, también sostuvo que todos los órganos del Estado debían abstenerse de aplicar institutos tales como la cosa juzgada, irretroactividad de la ley, non bis in idem u otras causales que obstaculicen dichas investigaciones. Más allá del desconocimiento de la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados, la hostilizada también pasó por alto, distintas normas de la Convención Americana que obligan a los Estados Parte, a cumplir las sentencias dictadas por los órganos jurisdiccionales creados a los efectos de brindar una mejor protección de los Derechos Humanos. En efecto, mediante la impugnada se vulneraron los arts. 62.3, 67 y 68.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Pues, de ellos se extrae con meridiana claridad que los fallos de la Corte Interamericana son obligatorios para los Estados Parte que sometieron la contienda ante ella. Conforme a los principios generales de derechos internacional, los crímenes de Lesa Humanidad son perseguibles en todo momento y en cualquier lugar donde estos hayan ocurrido.

III) Asimismo, la Defensa de la víctima (Dres. Pablo Chargoña y Fiorella Garbarino), interpuso recurso de reposición y apelación -en subsidio- (fs. 566/576) y en síntesis expresó: a) las víctimas de terrorismo de Estado, se agravan por la declaración de extinción del delito del que fueron víctimas en tanto implica el desamparo judicial, es decir, la más absoluta negación a sus derechos humanos a una tutela efectiva; b) la decisión recurrida supone un caso palmario de desacato ante un fallo internacional pasado en autoridad de cosa juzgada y porque desconoce los deberes de investigación, juicio y, si corresponde, sanción a los ex agentes del estado que se encontraren responsables de dispensar tratos inhumanos, crueles y degradantes; c) la aplicación del art. 117 del CP en neta transgresión al

multicitado fallo de la Corte IDH (que forzosamente ordena desaplicarlo), ni siquiera considera las causales de suspensión impuesta por el principio procesal general que al impedido no le corre término.

IV) Al evacuar los traslados conferidos (fs. 50/586 vto. y 596/604), la Defensa de los imputados contestó: 1) Recursos de Fiscalía: comienza en el Nral 1ro. la Fiscalía cuestionando el accionar de la Sede vulnerándose principios básicos del CPP, realizando un análisis que no guardan relación con la sentencia que se viene a recurrir, haciendo un análisis de irregularidades observadas en el desarrollo del proceso; olvidando que cuenta con instrumentos procesales para haber hecho valer sus derechos y no lo hizo; al momento de convocar a audiencia de control de acusación fiscal; sabiendo que los imputados habían contestado en tiempo y forma, debió recurrir y hasta presentar incidente de nulidad si había visto vulnerado el contradictorio; sin embargo consintió y recién ahora cuando claramente su oportunidad procesal ha precluído se expresa. Inmediatamente la Fiscalía comienza a expresarse sobre lo que llama DESCONOCIMIENTO por un lado de la posición de la Suprema Corte de Justicia respecto de la prescripción de los crímenes acaecidos en el pasado reciente y luego de la normativa internacional en materia de Crímenes de Lesa Humanidad. En lo que refiere a la posición de la Suprema Corte de Justicia sobre crímenes del pasado reciente; la Fiscalía en el devenir del proceso ha ido modificando su exposición; ahora funda su argumentación en la comisión de crímenes de lesa humanidad; asimismo en audiencia antes de la acusación fiscal hablo de Tortura y sin embargo al momento de solicitar la formalización de los imputados el Fiscal Dr. Perciabale; hizo referencia a delitos comunes; expreso; "Si bien esta es la tipificación que nosotros aplicamos, entendemos que estamos frente al delito de tortura eso es muy claro pero no lo vamos a aplicar hacemos porque entendemos que el delito de tortura fue creado a posterior de la comisión de los hechos por eso nos adecuamos a las figuras que habían al momento que fueron realizados los hechos que motivan la denuncia." (0,56 a 1,26 m grabación Audire) por lo que claramente no ha podido la Fiscalía tener coherencia en sus argumentaciones. De la simple lectura de la Acusación Fiscal se puede advertir que todos los conceptos; doctrina, jurisprudencia en especial internacional que viene a ventilar en oportunidad de apelar son argumentos nuevos en la causa que los introduce recién ahora; y para nada formaron parte integrante de la acusación fiscal como exige la normativa vigente; esto es el Art. 127 del Código del proceso penal que establece: De la acusación).- La acusación se ajustará formalmente a las reglas prescriptas para la sentencia en lo pertinente, se presentará por escrito y deberá contener. "d) la expresión precisa de las disposiciones legales aplicables y su debida correlación con los hechos y con la intervención atribuida al imputado; "... Si la Fiscalía pretendía acogerse en la normativa que menciona en la apelación; debió fundar el derecho oportunamente y no incorporarla recién ahora ante la existencia de una Sentencia Interlocutoria que no le favorece, agregando normativa que nunca fue invocada y que no formó parte de su argumentación jurídica. La Fiscalía solicita la condena de los imputados de conformidad a los arts. 1, 3, 18, 46 Nral 1, 54 56,57 58,59 inc. 3, 60, 61 Nral 4, 66, 68, 80, 85, 86, 281, 282, 286, 316, 317 y 320 bis del Código Penal; Artículos 127; 268 a 270 y normas concordantes del Código del Proceso Penal; NUNCA hace referencia a la normativa nacional e

