

Sentencia No.

MINISTRO

REDACTOR:

DOCTOR JORGE RUIBAL PINO

Montevideo, veinte de julio de dos mil once

VISTOS:

Para sentencia estos autos caratulados: "**SILVEIRA QUESADA, JORGE ALBERTO - RAMAS PEREIRA, ERNESTO AVELINO - MEDINA BLANCO, RICARDO JOSÉ - VÁZQUEZ BISIO, GILBERTO VALENTÍN - MAURENTE, LUIS ALFREDO - SANDE LIMA, JOSÉ FELIPE. VEINTIOCHO DELITOS DE HOMICIDIO MUY ESPECIALMENTE AGRAVADOS EN REITERACIÓN REAL. CASACIÓN PENAL**"; FICHA 2-43332/2005.

RESULTANDO QUE:

I.- Por sentencia definitiva N° 204, de fecha 29 de junio de 2010, el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de Segundo Turno, confirmó la sentencia de primera instancia, salvo en cuanto no convocó, como correspondía, la atenuante de la confesión analógica en el caso de Vázquez, en cuya parte se revoca y así se dispone (fs. 9553-9630 vto.).

II.- La sentencia de primera instancia, N° 37 del 26 de marzo de 2009 dictada por el Señor Juez Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 19° Turno, había fallado: "condenando a Jorge Silveira, Ernesto Ramas, Gilberto Vázquez Bisio, Luis Maurenente, José Medina y José Sande como autores penalmente

responsables de veintiocho (28) delitos de homicidio muy especialmente agravados, en reiteración real a la pena de veinticinco años de penitenciaría en el caso de los tres primeros y a veinte (20) años de penitenciaría en el caso de los restantes, con descuento de las preventivas cumplidas, y de sus cargos las obligaciones que impone el literal e) del artículo 105 del Código Penal" (fs. 9220-9290).

III.- Las Defensas de los encausados Jorge SILVEIRA QUESADA; Ernesto RAMAS PEREIRA; Luis MAURENTE, José SANDE LIMA y Gilberto VÁZQUEZ, interpusieron recurso de casación, invocando errónea interpretación y aplicación del derecho, en cuanto a las normas que regulan el instituto de la prescripción extintiva, y en particular los artículos 117, 121, 123 del Código Penal, arts. 8, 10, 18, 72 y 332 de la Constitución. En síntesis sostuvieron que:

a) En el caso de sus defendidos, se verificaron las dos circunstancias que habilitaban la aplicación del inc. 4 del art. 117 del C. Penal, esto es la existencia de "acusación o sentencia condenatoria no ejecutoriada", coincidiendo además la entidad de las condenas, la pedida y la inflingida, en 25 años de penitenciaría para Ramas, Silveira y Vázquez, y 20 años para Maurente y Sande.

Existió errónea aplicación

por parte del Tribunal del comienzo del cómputo del plazo prescripcional, expresando que no compartían que hasta el 10. de marzo de 1985 el Estado uruguayo como titular de la acción penal, estuviese "justamente impedido" de actuar, entre 1976 y 1984 lisa y llanamente, no hubo impedimento, lo que hubo fue ausencia de voluntad política de actuar, era una situación de "no querer" y no de "querer y no poder".

Afirmaron que el término de prescripción de la acción penal respecto de los delitos imputados, comenzó a correr desde que se cometieron, en el año 1976 porque fue desde entonces que el Estado pudo perseguir estos delitos, para lo cual no necesitaba de denunciante privados.

A su vez, sostuvo que no resultaba aplicable la extensión del término de prescripción por la presunta peligrosidad, que en el caso de los recurrentes siquiera existía actualmente. La salvedad, correctamente contenida en el art. 123 suponía que el Juez debía realizar un examen actual de la peligrosidad del sujeto y si existía probabilidad que el sujeto repita la conducta o cometa nuevo delito. Discrepa con la posición de peligrosidad sostenida por el Tribunal, dado que la peligrosidad de un sujeto se evidenciaba a lo largo del tiempo, y no derivaba únicamente de la comisión de injustos, lo que era

atinado y cuando además una interpretación integral del ordenamiento jurídico, lo permitía, es decir, considerarla durante todo el transcurso del lapso de prescripción, y no limitada a uno y otro momento, en forma independiente. La peligrosidad no era aplicable, por ser contraria al sistema general de culpabilidad y a los principios generales consagrados en la Constitución. Si bien no resultaba en el caso solicitar la inconstitucionalidad, en tanto había mediado la derogación, por la norma posterior de superior jerarquía (art. 329 Constitución), en la medida que había operado la prescripción, la sentencia era nula.

En este punto, concluyen que había operado la prescripción y en consecuencia, la Suprema Corte de Justicia debía casar la sentencia de segundo grado, por resultar insalvablemente nula.

b- Se infringió las normas que regulan los institutos de litispendencia, cosa juzgada y, se contravino el principio "non bis in idem".

Afirman que las desapariciones de Waldemar Adalberto Soba Fernández, Alberto Cesilio Mechoso Méndez y de las restantes 26 personas por cuyos homicidios se los condenó, ya habían sido juzgadas por la justicia argentina y en nuestro país ante el Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 2° Turno, Ficha P 190/84 y agregado Ficha P

100/85.

