

Número	Sede	Importancia	Tipo
765/2020	Tribunal Apelaciones Penal 1º Tº	ALTA	INTERLOCUTORIA

Fecha	Ficha	Procedimiento
03/11/2020	547-17/2020	PROCESO PENAL ORDINARIO

Materias
DERECHO PENAL

Firmantes	
Nombre	Cargo
Dr. Alberto Domingo REYES OEHNINGER	Ministro Trib.Apela.
Dra. Graciela Susana GATTI SANTANA	Ministro Trib.Apela.
Dr. Sergio TORRES COLLAZO	Ministro Trib.Apela.

Redactores	
Nombre	Cargo
Dr. Alberto Domingo REYES OEHNINGER	Ministro Trib.Apela.

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

Descriptor

Resumen
Prescripción en delitos de lesa humanidad

Texto de la Sentencia

**Ministro Redactor:**

**Dr. Alberto Reyes Oehninger.-**

## VISTOS

para interlocutoria de segunda instancia en autos: “**AA, BB. Denuncia. CC, DD . INCIDENTE DE PRESCRIPCIÓN- TESTIMONIO IUE: 2-109971/2011**” (IUE. 547-17/2020); venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Penal 27° T. en virtud de los recursos interpuestos por la Defensa de CC y DD (Dres. Gustavo Bordes y Gastón Chaves) contra las Res. 136/2020 y 1301/2020, dictadas por la Dra. Silvia V. Urioste, con intervención del Sr. Fiscal de Crímenes de Lesa Humanidad, Dr. Ricardo Perciballe.

## RESULTANDO

I) La **Res. No 136/2020** (fs. 1758) dispuso: *“no correspondiendo la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el art. 297 del C.P.P., así como tampoco dar trámite al incidente planteado atento a que la excepción de prescripción respecto del imputado Mario Cola fue interpuesta de fs. 391 a 392 y se encuentra resuelta en segunda instancia por Sentencia 10, de 18.01.2014, del Tribunal de Apelaciones...(fs. 682 a 699)”*.

**Contra dicha interlocutoria, la Defensa (Cola) interpuso reposición, apelación en subsidio y nulidad** (fs. 1811/1821). Sostuvo: a) una sentencia que se dicta con relación a si un lapso, que continúa corriendo en forma jurídicamente relevante, ha consumado o no en determinado momento la situación extintiva del delito regulada en los arts. 117 y ss. del CP, no veda la posibilidad que sea revisada si, transcurrido un lapso complementario -y no mediando causas de interrupción, como no median, art. 120 CP- éste ha constituido, como ocurre en el caso, la totalidad del plazo requerido para que se extinga el delito; b) en las circunstancias expuestas, las sentencias sobre prescripción solo pasan en autoridad de cosa juzgada formal, esto es, tienen ejecutoria mientras las cosas así estén (*rebus sic stantibus*), pero pueden modificarse y reverse cuando ellas han cambiado. Del mismo modo que no pasan en autoridad de cosa juzgada material las sentencias sobre alimentos o las que se dictan en los procesos voluntarios, con el agregado de que, de conformidad con el

art. 124 CP, la prescripción debe ser declarada de oficio. Rechazar la tramitación incidental promovida y no declarar la prescripción de los hechos respecto al defendido, contraviene el art. 24 CP; c) como se dijo en la pretensión de clausura desestimada en el modo que ahora se impugna, los hechos que se investigan habrían ocurrido hace casi cincuenta años. Los delincuentes más malvados, aquellos que de acuerdo a la letra de nuestro código penal merecen condena de treinta años de penitenciaría más quince de medidas de seguridad eliminativas, estarían más a salvo que el defendido, a quien se le imputan delitos que están lejos de ese extremo castigo. Delitos que, expurgadas las imputaciones de las que manifiestamente no corresponden siquiera en el marco jurídico (esto es, violación de domicilio y privación de libertad), subsistiría (al margen de que el defendido no participó en los hechos), la de abuso de autoridad contra los detenidos (art. 286 CP, con pena máxima de 2 años de penitenciaría), un delito que, aun en el caso de decretarse el procesamiento por tal imputación, es de los que son excarcelable esencialmente; d) al margen de ello, corresponde consignar que desde la denegatoria de prescripción ocurrida en 2014, a la fecha, se ha producido un hecho de absoluta y definitiva relevancia para el tratamiento de esta cuestión, cual es el transcurso de más de diez años contados cualquiera sea el punto de partida que se elija, porque la prescripción continuó en transcurso y extinguió el delito luego de recaída la sentencia de segunda instancia que anteriormente la desestimara (art. 117 num. 1º lit. c). Este relevamiento que se oponen a la cosa juzgada formal de aquel momento, es de previo y especial pronunciamiento antes de pasarse a la resolución del enjuiciamiento solicitado por la Fiscalía. El máximo de ninguno de los delitos que se pretende imputar, cuyo supuesto acaecimiento se habría producido hace cerca de cincuenta años, supera los diez de penitenciaría; e) la historia de la consideración jurisprudencial del tema prescripcional permite determinar que ella pasó por diferentes etapas: la perspectiva del art. 117 CP, sin adiciones de lapso; la de la adición del tercio previsto en el art. 123 CP para el delito de homicidio, hasta el momento crucial del 31/10/2011, fecha en la cual, según las estimaciones de la jurisprudencia, vencerían los 26 años y 8 meses correspondientes al máximo de 20 años de prescripción más la adición del tercio. En razón de ello y con la urgencia del caso, se dictó la Ley 18.831 apresuradamente vigente al día de su promulgación (27/10/2011), la que, entre otros, declaraba los hechos comprendidos en la Ley de Caducidad, como de lesa humanidad y, curiosamente -negando la imprescriptibilidad ex tunc que se pretende adjudicar a tales delitos en el Derecho