internacional que introduce en esta instancia, acotándose así la pretensión punitiva. Continuando con la argumentación de Fiscalía, expresa que la sentencia impugnada desconoce la posición de que al impedido por justa causa no le corre plazo; agrega que el Ministerio Público se vio impedido para el libre ejercicio de la acción penal, lo que ocurrió durante la vigencia de la Ley de Caducidad, entiendo que la prescripción debe contarse desde que se consideró removido el obstáculo que provocaba la suspensión del referido plazo; entendiendo que es aplicable el Artículo 1 de la Ley 18831 del 27 de octubre de 2011. Pero ello no es así, ya que ninguna de las presuntas víctimas de autos ha venido a acreditar una justa causa de impedimento para comparecer ante la justicia a partir del momento en que se reinstauró la democracia y afirmar que el Ministerio Público no pudo accionar para solicitar justicia antes de esa fecha (Octubre de 2011). Falso, porque mucho antes del año 2011 (promulgación de la Ley 18.831) ya se había condenado a policías y militares por delitos cometidos en el periodo dictatorial; prueba de ello encontramos en la compulsión de jurisprudencia del Poder Judicial; es así que por Sentencia No. 037 del 26 de marzo de 2009 el Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 19o. Turno, en FICHA IUE: 2-43332/2005 se falló: "Condenando como autores responsables de veintiocho (28) delitos de homicidios muy especialmente agravados, en reiteración real, a las penas de veinticinco (25) años de penitenciaría para cada uno de ellos, con descuento de las preventivas cumplidas y de sus cargos las obligaciones que impone el artículo 105 literal e) del Código Penal. Condenando como autores responsables de veintiocho (28) delitos de homicidios muy especialmente agravados, en reiteración real, a las penas de veinte (20) años de penitenciaría para cada uno de ellos, con descuento de las preventivas cumplidas y de sus cargos las obligaciones que impone el artículo 105 literal e) del Código Penal, es así que se condenó a seis militares retirados y dos ex policías por asesinatos cometidos durante la dictadura militar, en el marco de las investigaciones sobre el denominado "segundo vuelo". En un expediente del año 2005 o sea que comenzó a investigarse y a actuar la justicia 6 años antes del dictado de la Ley 18.831. Y como el anterior tenemos muchos ejemplos; en autos caratulados: "GAVAZZO, José Nino; ARAB FERNÁNDEZ, José Ricardo; VÁZQUEZ BISIO, Gilberto Martín; SILVEIRA QUESADA, Jorge y MEDINA BLANCO, Ricardo José. Un delito de Homicidio muy especialmente agravado." IUE: 90-10462/2002. Por Resolución No. 2278 de fecha 27 de octubre de 2011. El Señor Juez Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 2° Turno dispuso el enjuiciamiento y prisión de José Nino Gavazzo, José Ricardo Arab Fernández, Gilberto Valentín Vázquez Bisio, Jorge Silveira Quesada y Ricardo José Medina Blanco, imputados de la coautoría de un delito de Homicidio muy especialmente agravado. Como se observa el expediente judicial es del año 2002, 9 años antes de la Ley 18.831. Entonces si en el caso de delitos de HOMICIDIOS el Poder Judicial estuvo en condiciones de juzgar y ya se encuentran en prisión esos condenados desde ya hace más de 15 años; cómo podemos aseverar que las víctimas de los delitos que aquí se denuncian estaban impedidos de ocurrir a la justicia a fin de hacer valer sus derechos; el Ministerio Público pudo accionar contra delitos que atacaron el principal bien jurídico "la vida" como los homicidios y nada pudo hacer ante lesiones graves, privación de libertad o abuso de funciones; sin dudas es tratar de tapan el sol con la mano. Basta con recorrer la Unidad Nro. 8 del Instituto Nacional de Rehabilitación para