Esas causas fueron en su momento archivadas en aplicación de la Ley No. 15.848 de Caducidad de Pretensión Punitiva del Estado, lo que significaba que extinta la acción penal, no se podía posteriormente ejercer, por imperio del legislador actuando en función antológicamente jurisdiccional.

Por ende la providencia de la clausura era una sentencia interlocutoria con fuerza definitiva, que ponía fin a la acción penal y hacía imposible su continuación (art. 269 C.P.P.). Actualmente al no haber sido objeto de los recursos previstos en los artículos 250 a 252 del C.P.P., se encontraba firme, por lo que la caducidad de la pretensión punitiva relativa a los hechos denunciados tenía fuerza de cosa juzgada y no podía ser revisada ni en éste ni en otro eventual proceso.

c. También fueron infringidos por la sentencia impugnada, las normas que regulan el instituto de la Obediencia Debida y en particular los artículos 17 del C. P. Militar y 29 del Código Penal Ordinario.

Aún cuando fueran ciertos los hechos imputados a los Oficiales encausados (de rango medio o subalterno de la época), salvo que se les pretenda utilizar como chivos expiatorios, se encuentran

exentos de responsabilidad conforme disponen los artículos 17 del Código Penal Militar y 29 del Código Penal Ordinario. La particularidad del C. Penal Militar, precisamente consistía en que la existencia de los presupuestos de la "obediencia debida" se presumen por disposición legal, a favor del subalterno. Se le releva de la prueba, en tanto la carga de la prueba en contrario recae en el Ministerio Público.

Era imposible que hubieran traído en el "segundo vuelo" a 28 personas, las mataran e hicieran desaparecer sus cadáveres, si no hubieran actuado "en el marco de sus atribuciones funcionales estrictas", y sin "que hayan recibido una orden de sus superiores jerárquicos para privar de libertad, torturar, trasladar y dar muerte a los detenidos".

d- Resultaban a su vez afectadas las normas que regulan la admisibilidad, interpretación y valoración de la prueba arts. 172, 173 y 174 del C.P.P., al punto de llevar al absurdo evidente.

En cuanto a las normas que regulan la prueba trasladada art. 29 del C.P.P. en la redacción dada por el art. 1 de la Ley No. 16.162, expresaron que existió infracción, en tanto se admitió su incorporación sin que la parte contra la que se adujo haya tenido la posibilidad de controlar esa prueba en el

proceso original o en el proceso actual, surgiendo en autos que la Defensa no fue notificada de señalamientos y diligencias de alguna prueba. Por lo tanto, los testimonios en tales condiciones, no debieron ser trasladados, y los que materialmente se incorporaron, no debieron tenerse por agregados.

La sentencia impugnada no arrojaba ninguna prueba directa, concreta y menos aún que se pueda aspirar a calificar de "plena", que respalde el hecho de que alguno de sus defendidos hubiera cometido o tenido participación, en alguno de los 28 homicidios que se le atribuye, de acuerdo al tipo penal previsto en el 310 del C.P.

Para condenar, se debió probar (y ahora analizar si se probó) la participación individual como autores, de todos y cada uno de sus defendidos, en cada uno de los 28 homicidios por cuya autoría se los condena, y no parapetarse detrás de una generalización, haciendo indiscriminadamente responsables a todos por todo.

En definitiva, ninguna de las supuestas pruebas de cargo que habilitaron el enjuiciamiento a criterio del Tribunal, se complementaron al grado de poder atribuirles la condición de "plenas" y así dar mérito a una eventual condena, como efectivamente ocurrió.

Respecto de estas 28 víctimas que se han seleccionado como objeto del proceso, la sentencia admite que no se sabe cuándo las mataron, no se sabe dónde las mataron, no se sabe cómo las mataron, no se sabe que hicieron con los cuerpos, pero en cambio habría plena prueba de quiénes los mataron.

El "non liquet" (no está claro) de los romanos, el "in dubio pro reo" de los tiempos más recientes, el principio liberal que según el cual es preferible cien delincuentes libres que un inocente encarcelado, debieron constituir la gran directiva; era preferible la absolución del culpable, antes que afrontar el riesgo de una condena injusta. La infracción a estos principios, reconocidos en los artículos 72 y 332 de la Constitución de la República, eran por sí, causal de casación, por lo que solicitaron se sirva casar la sentencia.

En cuanto a la valoración probatoria, invocaron que existió error "in procedendo", al advertir que existieron varias contradicciones en las declaraciones de los testigos y de los denunciados en los procesos, tanto en Uruguay como en el Extranjero (fs. 9645-9720).

IV. La Sra. Fiscal Letrada Nacional en lo Penal de 2º Turno, interpuso recurso de casación, reiterando su argumentación de escritos

anteriores, en donde primordialmente se agravó respecto a la calificación delictual realizada, por el Tribunal, expresando que:

La Sede debió aplicar al caso la figura de la Desaparición Forzada consagrada en el art. 21 de la Ley No. 18.026 y no la del Homicidio muy especialmente agravado (art. 312 del C. Penal). Al rechazar la figura de la Desaparición Forzada se incluyó el descarte de mayor profundidad en el debate teórico, en función de lo dicho por el Tribunal, de que "todos los desaparecidos han fallecido", fue una presunción erróneamente manejada a los efectos de variar la tipificación.