nacional- la declaración de que la prescripción no operó durante el período de vigencia de la Ley de Caducidad -lo cual indica a contrario, que los períodos de un lado y de otro de dicha vigencia, sí son útiles respecto de la prescripción; f) no está demás decir que respecto del defendido, no es aplicable ni la calificación de delitos de lesa humanidad a hechos como los que se le imputan, ni la suspensión del término prescriptivo contenida en el art. 3 de la Ley 18.831. Esto, de por sí, valida la pretensión de que se declaren prescriptos los hechos inventariados en la solicitud de enjuiciamiento y se archive la causa. A partir de la Ley 18.831, se propicia un nuevo sistema de cómputo: un sector de la jurisprudencia a cargo del Tribunal de Apelaciones de 4º Turno, entiende que no es aplicable a estos delitos la calificación de lesa humanidad, superviniente y más gravosa, pero desestima como apto para constituir prescripción, el lapso transcurrido entre el 23 de diciembre de 1986 (vigencia de la Ley de Caducidad) y el 27 de octubre de 2011 (restablecimiento de la pretensión punitiva del Estado). En este criterio, desde el 1º/3/1985 al 23/12/1986 transcurrió 1 año, 9 meses y 23 días; a partir del 27/10/2011 y a la fecha (17/2/2020), transcurrieron como tiempo computable, según la jurisprudencia mencionada, 8 años, 3 meses y 20 días. La suma de ambos guarismos supera con holgura el término de 10 años, como no era el caso en el año 2014; g) la propia normativa que rige la ratificación (ulterior a los hechos) de la Convención sobre imprescriptibilidad (también *ex tunc*) de los delitos de lesa humanidad por parte de la Ley 17.347, no ingresa directamente al Derecho nacional, sino que está condicionada por el propio art. 4 de dicha Convención, a la obligación del Estado uruguayo de adecuar su normativa interna a la del art. 1º de dicha Convención. Lo mismo puede decirse del art. 7 de la Ley 18.026, que consagra la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad sin referencia (que existía en el proyecto original) a “cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido”. Sin olvidar que el Estatuto de Roma, ratificado por Ley 17.510, en su art. 24 declara la vigencia *ex nunc* de sus disposiciones. En conclusión, ni constitucional ni legalmente Uruguay ha reconocido la imprescriptibilidad retroactiva de los delitos de lesa humanidad, sino que todas las decisiones legislativas y las consultas al Cuerpo Electoral (Nación) lo han sido sobre la base de un derecho de Soberanía, conforme a los arts. 4 y 82 de la Constitución, según el cual es aplicable a la materia de prescripción delictual, el Derecho Constitucional interno; h) para llevar adelante las imputaciones de privación de libertad y violación de domicilio, el escrito fiscal debe prescindir de lo que no es prescindible, esto es, que las detenciones de 1972 fueron en un contexto

jurídico constitucional singular: el 14/4/1972 los tupamaros (a quienes no se podía llamar por tales, sino “sediciosos”) dieron muerte a varias personas, en operaciones concertadas. Parejamente, las Fuerzas Armadas dieron muerte a varias personas consideradas sediciosas, en un operativo de allanamiento. Ese mismo día, el Parlamento electo en 1971, decretó, de conformidad al art. 31 de la Constitución, la anuencia para la suspensión de la seguridad individual, así como el estado de guerra. Esto significa que, a partir del 14/4/1972, no rigieron las garantías para la aprehensión de los delincuentes y se entendió para los delitos de subversión, que era aplicable la jurisdicción militar. Así, a los efectos de la aprehensión de los delincuentes no existían las limitaciones derivadas de la inviolabilidad del hogar, al punto que eran frecuentes los allanamientos nocturnos, que se entendían legitimados por la Constitución y la anuencia parlamentaria; i) en diversas comparecencias, la Fiscalía ha invocado como circunstancia interruptiva de la prescripción, la denuncia del hecho. Sin embargo, la denuncia como simple *notitia criminis* en un delito en que debe procederse de oficio, no es apta para interrumpir la prescripción (arts. 120 CP y 20 CC), no obstante alguna opinión doctrinaria en sentido contrario (Langón, Código Penal anotado y concordado, Tomo I, 2003, pp. 326 y 327). Sí la orden de arresto que no puede referir sino al arresto legítimo previsto en el art. 15 de la Constitución, que se admite en solo dos situaciones: mediando semiplena prueba o elementos de convicción suficientes (art. 125 CPP) o flagrancia (art. 111 ss.).

**II) La Res. 1301/2020** (fs. 1995/2006): A) desestimó “*la excepción de prescripción interpuesta por el indagado Rogelio Garmendia, continuándose la instrucción en los autos principales*”. **Contra ella, la Defensa (Garmendia), interpuso reposición y apelación** (fs. 2011/2021). Sostuvo: a) el Caso “Gelman” no expropia el espacio crítico del Juez nacional para examinar el caso concreto en que debe actualmente pronunciarse, del mismo modo que, de acuerdo a las potestades razonablemente concedidas por el Estado Uruguayo, debió hacerlo la C.I. Por tanto, el caso “Gelman” no puede aplicarse al presente; b) la calificación de lesa humanidad de los hechos imputados le falta el presupuesto de base para que tengan existencia tales delitos. La situación jurídico constitucional en que se dio la represión (aún con excesos), no consistió en un ataque generalizado a un sector de la población civil,