comprobar que el Ministerio Público antes del 2011 trabajó arduamente en delitos ocurridos en el periodo de facto. Volviendo al fondo del asunto corresponde decir que sin duda es cuestión admitida 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”.- Sin embargo no podemos decir que mientras estuvo vigente la ley de caducidad tampoco hubo impedimento porque antes del año 2011 ya teníamos policías y militares condenados a penas de penitenciaría por delitos cometidos en el periodo de facto. Como se explicaría entonces que en esos casos se haya hecho justicia y en otros casos se diga que las víctimas estaban impedidas de llegar a reclamar sus derechos. La Fiscalía también afirma que la Sede realiza una interpretación parcial del principio de irretroactividad de la Ley Penal; y refiere “... no cabe lugar a dudas que en la actualidad sigue firme el principio ensayado por Feuerbach a principios del Siglo XIX “nullum crimen sine lege; nulla pena sine praevia lege poenali” conforme al cual, nadie puede ser penado por una conducta que al momento de su comisión no estuviera prevista legalmente. Y agrega “No obstante, en el presente, dicho principio debe interpretarse conforme a la nueva normativa dimanada del Derecho Penal Internacional, del Derecho Humanitario y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. Continúa afirmando la apelante “A fortiori, a partir del art.- 11.2 de la declaración Universal de derechos humanos y del art. 15 del IDC y es perfectamente sostenible incluir como fuente de derecho penal, aquellas provenientes del Derecho Internacional. Huelga resaltar fundamentalmente los tratados y la costumbre internacional en tanto ésta alcance la calidad de opinio iurus, así como los principios generales de derecho. “Y como un círculo vicioso nuevamente la Fiscalía cae en argumentaciones basadas en normativa y costumbre internacional; pero nada dice sobre porque la normativa interna, que resulta tan clara no es de aplicación; tampoco analiza los dichos del sentenciante. En cuanto a la afirmación de la Fiscalía respecto al desconocimiento por la Sede de la Sentencia GELMAN vs URUGUAY de Febrero del año 2011; llama la atención que el impugnante omite mencionar cuales fueron las circunstancias que permitieron que la Corte Interamericana se expidiera en ese fallo; y ese dato no resulta menor; ya que la actuación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tuvo lugar ante la ratificación de nuestro país de la CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS adoptada durante la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos; aprobada el día 13 de Noviembre de 1995 por la Ley 16.724. Por un lado la Ley 16.724 ratificó la convención en lo que refiere a casos de Desaparición Forzada y claramente no se está imputando a los defendidos ninguna desaparición forzada, por lo que difícilmente pueda ser de aplicación una sentencia dictada para el caso de desapariciones forzadas cuando el presente proceso pretende condenar por delitos de lesiones graves, abuso de autoridad y privación de libertad. Asimismo, resulta inconciliable con los argumentos de que se está ante delitos de lesa humanidad (como menciona la Fiscalía) ocurridos en el periodo de facto ya que si se ratificó la Convención en el Año 1995 no podría expedirse sobre hechos ocurridos con anterioridad; o lo que es lo mismo no tiene potestad retroactiva. 2) Recurso de presuntas víctimas: a) llama la atención que toda la argumentación se base en jurisprudencia y

doctrina extranjera; perdiendo de vista la realidad nacional la doctrina, la jurisprudencia y las normas vigentes en Uruguay en la materia. Al leer la acusación fiscal, se observa que todo el derecho fundado corresponde a nuestra normativa vigente; nada se dijo en ese momento que debía aplicarse otra norma distinta el Código Penal o al Nuevo Código del Proceso Penal; ni siquiera fueron mencionadas las leyes que ratificaron convenciones internacionales de Derechos Humanos; b) la Ley 16.724 ratificó la Convención en lo que refiere a casos de Desaparición Forzada y claramente no se está imputado a los imputados ninguna desaparición forzada, por lo que difícilmente pueda ser de aplicación una sentencia dictada para el caso de desapariciones forzadas cuando en este proceso se pretende condenar por lesiones graves, abuso de autoridad y privación de libertad.

V) Por Res. No 1638/2021 (fs. 609/612), el A quo mantuvo la recurrida y franqueó la Alzada. Sostuvo:

Recibidos los autos se citó para resolución, la que fue acordada previo pasaje a estudio por su orden.