Sostuvo que era cierto que, en las actuales circunstancias, podía pensarse que la suerte corrida por las víctimas fue la muerte, pero la afectación a diversos bienes jurídicos marca la disimilitud de situaciones. La Desaparición Forzada es un delito pluriofensivo, no sólo se afectaba a la víctima en sí, sino también a sus familiares y allegados. No basta con afirmar que las víctimas desaparecidas están muertas, la desaparición forzada constituye un crimen de lesa humanidad, es un delito específico y como tal supone un crimen de Estado.

Siguiendo al Dr. Teitelbaum indicó que: "debe considerarse que con la desa-

parición forzada se violan una serie de derechos humanos, a la vida, la libertad, en su sentido más amplio, porque al desaparecido se le niega el ejercicio de todos y cada uno de sus derechos como persona, a la seguridad y a la integridad física y psicológica". Por más que cualquier juez supusiera o diera por probado que todos los desaparecidos seguirán siendo tales, se seguirá reclamando por ellos mientras perviva su memoria en la sociedad. Sus restos se seguirán buscando en cuarteles, en cementerios, en canteras, y mientras tanto, la situación de esas personas será de desaparición forzada. El Estado argentino y el uruguayo así los ha declarado, civilmente son ausentes, por desaparición forzada, no se los declaró muertos. El derecho no puede desconocer la significación de ese fenómeno. La desaparición forzada es un delito que continua perpetuándose mientras no aparezca la víctima, viva o muerta, dado que la privación de sus derechos fundamentales se mantiene, y como delito continuado no era posible empezar a contar el término de prescripción hasta que aparezca la persona o su cadáver.

A su vez, indicó que los hechos imputados en el expediente, se adecuaban a la figura delictual de Desaparición Forzada, y como tal debía de ser considerado delito permanente de conformidad, no sólo con el texto del art. 21 de la Ley No.

18.026, sino con las previsiones del art. 17 de la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución A/47/133 del 18.12.1992; y en el art. III de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas de Belém do Pará de 1994. El principio de irretroactividad tenía como excepción la voluntad del Estado que el Tratado produzca efectos respecto de actos o hechos anteriores a la fecha de entrada en vigor. De la lectura del preámbulo y articulado de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada (art. 3 y 7) se desprendía con claridad la intención de castigar las desapariciones forzadas que aún no se habían resuelto.

Analizando la normativa de base internacional sobre Derechos Humanos, consideró que el Principio de legalidad y su correlato, la no aplicación retroactiva de la Ley Penal, no se veía soslayado, con la imputación de figuras penales que al momento de acaecidos los hechos no eran recogidas en los distintos ordenamientos jurídicos, aunque sí en el ámbito internacional. Al respecto señaló que el artículo 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos estatuye que 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 era pasible de ser reconocida en el giro utilizado en el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos cuando prevé "de acuerdo con el derecho aplicable. Por tanto, se ha de colegir que la fijación de una excepción de tal naturaleza desde el ámbito internacional y en el marco de acuerdos sobre derechos humanos, no podía tener otro objeto que el de habilitar el enjuiciamiento y castigo de actos reconocidos como delictivos conforme a los principios generales de derecho internacional, aún cuando dichos ilícitos no estuviesen tipificados al momento de su comisión por el derecho nacional. La ausencia de un tipo penal de Desaparición Forzada en la legislación nacional no era óbice para condenar a los partícipes de actos de tal naturaleza, siempre que esta conducta ya estuviese considerada delito por el derecho internacional. Conforme al derecho internacional Art. 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: art. 9 Convención Americana sobre Derechos Humanos se podía concluir la posibilidad de investigar, juzgar y condenar delitos de tal naturaleza, sin violar la ley penal o en virtud de la excepción al principio de la irretroactividad, aún cuando al momento de cometerse

los mismos, no fuesen considerados delitos según la legislación nacional.

Sostuvo que, a la luz de los innumerables Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos establecidos con posterioridad a la creación de Naciones Unidas, los tipos penales debían ser interpretados en clave de las víctimas o, si se quiere, desde la perspectiva de éstas.

A partir de la idea de que las conductas alcanzadas por el actual art. 21 de la Ley No. 18.026 se encuentran prohibidas desde hace más de cincuenta años por el Derecho Penal Internacional, siendo de esta forma una norma de general aplicación para todos los Estados integrantes de la comunidad internacional, consolidándose como norma de "jus cogens" internacional.

En el mismo orden de razones que llevaron a descartar la aplicación de la Ley No. 18.026, se calificó a la misma como una "defectuosa copia" del Estatuto de Roma, cuando se trata de una de las opciones válidas de implementación, permitidas por dicho Estatuto. Se hizo también hincapié en la falta del requisito de "ataque generalizado o sistemático contra una población civil", concepto que estaba plasmado en el art. 7.1 del Estatuto de la C.P.I. (sin prescindir del derecho internacional consuetudinario), y que, de

acuerdo a esa definición, comprende la hipótesis analizada en autos, permitiendo encuadrarla en el art. 21 multicitado.