sino la suspensión constitucional de garantías (art. 31 de la Constitución), “para la aprehensión de los delincuentes”, con declaración de estado de guerra interna (art. 253 de la Constitución) y el establecimiento de medidas prontas de seguridad (art. 168 num. 17 de la Constitución), que adicionalmente, habilitaba al arresto de personas. Estas consideraciones jurídicas excluyen que la prescripción de los delincuentes pueda ser considerada el “ataque generalizado” que es presupuesto de los crímenes de lesa humanidad. Excluida, por falta de presupuesto jurídico y fáctico, la calificación de crimen de lesa humanidad, la conducta indagada sigue las reglas de la prescripción común, cumplida cualesquiera sea el modo en que se la compute. El planteamiento como cuestión de previo y especial pronunciamiento se funda en que ninguna indagatoria puede cumplirse respecto de un delito ya extinguido; precisa y correlativamente, porque un delito extinguido cumple con el requisito de la inexistencia suficiente para impedir o detener toda indagatoria. En el marco constitucional de la suspensión de garantías en que se verificaron las detenciones de la época, así como del régimen de medidas prontas de seguridad -habilitantes ambos de la detención de personas por un lapso superior al previsto en el art. 15 de la Constitución, ninguna imputación podría surgir por el delito de privación de libertad. La imputación remanente, derivada de los apremios denunciados, tipificada por el art. 268 CP, no prescribe en diez años, sino a los cuatro, por lo que, cualquiera sea el modo de cómputo, ha prescrito, más allá de la consideración de simple sentido común de que un delito con tal penalidad máxima, debería desautorizar toda persecución al cabo de cincuenta años. Pero más allá de esto, al entenderse por la Fiscalía otros casos, de aplicación la antigua figura del art. 268 CP (Abuso de autoridad contra los detenidos), se ha convocado para ella un régimen de prescripción incompatible con la disposición del art. 117 n 1, lit. c. Por tanto, al no ser el máximo de dos años, el régimen extintivo por prescripción pasa al numeral siguiente, el n 2 del art. 117 que dispone que los hechos que, entre otros, se castigan con prisión, prescriben a los cuatro años. Respecto a este delito, es el cerno de la indagatoria de autos, cualquiera sea el modo de cómputo del lapso, la conclusión es que prescribió a los cuatro años. Aunque no se le haga la añadidura del tiempo transcurrido entre el 1 de marzo y el 22 de diciembre de 1986, dentro del periodo posterior al dictado de la ley N° 18831, del 27 de octubre de 2011. Y, dentro del lapso de prescripción computable para el defendido, ya sea por la inaplicabilidad a su respecto del régimen impeditivo del art. 2 de la Ley 18831, ya sea por la

comprobación de la inexistencia de justo impedimento en vigencia de la Ley de Caducidad.

**III) En relación a los recursos interpuestos por la Defensa (CC) contra la Res. 136/2020 (fs. 1992/1994), el M. Público, contestó:** es otra dilatoria. Los autos se iniciaron el 27/10/2011, se solicitó el procesamiento el 24/7/2018, y aún no se ha podido efectuar la audiencia del art. 126 CPP; b) la Defensa pretende hacer incurrir en error a la Sede: emparenta prescripción con caducidad. La prescripción fue denegada por el Tribunal de Apelaciones, por lo que la Sede está en condiciones de resolver.

**En relación a los recursos interpuestos por la Defensa (DD) contra la Res. No 1301/2020 (fs. 2030/2038), contestó:** 1- Principio de raigambre civil del impedido por justa causa no le corre el plazo. De conformidad a lo que surge de los arts. 120 a 122 del C. Penal, la jurisprudencia considera que lo que dicho cuerpo legislativo regula es materia procesal, por lo que lo estatuido es la prescripción de la acción penal y no la extinción del delito. Anejo a ello, también desde la jurisprudencia se ha sostenido que el art. 120 del C. Penal debe compatibilizarse con el art. 122 y a partir de éste se deben admitir los excepcionales motivos de suspensión elencados en dicha norma, así como otros de similar naturaleza. En tal sentido, en la medida que el CPP es posterior y que sus arts. 6 y 87 remiten a la norma civil en todo lo atinente a la iniciación, suspensión e interrupción, etc. del cómputo de los plazos, se ha entendido que resulta de aplicación el art. 98 del CGP, según el cual al impedido por justa causa no le corre el plazo desde el momento en que se configura el impedimento y hasta su cese. En virtud de ello, se ha entendido que: a- no se puede contar para el plazo de prescripción el período de la dictadura cívico militar, por cuanto en dicho momento no regían las garantías mínimas para una verdadera investigación independiente. b- tampoco se puede computar el lapso de vigencia y/o aplicación de la Ley 15.848 de caducidad de la pretensión punitiva del Estado. En este caso por cuanto el Ministerio Público no pudo ejercer su poder-deber de investigación de los delitos, ni de ejercer la acción penal, así como tampoco las víctimas acceder a la verdad y ejercer el derecho a la justicia. Por tanto, a los efectos de computar el plazo de prescripción se deberán tomar en consideración: a-

la fecha en que el PE habilitó la investigación de conformidad al art. 3 de la Ley 15.848, b- la fecha de la Resolución 322/2011 del PE donde se revocaron los actos administrativos dictados al amparo de aquella norma, c- la fecha de entrada en vigencia del art. 1º de la Ley 18.831, esto es, el 27/10/2011. Dable es resaltar que la causa principal se inició en el año 2011 con posterioridad a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Gelman vs. Uruguay, del decreto del PE por el cual se derogaron todas las resoluciones al amparo del art. 4 de la Ley 15.848 y aún de la Ley 18.831. Esta posición es pacíficamente admitida y fundada extensamente por los Tribunales de Apelaciones de 1º y 4º. En tal sentido entre muchas otras, ver sentencias 31/2018, 276/2011 y 189/2017 del TAP 1º turno, y sentencias 372/2017, 228/2016, 600/2015 y 49/2015 del TAP 4º Turno. Amén de las anteriores Sentencias 563/2015 del TAP 3º Turno, así como también por la Suprema Corte Justicia en sentencias 1501/2011, 127/2015, 935/2015, 1061/2015, 259/2016, 340/2016, 895/2016, 989/2016, 1252/2016, 1381/2016, 1384/2016, 1585/2016, 1846/2016 y 261/2020.

2- Obligación internacional de cumplir con la Sentencia del Caso Gelman vs. Uruguay. Al proceder Uruguay a ratificar la Convención Americana de Derechos Humanos mediante la Ley 15.737, reconoció de pleno derecho la competencia de la Corte Interamericana para entender en todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención (arts. 45.3 y 62.2). De esta forma sus sentencias se vuelven obligatorias para todos los órganos del Estado. En tal sentido la Corte Interamericana en el caso Gelman Vs. Uruguay sostuvo en su párrafo 253. “Para ello, dado que la Ley de Caducidad carece de efectos por su incompatibilidad con la Convención Americana y la Convención Interamericana sobre Descripción Forzada de Personas, en cuanto puede impedir la investigación y eventual sanción de los responsables de graves violaciones de derechos humanos, el Estado deberá asegurar que aquélla no vuelva a representar un obstáculo para la investigación de los hechos materia del presente caso ni para la identificación y, si procede, sanción de los responsables de los mismos y de otras graves violaciones de derechos humanos similares acontecidas en Uruguay”. Y su párrafo 254, “En consecuencia, el Estado debe disponer que ninguna otra norma análoga, como prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, *ne bis in idem* o cualquier excluyente similar de responsabilidad, sea aplicada y que las autoridades se abstengan de realizar actos que impliquen la obstrucción del proceso investigativo”. Por tal motivo en aplicación de la Sentencia de la Corte Interamericana en el caso Gelman Vs. Uruguay, todos los órganos del Estado se ven obligados a salvar los