#### CONSIDERANDO

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

II) Como tiene dicho la Sala: “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). (Res. 313/2013, entre otras). 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 los que dieron lugar a la Formalización seguida de prisión preventiva, 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. No. 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). El art. 2° de la Ley 18.596 excluye toda posible discusión respecto a la degradación del Estado de Derecho incluso antes del 26/6/1973: “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 (Geheiminis 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. No. 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 transnacional. 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 International Law (29 Yale J. Int'l L 85) por Ezequiel Malarino y Marisa Vázquez, <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 suscitan "...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 A quo, 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 petitionarios". 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) También la Sala tiene relevado desde anteriores integraciones (Sents. 84, 101, 313/2013, 2, 10, 275/2014, etc.) que la Ley de Caducidad fue un obstáculo para la persecución criminal de torturas como las que se denuncian en la presente pieza, aun de aquellos cometidos antes del llamado período de facto. 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. Y lo mismo vale para los delitos de idéntica naturaleza cometidos poco antes del 29/6/1973, aunque no hayan sido contemplados

en las leyes de mención. El 30/6/2011 recayó decreto del P.E. que al revocar todos los actos administrativos y mensajes emanados del mismo, en aplicación del art. 3º 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...Rev. de Der. 06/2011, KAS-UCUDAL, p. 140, n° 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, es notorio que luego de reinstalada la Democracia (1985) la Ley de Caducidad constituyó un impedimento (inconstitucional, ilegítimo) para la persecución de los delitos que pudieron ser investigados décadas después de la época a que refiere el art. 1º. Así se ha expedido la SCJ reiteradas veces: “Finalmente, cabe referir a si la vigencia de la ley N° 15848 (Ley de caducidad de la pretensión punitiva del Estado) incide sobre el cómputo del plazo de prescripción en el presente caso. A juicio de los Drs. Rubial Pino, Larrieux y Pérez Manrique, debe entenderse que el plazo de prescripción para delitos como los investigados en autos debe situarse a partir de que la ley N° 15.848 perdió su vigencia, ya que esa ley constituyó un impedimento para el libre ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público. El Dr. Chediak puntualiza que en otras causas similares entendió que no correspondía contabilizar el período durante el cual por efecto de la ley 15.848 las investigaciones se vieron impedidas de continuar su curso regular. Pero en esos casos, a diferencia del presente, el Juez de la causa y el Ministerio Público se habían visto imposibilitados de actuar en razón de

haber recibido del Poder Ejecutivo la comunicación de que los hechos denunciados se encontraban comprendidos en el artículo 1 de la ley N° 15.848” (S. 7/5/2015). Es que “ante la inexistencia de un Estado de Derecho pleno, donde un poder –el Ejecutivo- somete al otro –el judicial- los justiciables no encuentran, en este último, la garantía de ser recibidas y consideradas sus denuncias. Esta situación hace a la existencia de un impedimento absoluto, insoslayable, que provoca a su vez la interrupción de cualquier proceso de prescripción...cuando se ha negado conocer la verdad de aquellos hechos denunciados, el poder judicial no actuó, y esa omisión lo fue por la acción del ejecutivo, basada en una ley inconstitucional y violatoria de los tratados suscriptos por la República” (Fagúndez, Sobre la prescripción de los delitos cometidos bajo la impunidad que otorga el terrorismo de Estado, RDP 21, p. 145). 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” (ap. 206,207; de la Sala, S.101/2013 y 313/2013). Por ende, soslayar que la Ley de Caducidad obstaculizó -en mayor o menor medida, según sucesivas etapas de su aplicación o interpretación por el Poder Ejecutivo- la averiguación y el enjuiciamiento de presuntos responsables, importa desconocer un antecedente necesario, 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 ratificó el 29/10/2009 (Sent. Organización de los DDHH). En estos fallos, se descartó la excusa del orden interno: “...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 derivado... 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) Es un hecho notorio y así lo recoge el art. 2° de la Ley 18.596, que el obstáculo también alcanzó a las denuncias por delitos de igual naturaleza, pero cometidos antes del quiebre institucional tomado en cuenta por las leyes 15.848 y 18.831; sin que sea menester precisar la fecha del Plan Cóndor, los hechos aquí denunciados, ingresarían en esa especie. 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° 18.831: "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. No. 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 extingúa 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 *luris 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, Ricardo: LJU 148, pp. D-24/27, cfm. de la Sala, Sent. 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 ,de comprobarse, serían los delitos imputados. “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:

REVÓCASE LA RECURRIDA, EN CUYO MÉRITO, DÉJASE SIN EFECTO LA  
CLAUSURA Y EL ARCHIVO DISPUESTOS CON LA DECLARACIÓN DE  
PRESCRIPCIÓN.

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE.-

Dr. Alberto Reyes Oheninger

Ministro

Dra. Graciela Gatti Santana

Ministra

Dr. Sergio Torres Collazo

Ministro