Respecto del agravio referido a la prescripción de la acción y aplicación del artículo 123 del Código Penal, señaló errónea la afirmación que los delitos de homicidio imputados estaban sujetos a prescripción, pues tratándose de graves violaciones a los derechos humanos, configuraban crímenes contra la humanidad y, como tales, resultan imprescriptibles. El concepto de crímenes contra la humanidad no era de reciente elaboración, sino que se retrotraía a la Carta del Tribunal Militar Internacional que funcionó en Nürenberg y el Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945, donde se definieron los actos que se consideraban crímenes sujetos a la jurisdicción del Tribunal, clasificándolos en tres categorías: crímenes contra la paz, crímenes de guerra, y crímenes contra la humanidad. Las fuentes del Derecho Internacional imperativo que enumera, consideran aberrantes la ejecución de ciertas clases de actos y sostienen que, por ello, esas actividades deben considerarse incluidas dentro del marco normativo que procura la persecución de aquellos que cometieron esos delitos. Por lo tanto, era posible señalar que existía, a la fecha de comisión de los actos precisados un orden normativo -formado por

tales convenciones y por la práctica consuetudinaria internacional- que consideraba inadmisibles la comisión de delitos de lesa humanidad ejecutados por funcionarios del Estado y que tales hechos debían ser castigados por un sistema represivo que no necesariamente se adecuaba a los principios tradicionales de los Estados nacionales para evitar la reiteración de tales aberrantes crímenes.

En base a lo expuesto, sostuvo que los graves hechos ventilados en autos, cualquiera sea la tipificación que se les adjudicara, eran crímenes de lesa humanidad y por tanto imprescriptibles.

En definitiva solicitó que se anule la sentencia del Tribunal en cuanto atribuyó a los imputados 28 delitos de Homicidio muy Especialmente Agravados, en lugar de 28 delitos de Desaparición Forzada de personas y, en tanto estimaba que los hechos delictivos perpetrados en autos, aún cuando se los encuadre en el tipo de homicidio muy especialmente agravados, estaban sujetos a prescripción, desconociendo que se trataba de crímenes de lesa humanidad (fs. 9721-9761).

V.- El recurso de casación interpuesto por la Defensa de Ricardo Medina Blanco a fs. 9641 y ss., fue declarado inadmisibles por Resolución

de la Corte No. 3425, de fecha 3 de setiembre de 2010, por vulneración del art. 271 del C.P.P.

Por la referida Resolución, también se dio ingreso a los recursos interpuestos por los restantes encausados y la Sra. Fiscal Letrado Nacional en lo Penal de 2º Turno, confiriéndose los respectivos traslados por el término legal (fs. 9769-9770).

VI.- Que se evacuaron los traslados conferidos y conferida vista al Sr. Fiscal de Corte, la misma fue evacuada por Dictamen No. 4606/10, aconsejando, por los fundamentos que expuso, se rechacen los recursos de casación interpuestos, ya que la sentencia no causaba nulidad (fs. 9816-9832).

VII- Pasados los autos a estudio por su orden, se acordó sentencia en legal forma.

CONSIDERANDO QUE:

I.- La Suprema Corte de Justicia, por unanimidad, desestimaré el recurso de casación interpuesto por los encausados, y por mayoría de sus integrantes, desestimaré el recurso interpuesto por la Sra. Fiscal Letrado Nacional en lo Penal de 2º Turno, al no advertir infracción o errónea aplicación de la norma de derecho aplicable al caso, que permita arribar a la conclusión casatoria que se pretende.

II.- Liminarmente, cabe preci-

sar que en la medida que la mayoría de los agravios invocados por las Defensas y el Ministerio Público, refieren a situaciones analizadas por la Corte en causas similares a la presente, al tratarse de términos perfectamente trasladables al subexamine, en lo sustancial, se reiteraran las conclusiones expresadas en los referidos pronunciamientos.

III.- Ingresando al análisis de los agravios articulados por la Defensa de los encausados, en lo que hace a la invocada vulneración de las normas que regulan el instituto de la prescripción, la Corte disiente con la posición de la Defensa, en cuanto a que había operado la prescripción de los delitos, en tanto se debía computar en el término prescripcional, el tiempo transcurrido durante el gobierno de facto.

El mismo es de franco rechazo, dado que tal como lo destacaron los magistrados y el Fiscal de Corte, si el titular de la acción penal, el Ministerio Público, estaba impedido de ejercer su poder-deber, no le pudo correr el plazo de prescripción.

Esto despeja las dudas expuestas en la decisión de primer grado, y, deja en claro, que el término comenzó a correr a partir del 1º de marzo de 1985.

Al respecto la Corporación en Sentencia No. 1501/2011 ha sostenido que: "En cuanto

a los fundamentos que sustentan que si no se computó para la prescripción el lapso hasta marzo de 1985, tampoco corresponde aplicar a los enjuiciados a partir de esa fecha, la adición del tercio previsto por el artículo 123 del Código Penal, el mismo no podrá prosperar. En la medida que de acuerdo al concepto de peligrosidad, que como enseña BAYARDO, refiere "...situación de estado de una persona que haya cometido un hecho previsto por la ley como delito, o que ha realizado una conducta que ha sido prevista expresamente en la ley penal -bien que sin ser delito- bajo el influjo de condiciones de cuyo estado es probable que recaiga en la actividad delictuosa, o la realice en el futuro..." (Tratado..., tomo III, pág. 170).