obstáculos que impidan la investigación y castigo de los responsables de delitos de lesa humanidad, entre los que vagamente resaltarlos se encuentra precisamente el instituto de la prescripción. Esta posición ha sido desarrollada por el constitucionalista Martín Risso Ferrand (Cumplimiento de la sentencia de la CIDH en el caso Gelman en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano año 2013 págs. 639-654) y asumida por el Fiscal de Corte de distintos dictámenes. De igual forma ha sido objeto de aceptación por parte del Tribunal de Apelaciones de 1er. Turno que entre otras razones sustanciales, también recogió ésta. Ver entre otras sentencias 31/2018, 276/2017 y 189/2017.

3- Imprescriptibilidad a partir de normas de Ius Cogens: La Convención sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad fue aprobada por la Asamblea General de ONU el día 26 de Noviembre de 1968 y aprobada en Uruguay por Ley 17.347 con fecha 5 de junio de 2001. En la referida Convención se estatuye explícitamente su aplicación retroactiva, puesto que comienza la misma mediante la frase paradigmática “Los crímenes siguientes son imprescriptibles cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido” (art. I inc. 1). Motivo por el cual en los trabajos preparatorios a la Convención se utilizó el término “afirmar” en reemplazo de “enunciar” que contenía el proyecto original, como forma de robustecer la tesis conforme a la cuál el principio de imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y lesa humanidad ya que existía en el derecho consuetudinario internacional. En virtud de ello se ha señalado “...Que esa convención sólo afirma la imprescriptibilidad, lo que importa el reconocimiento de una norma ya vigente (ius cogens) en función del derecho internacional público de origen consuetudinario. De esta manera, no se fuera la prohibición 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...” (Corte Suprema de la Nación Argentina caso Arancibia Clavel). Temperamento desarrollado en Uruguay por el Dr. Oscar López Goldaracena (entre otros trabajos en La Justicia Uruguaya Tomo 147 “Las violaciones a los derechos humanos de la dictadura deben juzgarse por ser crímenes de lesa humanidad. Crímenes de Lesa Humanidad. Principio de Legalidad y régimen de la imprescriptibilidad) y en Argentina por E. Raúl Zafaroni Eugenio Raúl Zaffaroni.- (Notas sobre imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad en Rev. Nuevo Derecho Penal año 2000/B). Seguido en su momento desde las Fiscalías Letradas Nacionales de lo penal de 2º y 5º turno a cargo de las Dras. Mirta Guianze y Ana Tellechea respectivamente.

4- Bloque de Constitucionalidad y art. 72

de la Constitución: A partir de la sentencia de la Suprema Corte de Justicia 365/2009 se debe colegir que los acuerdos internacionales sobre derechos humanos se incorporan a nuestra carta política a partir del art. 72 de la misma. De esa forma se conforma un bloque de constitucionalidad comprendidos por el texto de la Lex Fundamental al que se le aduna todos los convenios internacionales sobre derechos humanos. Por tanto, la Convención de Naciones Unidas sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad obtiene rasgo constitucional. En virtud de ello y de lo establecido en el art. 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se ha de colegir que las normas internacionales priman sobre las de carácter nacional y por tanto en crímenes de guerra y de lesa humanidad la regla es la imprescriptibilidad de los mismos. Posición desarrollada extensamente por el suscrito en (La Justicia Uruguay Tomo 148 año 2013 págs. 21 a 32 Reflexiones a partir de la Sentencia N° 20 de la S.C.J. por la que se declaran inconstitucionales los arts. 2 y 3 de la Ley 18.831. Admitida parcialmente por el Tribunal de Apelaciones de 1 er. Turno entre otras en Sentencias 31/2018, 276/2017 y 189/2017. 5- Normas de Ius Cogens y art. 72 de la Constitución: En una posición intermedia o si se quiere abarcativa de las anteriores, se posicionó el excelso y malogrado Ministro Dr. Fernando Cardinal al integrar la Suprema Corte de Justicia en la Sentencia N° 794/2014. En dicha ocasión Cardinal sostuvo “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 mencionado, por cuanto no cabe duda alguna que funciona 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. De ello se infiere que el reconocimiento de dichos delitos por parte de nuestro ordenamiento 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 O.N.U. de 1968) desde que se encuentra entre el elenco de normas de “jus cogens”, que ingresan al sistema constitucional mediante la aplicación del art. 72 de la Constitución. Por tanto la fecha de ratificación de los convenios sobre derechos humanos en general y de los delitos de lesa humanidad en particular no sería relevante, desde que es precisamente su fundamento el que permite su incorporación a la Lex Fundamental. Y ello, conforme a Cardinal, por dos razones; “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”. Seguido a su vez en el voto disorde del Ministro Felipe Hounie en distintas sentencias, entre otras 10/2016 de la S.C.J. 6- Teleología del instituto de la Prescripción. El fundamento de la prescripción se encuentra vinculado a la teoría de la pena. La doctrina vernácula más recibida, a partir de la Teoría de la Prevención General, ha señalado que el fundamento primordial de aquélla se asienta en la idea que, con el transcurso del tiempo el Estado pierde interés en la persecución del delito, puesto que se da una suerte de desvanecimiento del recuerdo, así como de las consecuencias del reato, por lo que la pena deja de ser útil. Y precisamente en Uruguay, como en el resto de Latinoamérica (fundamentalmente a través de las víctimas y de las organizaciones de derechos humanos) se ha mantenido el interés en la persecución. Una muestra de ello es la marcha del silencio, por verdad y justicia que se realiza todos los años el 20 de Mayo. A poco que se analicen los distintos acuerdos internacionales sobre DDHH se verá que la prescripción no está especificada como un derecho que le asiste a la persona. Por lo que se puede colegir que dicho instituto representa únicamente una autolimitación del poder punitivo de cada Estado. Posición desarrollada extensamente por el suscrito en La Justicia Uruguay Tomo 148 año 2013 págs. 21 a 32 Reflexiones a partir de la Sentencia No 20 de la S.C.J. por la que se declaran inconstitucionales los arts. 2 y 3 de la Ley

18.831. 7.- Derecho a la Tutela Judicial efectiva y derecho a la verdad. Resulta ostensible que las circunstancias que hoy se investigan refieren a hechos acontecidos cuatro décadas atrás.