En lo que hace al concepto de peligrosidad, Irureta Goyena, indicó que "...el acto no significa más que la manifestación de la actividad del agente, en un momento psicológico concreto, productora de un determinado daño o riesgo, objetivamente considerado...". "...El elemento físico del delito -resume Florian- no tiene un significado por sí mismo, autónomo, sino que debe entenderse más modestamente como signo y manifestación de la personalidad y de la peligrosidad del delincuente, en función de tal. El delito es un hecho que revela al hombre: dentro del hecho se encuentra el hombre. El hecho, por tanto, debe

considerarse en relación al sujeto..." (JIMENEZ DE ASUA, tomo III, pág. 352 y ss.),

Como lo señaló el Tribunal, "...En el caso, el titular de la acción penal, es el Ministerio Público, pero, obviamente, no se aprecia cómo el mismo podría ejercerla libremente. Más allá de la situación, en relación a 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 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..." (fs. 9593 vto.).

Asimismo, la Defensa sostuvo que el art. 123, no sólo era contrario al propio sistema del C. Penal, sino a los arts. 8, 10, 18, 72 y 332 de la Constitución. Al respecto cabe recordar que la Corte se expidió en Sentencia No. 378/09 sobre la inconstitucionalidad del artículo 123, interpuesta por la defensa, sosteniendo que no existía vulneración al principio de igualdad en la medida que: "...el mismo

no corresponde ser entendido -como lo planteó el accionante- como discriminatorio de determinados sujetos, sino que por el contrario el alcance del mismo requiere aplicar igual status jurídico a quien se encuentre en igual situación, y soluciones diversas a quienes se encuentren en situaciones desiguales, en función de lo cual, partiendo de la base que la referida disposición, que permite elevar en un tercio el término de prescripción de los delitos, se aplica por igual a todos -esto es, a "los homicidas que, por la gravedad del hecho, en sí mismo, la naturaleza de los móviles o sus antecedentes personales, se perfilan, en concepto del juez, como sujetos peligrosos"- no se encuentra interesado el principio de igualdad.

Por otra parte, no debe dejar de señalarse que la norma que se tacha de inconstitucional establece las pautas objetivas que se deben tener en consideración a la hora de calificar a un sujeto como peligroso".

Por consiguiente, a diferencia de lo que entendió el promotor y en concordancia con lo señalado por la Sra. Fiscal Letrada Nacional en lo Penal de 2º Turno, el especial régimen previsto en la disposición atacada para sobrepujar el término de prescripción del delito, no se funda, únicamente, en las características personales del individuo, sino que,

además, se basa en la gravedad ontológica del delito...” (Sentencia No. 378/2009), resultando entonces lógico concluir que la evaluación de peligrosidad del sujeto deba relacionarse con el momento en que el delito se consumó y no- como pretende el recurrente- a “parámetros actuales” (Cf. Sentencia No. 1501/2011 cit.).

En suma, trasladando dichos conceptos a la causa, se advierte que de acuerdo al material probatorio incorporado en obrados ha quedado debidamente acreditada la intervención de los enjuiciados en la coordinación represiva, secuestro, tortura y veintiocho homicidios en calidad de muy especialmente agravados, de ciudadanos uruguayos, hechos gravísimos que reflejan en definitiva el alto grado de peligrosidad de los mismos, por lo que se que impone, como lo entendió el Tribunal el incremento legal previsto en el art. 123 del C. Penal.

IV.- En relación al agravio que giró en torno a que en la sentencia impugnada se infringieron los institutos de litispendencia y la cosa juzgada contraviniendo el principio “non bis in idem”, el agravio no resulta recepcionable.

En la recurrencia se argumentó, en síntesis, que en diferentes causas ya se había denunciado la situación de todas aquellas personas por cuyo homicidio se condenaba a los encausados y que

dichas causas fueron archivadas en su momento en aplicación a lo dispuesto en la Ley No. 15.848.

En similar sentido, la Corte con su actual integración se ha pronunciado en Sentencias Nos. 365/2009 y 1501/2011, en términos que resultan perfectamente trasladables al presente, por considerar que la Ley No. 15.848, no concedió la amnistía invocada por las Defensas.

Así, haciendo referencia a las históricas discordias de los Ministros Dres. Jacinta Balbela y Nelson García Otero emitidas en las Sentencias de la Corte Nos. 184, 224, 226 y 232/1988, indicó que: "...Ningún acuerdo político ni la lógica de los hechos subsiguientes cuenta con previsión constitucional que autorice a desconocer lo que establecen los arts. 4o. y 82 de la Constitución como principio fundamental de nuestra organización democrática".

"Ningún acuerdo político ni su consecuencia lógica puede investir la representación original o delegada de la soberanía y, por lo tanto, resulta absolutamente inidóneo para emitir norma jurídica válida, vigente o aceptable".

"Como enseña Jiménez de Aréchaga, la Asamblea General, en concurrencia con el Poder Ejecutivo, sigue siendo el único órgano de legislación, sin que la Nación retenga, en absoluto, una

parte de ese poder. De esta forma, cuando el art. 10. de la Ley No. 15.848 reconoce otra fuente de normativa jurídica, se aparta ostensiblemente de nuestra organización constitucional".

"Si bien es cierto que la Asamblea General puede conceder indultos y acordar amnistías en casos extraordinarios (art. 85 nral. 14 de la Constitución), a juicio de la Corte, esta Ley no es ni una cosa ni la otra".

Sosteniendo más adelante que: "Desde otra óptica, si se entiende que la Ley impugnada, en lugar de otorgar una amnistía, declara la caducidad de las acciones penales respectivas, también es inconstitucional. En efecto, declarar la caducidad de las acciones penales, en cualquier supuesto, excede las facultades de los legisladores e invade el ámbito de una función constitucionalmente asignada a los jueces, por lo que, por los motivos que fueren, el legislador no podía atribuirse la facultad de resolver que había operado la caducidad de las acciones penales respecto de ciertos delitos".

La figura de la Amnistía, tal como lo señaló el Tribunal, citando las enseñanzas de IRURETA GOYENA, "...es una facultad del Poder Legislativo, reviste carácter colectivo y hace desaparecer el delito y la condena. Con la amnistía, se extingue no

solamente la acción penal, sino la potestad represiva misma, con respecto a un hecho determinado; de manera que aún impuesta la condena a un sujeto, ésta debe cesar con todos sus efectos. Ahora bien, la acción penal es pública, es decir, debe ser ejercida de oficio por los órganos del Estado y esta forma de acción constituye la regla. El principio de legalidad implica que el órgano encargado del ejercicio de la acción no puede dejar de ejercerla, toda vez que concurran los presupuestos de la misma. Por consecuencia, con lo expuesto, se quiere poner de manifiesto que, en atención a los principios vistos, esta causa de extinción del delito (o la pena) debe interpretarse restrictivamente, porque la regla es la vigencia plena de los principios señalados, con el consiguiente poder-deber de los órganos competentes de investigar y juzgar las conductas delictivas. La Ley No. 15.848 no dice, literalmente, ser una amnistía, sino que se trata de una caducidad de la pretensión punitiva del Estado; caducidad que no opera de pleno derecho" (fs. 9282).

Por las razones expuestas ampliamente en el referido pronunciamiento, la Corporación, considera que la Ley No. 15.848 no consagró una amnistía para los funcionarios policiales y militares durante el gobierno de facto, compartiendo los extensos y enjundiosos argumentos vertidos por el Tribunal.

No obstante, se advierte que en relación a la aducida vulneración de la cosa juzgada y del principio "non bis in idem", no existe en autos -a diferencia de la situación planteada en la Sentencia No. 332/04- una decisión jurisdiccional firme que clausurara los procedimientos en aplicación de la Ley de Caducidad, cuya virtualidad en la especie fue expresamente descartada por el Poder Ejecutivo (v. Pieza No. 1, fs. 42-43); y tampoco se acreditó debidamente que los hechos aquí denunciados hayan sido revisados en los procesos que se detallan en la recurrentia, por lo que corresponde desestimar las referidas defensas.

V.- En otro orden, los encausados se agraviaron porque a su entender la sentencia impugnada infringió las normas que regulan el instituto de la Obediencia Debida y en particular los artículos 17 del C. P. Militar y 29 del C. Penal Ordinario.

Y al respecto, no se puede catalogar o encuadrarse la conducta de los encausados, dentro de la Obediencia Debida, dado que el artículo 17 del Código Penal Militar establece que: "Cuando un militar ejecuta un delito en acto de servicio, por orden superior, se presume que concurren a su respecto las circunstancias que especifica el artículo 29 del Código Penal Ordinario, salvo la prueba en contrario". Y el artículo 29 del Código Penal Ordinario, por su parte,

preceptúa que: "Está exento de responsabilidad el que ejecuta un acto, por obediencia debida". "La obediencia se considera tal, cuando "reúne las siguientes condiciones: a) Que la orden emane de una autoridad. b) Que dicha autoridad sea competente para darla. c) Que el agente tenga la obligación de cumplirla (Sentencia No. 54/00), lo que no han podido acreditar los encausados en autos.

Al respecto, se coincide con el juez "a quo" que: "... no es posible argumentar la eximente de responsabilidad referida a la Obediencia Debida, prevista en el artículo 29 del C. Penal, pues ninguno de los enjuiciados actuaron en el marco de sus atribuciones funcionales estrictas. Tampoco consta en ninguna parte, que hayan recibido un orden de sus superiores jerárquicos para privar de libertad, torturar, trasladar y dar muerte a los detenidos (fs. 9254).

En definitiva, de conformidad a lo expuesto, corresponde rechazar el presente agravio, pues ello significa como lo ha sostenido la Corporación en otras oportunidades "ratificar con severidad el principio general de responsabilidad inherente a la forma republicana de gobierno (art. 72 de la Carta) (Sentencia No. 10/2007).