Pese a ello, el Estado al haber suscrito diversos e innumerables acuerdos Internacionales sobre Derechos Humanos (Convención sobre Genocidio; Convención contra la Tortura etc.; Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada; Convención sobre la Imprescriptibilidad

de los Crímenes de Guerra y de los de Lesa Humanidad, Estatuto de la Corte Penal Internacional, Convención Internacional para la protección de todas las personas contra la Desaparición Forzada etc.) se ve en la obligación insoslayable de investigar, juzgar y en su caso condenar a los partícipes de violaciones flagrantes a los derechos humanos, como contrapartida del derecho que le asiste a las víctimas. En efecto, partir de los arts. 8 y 10 de la Declaración Universal de DDHH surge lo que hoy es un patrimonio común de la Humanidad que es el Derecho a una tutela judicial efectiva o si se quiere el Derecho a la Verdad que asiste a todas las víctimas. Tal Derecho a la Tutela Judicial efectiva, fue luego ampliado y reconocido en forma más precisa en el Pacto de San José de Costa Rica en sus arts. 1.1, 8.1 y 25.1. Normas que en definitiva marcan la impronta y razón principal, desde el ámbito supranacional, por la que el Estado basa la obligación de perseguir el delito, que no es otro que el de “garantizar el derecho a la justicia de las víctimas.” Esta obligación para el Estado de atender a los derechos de las víctimas y su familiares así como el que los responsables sean debidamente identificados, juzgados, y castigados ha sido criterio reiterado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Sentencias Casos Suárez Rosero Vs. Ecuador Sentencia del 12/11/1997 par. 107 y 108; Paniagua Morales y otros Vs. Guatemala sentencia del 8/3/1998 par. 173; Barrios Altos Vs. Perú sentencia del 14/3/2001 pars. 42, 43 y 48; Blake Vs. Guatemala citado par. 97). Tal criterio se mantuvo en la Sentencia de dicha Corte Internacional en el caso Gelman vs. Uruguay cuando sostuvo: “Del artículo 8 de la Convención se desprende que las víctimas de violaciones de derechos humanos, o sus familiares, deben contar con amplias posibilidades de ser oídos y actuar en los respectivos procesos, tanto en procura del esclarecimiento de los hechos y del castigo de los responsables, como en la búsqueda de una debida reparación.” (Par. 187) “La obligación de investigar y el correspondiente derecho de la presunta víctima o de los familiares no sólo se desprenden de las normas convencionales de derecho internacional, imperativas para los Estados Parte, sino que, según el Estado de que se trate, además deriva de la legislación interna que hace referencia al deber de investigar de oficio ciertas conductas ilícitas y a las normas que permiten que

las víctimas o sus familiares denuncien o presenten querellas, pruebas, peticiones o cualquier otra diligencia, con la finalidad de participar procesalmente en la investigación penal con la pretensión de establecer la verdad de los hechos.” (Par. 188). Posición desarrollada extensamente por el suscrito en (La Justicia Uruguaya

Tomo 148 año 2013 págs. 21 a 32 Reflexiones a partir de la Sentencia No 20 de la S.C.J. por la que se declaran

inconstitucionales los arts. 2 y 3 de la Ley 18.831.

**IV)** Por Res. No 1301 no se hizo lugar al recurso de reposición contra la Res. No 136 (fs. 1995/2005), y se franqueó la Alzada. Por Res. No 1410 (fs. 2039/2049) se hizo igual en relación a los recursos interpuestos contra la Res. No 1301, por Garmendia.

Recibida la pieza, pasó a estudio y se acordó esta resolución.

### **CONSIDERANDO**

**I)** La Sala, por unanimidad, habrá de confirmar las interlocutorias recurridas, por no apreciar de recibo los agravios articulados respectivamente contra ellas, como se verá a continuación.

**II)** En cuanto al rechazo de plano el incidente de prescripción promovido por el indagado Mario Cola, se justifica porque años atrás había sido desestimado en primera instancia por el entonces titular de la sede competente (actual Ministro de la Sala Homóloga de 2º Turno, Dr. Pedro Salazar Delgado), cuya decisión fue apelada por la Defensa saliente y confirmada por la Sala con anterior integración, según

Res. No 10/2014 redactada por el actual integrante Dr. Sergio Torres y con firma del redactor.

**III)** De ella se transcribe seguidamente, lo suficiente para evidenciar que el tiempo transcurrido desde dicha confirmatoria del rechazo de la prescripción invocada por ese indagado, no habilitaba la reedición del debate, siendo que el fallo no se basó -solo- en la interrupción del plazo por imposibilidad de investigar presuntos delitos de derecho común, conforme CP, CPP y CGP:

“...El 27/10/2011 (fs. 1/180), Julio Martínez Llano y Orlina Falero Ferraro, por sí y como integrantes de CRY SOL (asociación de ex presos políticos) denunciaron por crímenes de lesa humanidad contra ellos y otras personas según ampliación (fs. 434/470) entre 1971 y el 1°/3/1985. Los situaron cometidos en el Batallón de Infantería N° 12 (“300 Carlos”) y en el Servicio de Material y Armamento del Ejército. Ratificadas y ampliadas las denuncias, se citó como indagados a los denunciados según fs. 381: Mario Manuel Cola Silvera, Rudyard Raúl Scioscia Soba, Carlos Indalecio Perdomo Díaz y Juan José Mila Troisi. Las Defensoras de los dos primeros (Dras. Rosanna Gavazzo y Graciela Figueredo) interpusieron excepción de inconstitucionalidad de los arts. 1°, 2 y 3 de la Ley N° 18.831, previa solicitud de clausura y archivo por prescripción, denegada por Res. 1110/2012 (fs. 410/414). Por dec. N° 1236/2012 (fs. 471) se suspendió el proceso y elevaron las actuaciones a la Suprema Corte de Justicia, que por Sent. N° 20/2013 (fs. 547/583) y con discordia del Ministro Dr. Ricardo Pérez Manrique, declaró inconstitucionales (e inaplicables a los excepcionantes) los arts. 2 y 3 de la Ley cit. Devueltos los autos, pasaron en vista al M. Público por auto N° 417 de 12/3/2013 (fs. 592), cuya Representante solicitó se continuara “con la investigación de todos los casos de violación de Derechos Humanos denunciados en estos obrados”, en el entendido “que la Ley 18.831 resulta inaplicable al caso de autos, debiendo aplicarse las normas de Derecho Internacional, a las cuales se ha sometido el Estado uruguayo voluntariamente, sin que ello implique en modo alguno violentar la Constitución de la República...” (fs. 593/608 vto.).

“...La persecución de infracciones graves a los derechos humanos como serían los hechos denunciados e investigados (naturalmente, en caso de comprobarse), no tiene límites espaciales o temporales, ni está supeditada a los avatares políticos que pueda sufrir una Nación (dictaduras, inestabilidad social y política, etc.). Y la tortura por agentes del Estado reviste tal naturaleza, sea que se de en un régimen dictatorial, como en un régimen republicano de garantías menguadas: *“son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (...)* A la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1(1) y 2 de la Convención Americana, los Estados Partes tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención ...” (Corte IDH, caso Barrios Altos vs. Perú, S.14/3/2001).

“...Como expresa Perciballe (LJU 148, pp. D-24/27): “...la Convención sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad fue aprobada por la Asamblea General de ONU el día 26 de Noviembre de 1968 y aprobada en Uruguay por Ley 17.347 con fecha 5 de junio de 2001. **En la referida Convención se estatuye explícitamente su aplicación retroactiva,** puesto que comienza la misma mediante la frase paradigmática *“Los crímenes siguientes son imprescriptibles cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido”* (art. 1 inc. 1°)...**dicho temperamento se anuncia en el Preámbulo del mencionado acuerdo internacional.** Así expresamente señalaba *“... en ninguna de las declaraciones solemnes, instrumentos o convenciones para el enjuiciamiento y castigo de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad se ha previsto limitación en el tiempo”*. Por cuanto se advertía que *“la aplicación de los crímenes de guerra y de lesa humanidad de los delitos ordinarios suscita grave preocupación en la opinión pública mundial, pues impide el enjuiciamiento y castigo de las personas responsables de esos crímenes.”* Y en base a ello reconoce *“... que es necesario y oportuno afirmar en derecho internacional por medio de la presente*

*Convención, el principio de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad y asegurar su aplicación universal...”.-*

*“En definitiva, el **Preámbulo** así como el propio texto de la Convención, plasmó la línea de pensamiento en boga a comienzos de los años 60, por la cual se procuraba cerrarle el paso a la impunidad de los crímenes perpetrados contra la humanidad en la segunda guerra mundial”. Es que estaban por cumplirse los 20 años que preveían las normas internas sobre prescripción, y conforme a las mismas se establecía una tabla de salvación para los criminales de guerra”.-*

*“Anejo a ello, se advertía con preocupación en dicho momento histórico que de aplicarse los términos de prescripción del derecho interno irremediamente se producía el contrasentido según el cual, aquellos grandes principios erigidos en dogma por la Revolución Francesa en procura de limitar el Poder punitivo del Estado terminaban obrando en favor de aquellos que desde posiciones de poder del propio Estado habían violado de forma flagrante los derechos más elementales del Hombre”.-*

*“Motivo por el cual en los trabajos preparatorios de la Convención se utilizó el término “afirmar” en reemplazo de “enunciar” que contenía el proyecto original, como forma de robustecer la tesis conforme a la cual el principio de imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y lesa humanidad ya existía en el derecho consuetudinario internacional ...”. “Temperamento recogido por la mayoría de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Argentina en el emblemático caso Arancibia Clavel al sostener “... **Que esta convención sólo afirma la imprescriptibilidad, la que importa el reconocimiento de una norma ya vigente (ius 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 el principio instalado por la costumbre internacional, que ya tenía vigencia al tiempo de comisión de los hechos...en rigor no se trata propiamente de la vigencia retroactiva de la norma consuetudinaria de derecho internacional anterior a la ratificación de la convención de 1968 era ius cogens, cuya función primordial “es proteger a los Estados de acuerdos concluidos en contra de algunos valores e intereses***

**generales de la comunidad internacional de Estados en su conjunto, para asegurar el respeto de aquellas reglas generales de derecho cuya inobservancia puede afectar la esencia misma del sistema legal”**

“...Sin perjuicio de la claridad de la Convención, **la Asamblea General de las Naciones Unidas siguió expresándose en sentido coincidente con la misma a través de sendas Resoluciones a saber:** Res. 2583 (XXIV) de fecha 15/12/69; Res. 2712 (XXV) DE FECHA 15/12/70; Res. 2840 (XXV) de fecha 18/12/71; Res. 3020 (XXVII) de fecha 18/12/72 y Res. 3074 (XXVIII) de fecha 3/12/73. Esta última Resolución, amén de reiterar el principio básico de imprescriptibilidad, obliga a los estados a cooperar con los restantes en la persecución y el castigo de los responsables, así como a no tomar medidas de cualquier índole tendientes a incumplir las obligaciones internacionales. Y en lo que al punto que nos ocupa declara: “... *Los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad dondequiera y cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido será objeto de una investigación, y la persona contra la que existan pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscados, detenidos, enjuiciados y en caso de ser declarados culpables castigados ...*”.-

“Por lo que viene de verse se puede sostener sin hesitaciones que **los agentes del Estado que hoy se pretende juzgar, quienes actuaron en los años 70 debieron tener un panorama claro de cual(es) eran las reglas de juego en el momento en que perpetraron los delitos que llevaron a cabo, máxime si se tiene presente que en muchos de los casos, aquellos se encaramaron en lugares claves de los resortes del Estado.** Criterio reconocido por la mayoría de la Corte argentina en el citado caso Arancibia Clavel: “...*Que el fundamento de la imprescriptibilidad de las acciones 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. Las desapariciones forzadas de personas en nuestro país las cometieron fuerzas de seguridad o fuerzas armadas operando en función judicial; los peores crímenes nazis los cometió la Gestapo (Geheimnis Staatspolizei o policía secreta del Estado); la KGB estalinista era un cuerpo policial. No es muy razonable la pretensión de legitimar el poder genocida mediante un ejercicio limitado del mismo poder con supuesto efecto preventivo. Por ello, no puede sostenerse*

*razonablemente que sea menester garantizar la extinción de la acción penal por el paso del tiempo en crímenes de esta naturaleza”.-*

**“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 aún cuando dichos entuertos no estuviesen tipificados al momento de su comisión por el derecho nacional. **“...El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos...es de fecha 19 de Diciembre de 1966 y fue aprobado por el Uruguay por Ley 13.751 del 10 de julio de 1969, en tanto la Convención de Naciones Unidas sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y contra la humanidad fue aprobada**

por Resolución de la Asamblea General 2391 (XXIII) de fecha 26 de Noviembre de 1968.

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

“b.- Asimismo, **a partir del P I D C y P, 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 virtud de ello, es dable sostener el principio según el cual para el caso concreto de crímenes de guerra y de Lesa Humanidad es de aplicación el principio “posteriora derogant priobus” ... A fortiori se debe tener presente que la propia Constitución le asigna un lugar de relevancia al jus Gentium (del cual en la

actualidad el Derecho Internacional de lo DDHH no solo es parte son que es parte preeminente) desde que en su art. 239 no solo lo reconoce, sino que le adjudica competencia al máximo órgano judicial para "... Juzgar a todos los infractores de la Constitución, sin excepción alguna; sobre delitos contra el Derecho de Gentes ...". De ello puede inferirse que existe por parte del Estado Uruguayo la obligación constitucional de perseguir y concomitantemente juzgar los crímenes *juris Gentium*. Y tras dicha pauta interpretativa se podría llegar a entender que tal juzgamiento debería realizarse conforme a los estándares provenientes del propio derecho internacional...**en las hipótesis de delitos contra la humanidad ... la imprescriptibilidad es la regla**".-

**"...A igual solución -confirmatoria- se arribaría por...acatamiento de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Gelman vs. Uruguay (Apartado 194: "La Justicia, para ser tal, debe ser oportuna y lograr el efecto útil que se desea o 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 1998, por apremios físicos 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"*.-

*"Llegado el caso nuevamente a la Corte Suprema Argentina, ésta consignó que, paradójicamente, el fallo supranacional entrañaba agravio a varios derechos fundamentales del reo, indirecta 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, ob.cit. p.104).

“...La Sala, en sentencia N° 380/2010, dijo: “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 a cada Estado de proveer a los sometidos a su jurisdicción una debida protección judicial cuando alguno de sus derechos haya sido violado: “*La Corporación comparte la línea de pensamiento según la cual las convenciones internacionales de derechos humanos se integran a la Carta por la vía del art. 72, por tratarse de derechos inherentes a la dignidad humana que la comunidad internacional reconoce en tales pactos*”.-

“*En este sentido, Real enseña que, en nuestro Derecho, es clarísima la recepción constitucional del jusnaturalismo personalista, recepción que emana de conjugar los arts. 72 y 82 de la Carta. Este acogimiento expreso de la esencia humanista del jusnaturalismo liberal convierte a sus elevadas finalidades en principios generales del Derecho positivo, de trascendencia práctica, de los que no puede prescindir la sistematización técnico-jurídica (Real, Alberto Ramón, "El 'Estado de Derecho' (Rechtsstaat)", en Estudios jurídicos en memoria de Eduardo J. Couture, Montevideo, 1957, p. 604)”*

“*El citado autor sostiene: "En el Uruguay, los principios generales de derecho 'inherentes a la personalidad humana', tienen expreso y genérico reconocimiento*

*constitucional y por tanto participan de la suprema jerarquía normativa de la Constitución rígida: quedan, pues, al margen del arbitrio legislativo y judicial y se benefician con el control de inaplicabilidad de las Leyes inconstitucionales, en caso de desconocimiento legislativo ordinario" (Los Principios Generales de Derecho en la Constitución Uruguaya, 2a. edición, Montevideo, 1965, p. 15)".-*

*"En la misma dirección, Risso Ferrand, citando a Nogueira, observa que "en América Latina hay una poderosa corriente cada vez más "generalizada que reconoce un bloque de derechos "integrado por los derechos asegurados explícitamente en "el texto constitucional, los derechos contenidos en los "instrumentos internacionales de derechos humanos y los "derechos implícitos, donde el operador jurídico debe "interpretar los derechos buscando preferir aquella "fuente que mejor protege y garantiza los derechos de la "persona humana" (Risso Ferrand, Martín, Derecho Constitucional, Tomo 1, 2a. edición ampliada y actualizada, octubre de 2006, p. 114)".*

***"Analizada la cuestión en su contexto, se aprecia que **no puede ahora invocarse la teoría clásica de la soberanía para defender la potestad estatal de limitar la protección jurídica de los derechos humanos. Los derechos humanos han desplazado el enfoque del tema y ya no se puede partir de una potestad soberana ilimitada para el Estado en su rol de constituyente. Por el contrario, 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 esenciales 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 (citado por Martín Risso Ferrand, ob. cit., págs. 114 y 115)".-*

***“En este sentido, el art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados preceptúa que un Estado parte no podrá invocar las disposiciones de su Derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”***

*“Por estas consideraciones y como certeramente lo señala la Dra. Alicia Castro, “... al momento de dictarse la Ley -y, más tarde, la sentencia- debían tenerse en cuenta los derechos expresamente mencionados por el texto constitucional más los que progresivamente se fueron agregando por la ratificación de diversos tratados internacionales de derechos humanos, tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16/12/66 y ratificado por Uruguay por Ley No. 13.751 del 11/7/69; la Convención Americana de Derechos Humanos aprobada en el ámbito americano el 22/11/69, ratificada por Ley No. 15.737 de 8/3/85 y la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 10/12/84 y ratificada por Ley No. 15.798 del 27/10/85. De ese modo, el ordenamiento jurídico-constitucional uruguayo ha incorporado derechos de las personas que constituyen límites infranqueables para el ejercicio de las competencias asignadas a los poderes instituidos, lo que necesariamente debe controlar el juez constitucional” (Castro, Alicia, ob. cit., ps. 139 y 140)” (SCJ, sentencia citada).*

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 11/03/04): *“... 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 Nores, Proceso penal y Derechos Humanos, CELS, Bs. Aires, 2007, p. 54).*

**“En todo caso, la eventual prescripción de los delitos no constituye impedimento para la investigación:** *“El Juez competente se enfrentará a un caso concreto, con las particularidades que cada caso tiene, y advertirá: a) por un lado, que debe cumplir con la sentencia internacional que dice que ciertas situaciones no pueden impedir la responsabilidad, y b) por otra parte, normas de derecho interno (e incluso en algún caso el propio artículo 8.4 de la Convención) que establecen limitaciones a la responsabilidad penal. ¿Qué debe resolver el Juez si entiende que hay contradicción...? ¿Cómo se solucionan estos casos? En Uruguay, en el marco de una cultura jurídica fuertemente vinculada a las orientaciones francesas clásicas, en general se pretende una solución general que dé la respuesta para todos los casos que surjan en la realidad.- Pues bien, la solución de principio es que se debe cumplir íntegramente con las sentencias (con las nacionales y las internacionales) y no podrán invocarse normas internas para eludir las obligaciones internacionales (art. 27 de la Convención de Viena)...”*

*“cada caso tiene particularidades propias y, con la solución general referida, el juez deberá cumplir con la sentencia, pero tendrá también sobre la mesa los derechos humanos de los presuntos violadores de derechos humanos y todo lo que surja del caso en particular.- Y es sobre estos parámetros que en cada caso se deberá buscar la mejor solución y la que resulte conforme a derecho”; pero “... ningún juez podrá negarse a investigar invocando la prescripción del delito, cosa juzgada o ne is in idem, ya que estos elementos pueden (se verá más adelante) ser obstáculo para la responsabilidad penal de quienes cometieron estos delitos, pero no pueden tener incidencia alguna sobre el derecho a la verdad y a las investigaciones” (Martín Risso Ferrand, Cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de DDHH, Estudios Jurídicos N° 9/2011 cit., pp. 93-94).*

**IV)** Esos mismos fundamentos valen para desestimar el recurso de apelación de la misma Defensa, contra la prescripción invocada por primera vez por Rogelio Garmendia.

Con ello, la Sala no hace sino revalidar pronunciamientos armónicos con los de la sentencia parcialmente transcripta en el Considerando anterior, con actual integración.

Los delitos o crímenes de lesa humanidad, por su 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 “...**generalmente practicados por las mismas agencias de poder punitivo operando fuera del control del derecho penal, es decir, huyendo al control y a la contención jurídica**. Las desapariciones forzadas de personas en nuestro país las cometieron fuerzas de seguridad o fuerzas armadas operando en función judicial; los peores crímenes nazis los cometió la Gestapo (Geheimnis Staatspolizei o policía secreta del Estado); la KGB estalinista era un cuerpo policial. **No es muy razonable la pretensión de legitimar el poder genocida mediante un ejercicio limitado del mismo poder con supuesto efecto preventivo...**” (Suprema Corte de la Nación Argentina, *Arancibia Clavel*, citada por la Sala en Sent. No 4/2014, etc.).

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

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

Se caracterizan por 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**, lo que impide acudir a ese “*fetichismo*” invocado desde los juicios de Núremberg (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, [dhttp://postgradofadercs.uncoma.edu.ar](http://postgradofadercs.uncoma.edu.ar), pp. 25 y 12).

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

**En cuanto al requisito de ley previa y escrita**, en el caso de los guardianes del muro (*Streletz, Kessler y Krenz vs. Alemania*) los imputados invocaron que dada la realidad de la RDA, sus condenas por tribunales alemanes habían sido por conductas a entonces imposibles de prever.

La Corte Europea DDHH rechazó esa argumentación en base a la existencia de principios básicos de derechos humanos claramente reconocidos y reconocibles, que obstaba invocar la aplicación retroactiva de la ley y la violación del principio de legalidad, amén que “...*la amplia separación existente entre la legislación de la RDA y su práctica fue, en gran parte, la obra de los propios peticionarios*”. Por la posición que ocupaban en el aparato estatal, **no podían haber sido ignorantes de la Constitución y la legislación de la RDA o de sus obligaciones supranacionales y de las críticas internacionalmente formuladas** acerca de su régimen de policía de frontera. En la orden de disparar impartida a los guardias, habían insistido en la necesidad de proteger las fronteras de la RDA “*a cualquier precio*” y “*de arrasar a los violadores de frontera*” o “*aniquilarlos*”.

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

*“No hay pena sin ley*

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

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

*“Por eso, a partir de fallos de la Corte Interamericana de DDHH, la Corte Suprema Argentina declaró lo anterior y que...”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”* (García Sayán, Justicia interamericana y tribunales nacionales, Anuario de D.Constitucional Latinoamericano, Konrad Adenauer, 2008, pp. 387/388” (Sent. 313/2013).

Como se tuvo presente en Sent. N° 4/2014, etc., ***“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...**”.

Se reitera: 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 extingüía 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*).

No existe real colisión entre el principio de irretroactividad de la ley penal y la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad como -de comprobarse su ocurrencia- también serían los hechos denunciados: “...**la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad estaba ya establecida por el derecho internacional consuetudinario, toda vez que en esta rama del derecho la costumbre opera como fuente del derecho internacional**” (Zaffaroni, *Manual de D. Penal. Parte General*, 2006, p. 150; cfm. SCJ, Sents. 794/2014 y 1061/2015).

**POR CUYOS FUNDAMENTOS, SE RESUELVE**

***CONFÍRMASE LAS RECURRIDAS POR LA DEFENSA DE LOS INDAGADOS CC  
y DD.***

***NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE.-***

**Dr. Alberto Reyes Oehninger**

**Ministro**

**Dra. Graciela Gatti Santana**

**Ministra**

**Dr. Sergio Torres Collazo**

**Ministro**