VI.- En cuanto a lo errónea valoración de la normas que regulan la admisibilidad,

interpretación y valoración de la prueba, al punto de llevar al absurdo evidente, en virtud de la terminante prohibición contenida en el inciso 2° del art. 270 del C.P.P., dicho agravio resulta de rechazo.

Cabe recordar, que en forma constante la Corte ha sostenido que en el ámbito de casación no es posible volver a discutir los hechos dados por probados en la sentencia, según lo dispone el art. 270 C.P.P. En Sentencia No. 135/05 se expresó que: "El art. 174 del C.P.P., consagra a los efectos de la valoración de las probanzas el sistema de la sana crítica, otorgándosele al Magistrado la libertad de apreciar la eficacia persuasiva de la prueba, teniendo como único límite que el juicio sea razonable, adecuado a las leyes de la lógica y debidamente explicitado, de forma de permitir el control de su logicidad (Sentencia No. 126/07).

No obstante, la sinrazón del cuestionamiento, atendiendo a la valoración del cúmulo de probanzas a la luz de la sana crítica de conformidad a lo edictado por el art. 174 del C.P.P., la Corte coincide con el tratamiento que hizo la Sala sobre la participación de los encausados bajo el título de responsabilidad previsto en el art. 312 del C. Penal.

Sobre el punto, se indicó en la multicitada Sentencia No. 1501/2011 que: "...cabe

recordar que si bien el Juez no puede condenar por hechos no contenidos en la requisitoria fiscal, base del principio acusatorio (art. 22 de la Constitución), en el sublite, no se puede soslayar que al deducir acusación, la titular de la acción penal, claramente manifestó que si se consideraba que los hechos investigados no encartaban en el delito de Desaparición Forzada, sí podrían encartar en la figura del Homicidio muy especialmente agravado (fs. 8141 vto.).

Dicha circunstancia excluye la imputación de transgresión del principio acusatorio formulada por la citada defensa, en el bien entendido que la figura del Homicidio muy especialmente agravado, estaba contenida en la acusación, no correspondiendo entonces considerar que se vulneró la facultad de controvertir y ofrecer prueba a fin de desvirtuar el fundamento de la pretensión".

Atento a lo expresado y teniendo en cuenta la prueba incorporada a la causa respecto de los encausados, la Corte comparte íntegramente la valoración efectuada, tanto por el Ministerio Público al acusar, como por los magistrados al sentenciar.

VII.- Por último, en cuanto al recurso interpuesto por el Ministerio Público, referido en lo sustancial al error padecido en la calificación

delictual en que habría incurrido el Tribunal, al tipificar los hechos punitivos como Homicidio muy especialmente agravado, cuando hubiera debido aplicar la figura de la Desaparición Forzada, no resulta recepcionable.

En efecto. Como sostuvo la mayoría de la Corporación en la multicitada Sentencia No. 1501/2011: "...no resulta aplicable, en virtud que el delito de Desaparición Forzada, fue creado por el artículo 21 de la Ley No. 18.026, de fecha 25 de setiembre de 2006, es decir que al no existir la norma al momento de ejecutarse los hechos a juzgar, no corresponde su aplicación en forma retroactiva, pues ello resultaría en franca vulneración a lo dispuesto en el art. 15 inc. 1 del Código Penal y a los pilares básicos en que se fundan los principios que rigen el Derecho Penal Patrio.

En la medida que ello, constituye un requisito inherente a la prohibición penal derivada del artículo 15 inc. 1 del C.P., que está especialmente consagrado por una norma de derecho internacional, como lo es el Pacto de San José de Costa Rica, que es ley nacional (No. 15.737) y que literalmente expresa que: "Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede

imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”.

En doctrina se ha expresado que: "...la irretroactividad de la Ley penal es un principio liberal o garantía implícita en el art. 72 de la Constitución, que deriva, además, indirectamente, del principio de libertad, expresamente proclamado en el art. 10 inc. 2 de la Carta. Asimismo, está íntimamente vinculado a la seguridad, valor aludido en el art. 7 y también comprendido en el art. 72 de la Constitución (Alberto Ramón REAL, "Los principios generales de derecho en la Constitución Uruguaya", Montevideo, 1965, pág. 53).

En igual sentido opinan JIMÉNEZ de ASÚA y JESCHECK. Dice el primero que la no retroactividad de la Ley primitiva y la extra actividad de la Ley más favorable es máxima de Derecho Constitucional, que se deduce de la regla unánimemente reconocida de que los hombres deben ser juzgados y condenados por "Ley anterior a su perpetración" (Cf. "La Ley y el delito. Principios de Derecho Penal", Ed. Hermes, 1954, pág. 165).

Jescheck, por su parte,

expresa que uno de los principios rectores del Estado de Derecho es el de que las normas que regulan un supuesto de hecho, no pueden luego modificarse en perjuicio de la situación jurídica del ciudadano pues, además, el delincuente, sólo puede motivarse por el mandato normativo cuando éste está configurado como Ley en el momento de la comisión del hecho. Por eso entiende que lo decisivo para la irretroactividad es la idea de la seguridad jurídica ("...: Tratado de Derecho Penal Parte General", Ed. BOSCH, Barcelona, vol. 1, pág. 184).(Sentencia No. 70/97).

En las especiales circunstancias del caso, la Corte disiente con la posición de la Sra. Fiscal, que aduce que de acuerdo a lo previsto en el art. 28 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, no existía conflicto alguno para aplicar en obrados el delito continuado de Desaparición Forzada. Pues, en la medida que el art. 28 de la Convención de Viena establece que: "...Las disposiciones de un tratado no obligan a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte, ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo". Y, en ese sentido, no existe en nuestro derecho norma alguna que consagre

esa intención diferente de aplicar retroactivamente las mismas a las desapariciones no resueltas, en tanto las Leyes Nos. 17.894 y 18.596 refieren, la primera, a la situación de las personas cuya Desaparición Forzada resultó confirmada por el anexo 3.1 del informe final de la Comisión para la Paz a los solos efectos de la apertura legal de la sucesión del ausente (art. 1.037 C. Civil) y la segunda a la Actuación Ilegítima del Estado entre el 13 de junio de 1968 y el 28 de febrero de 1985, a los solos efectos reparatorios.

A su vez, tampoco se podría recurrir como también argumentó la representante del Ministerio Público a las normas del "jus cogens", porque se coincide con el Fiscal de Corte que, es recién a partir de la ratificación de la Convención Interamericana del año 1995, que se podía sostener su vigencia, siendo de aplicación para hechos acaecidos hacia el futuro (fs. 9398).

En mérito a que la figura de Desaparición Forzada constituye un delito creado contemporáneamente, la figura deviene inaplicable en autos, pues como lo señaló el Tribunal: "El principio de legalidad penal, comprende una doble garantía: por un lado, una garantía referente a la necesidad de una predeterminación normativa suficiente de las conductas y sus penas, a través de una tipificación precisa, dotada

de la adecuada concreción en la descripción que incorpora (*lex certa*); y por otro lado, una garantía de orden formal, consistente en la necesidad de una norma, como presupuesto de la actuación punitiva del Estado, que ostente rango de Ley.

La jerarquía constitucional del principio de legalidad formal significa que, la única fuente de producción de la ley penal en el sistema patrio, son los órganos constitucionalmente habilitados, y la única ley penal, es la ley formal de ellos emanada, conforme al procedimiento establecido por la propia Constitución. Esta solución no admite que la doctrina, la jurisprudencia o la costumbre nacional o internacional, puedan habilitar el poder punitivo del Estado. El principio de legalidad es, pues, granítico: "*nullum crimen, nulla poena sine previa lege peónale*": esta es la base del Derecho Penal garantizador y garantista. No admite la aplicación retroactiva de ninguna norma penal, salvo el principio de benignidad y, además, expresamente consagrado, como se ha visto, en el Código Penal...".

Tampoco resulta de recibo la pretensión declarativa formulada por la Sra. Fiscal en cuanto a que los hechos delictivos perpetrados -aún de entenderse que encuadran en el tipo de homicidio muy especialmente agravados-, al tratarse de crímenes de lesa humanidad, no están sujetos a prescripción.

Ello, porque en la demanda acusatoria -acto procesal que fija el objeto del proceso (cf. Sentencia No. 1170/11), no se formuló pretensión declarativa, por lo que no corresponde en esta etapa emitir un pronunciamiento al respecto (Sentencias Nos. 279/00, 334/95 y 35/93).

Por otra parte, en la medida que el propósito de tal declaración apunta a que la Corporación se expida en relación a si los homicidios cometidos por el aparato represivo estatal durante la dictadura son crímenes de lesa humanidad y consecuentemente imprescriptibles, se advierte que dicha intención aparece como claramente ajena al objeto de este proceso, ya que la circunstancia de que se haya descartado la configuración de tal modo de extinción de los delitos imputados.

La situación reseñada "ut supra" hace evidente que la declaración que pretende, persigue constituir un precedente para hacer valer en otras causas. Ello no es procedente en este proceso, sin perjuicio de lo que se resuelva en las diversas causas en que se ejerciten pretensiones análogas.

En mérito a las consideraciones precedentes y a las normas enunciadas, la Suprema Corte de Justicia,

FALLA:

POR UNANIMIDAD, DESESTÍMASE EL
RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR LOS ENCAUSADOS Y,
POR MAYORÍA DE SUS INTEGRANTES, DESESTÍMASE EL RECURSO
DE CASACIÓN INTERPUESTO POR LA REPRESENTANTE DEL
MINISTERIO PÚBLICO Y FISCAL, SIN ESPECIAL CONDENA
PROCESAL.

Y DEVUÉLVASE.

DR. DANIEL GUTIÉRREZ PROTO
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DR. JORGE RUIBAL PINO
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DR. JORGE T. LARRIEUX RODRÍGUEZ
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DR. JORGE OMAR CHEDIAK GONZÁLEZ
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DR. LESLIE VAN ROMPAEY
PRESIDENTE DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DISCORDE PARCIALMENTE:

por las consideraciones
desarrolladas en discor-
dia recaída en Sentencia
No. 1501/2011.

DR. FERNANDO TOVAGLIARE ROMERO
SECRETARIO LETRADO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA