

**Consecuencias para las causas de DDHH de la sentencias del TAP  
de 2° turno y de la Suprema Corte de Justicia.**

**Federico Álvarez Petraglia**

**Sumario:**

**1°. Análisis de las sentencias en cuestión y sus conclusiones. Los desaparecidos están muertos**

**2°. La calificación jurídico penal que tales hechos meritan por ambos tribunales**

**3°. Prescripción de los delitos de homicidio muy especialmente agravados imputados a ARAB y GAVAZZO. Aplicación del art. 123 del C.P.**

**4°. La prescripción como medio de extinción de los delitos. Planteo general**

**5°. Examen de las sentencias del TAP de 2° turno y la SCJ a la luz de la normativa interna. Qué conclusiones se pueden extraer de las mismas**

**6°. Conclusiones**

**1°. Análisis de las sentencias en cuestión y sus conclusiones. Los desaparecidos están muertos.** En las sentencias que dictaron tanto el TAP de 2° turno como la SCJ sobre la causa seguida a los represores Arab-Gavazzo, se despejan muchas cuestiones que hacen al futuro de las causas de DDHH en Uruguay, por lo menos en los próximos años largos.

En tal sentido y teniendo en cuenta que el documento no está dirigido necesariamente a juristas, creo necesario resumir los dos o tres puntos

fundamentales de los fallos para luego dar una interpretación de los mismos.

El primer tema que se aborda pasa por expedirse acerca de cuál sería la situación o suerte de las personas desaparecidas, siendo la posición del TAP de 2º turno, que todos ellos están muertos, extremo que confirma la Corte, llegándose a tal conclusión siguiendo el siguiente razonamiento: **“Sin embargo, el debate teórico, carece de necesidad de mayor profundización una vez que, en un aspecto medular sí existe coincidencia total entre los Integrantes del Colegiado, y la misma no es, ni más ni menos, que el hecho que TODOS LOS DESAPARECIDOS HAN FALLECIDO, puesto que así lo demuestran los datos de la realidad, como verbigracia el informe de la Comisión para la Paz, pero fundamentalmente la circunstancia incontrastable de que se los esté tratando de localizar EN ENTERRAMIENTOS CLANDESTINOS, lo cual, luego de transcurridos tantos años, no puede obedecer a ninguna otra solución que no sea sus decesos.....”** Y, luego, en la referida providencia se agregaba: *“...En suma, no se trata de personas desaparecidas sino asesinadas... Ya, desde el advenimiento de la democracia, si es que alguien tenía dudas antes, se conoció fehacientemente que no había persona desaparecida viva. La propia Señora Fiscal pretendiendo puntualizar su desacuerdo con lo expresado en dicha decisión, acerca de que el Derecho Penal es hijo de la realidad, (cita del Doctor Langón), reconoce, no obstante, que los desaparecidos están muertos. Entonces, en este enfoque, la cuestión no la centro por el lado de la retroactividad, sino, si se me permite, la ubico en*

un momento anterior: **si el supuesto legislado es aplicable a alguna hipótesis fáctica existente.** No media incertidumbre acerca de que esas personas están muertas, al punto que hoy se rastrillan los cuarteles en busca de sus restos...”.

En este punto es claro, que por una serie de indicios incuestionables, los órganos del PJ llamados a resolver consideran que las personas detenidas desaparecidas están muertas. Esta conclusión impacta decididamente en cuanto a la calificación jurídica a la que se arriba, aspecto se abordará en el siguiente apartado.

## **2°. La calificación jurídico penal que tales hechos meritan por ambos tribunales.**

En tal sentido el Tribunal con apoyo absoluto de la corte, entra en el tema de la calificación jurídica, parte de la base que estamos en presencia de homicidios por lo que viene de decirse y además rechaza enfáticamente la aplicación de la figura de la desaparición forzada, tanto por razones de adecuación típica, como porque la figura al momento en que acaecieron los hechos no existía en nuestro ordenamiento interno, optando entonces por calificar los hechos como homicidios especialmente agravados.

Dice el Tribunal: “A juicio este Redactor y aunque esto no guste, **la solución basada en un Derecho internacional, en un derecho sancionador fundado sobre tales supuestos, implica que, para castigar tan crueles crímenes como delitos de desaparición forzada, es preciso renunciar, abdicar de los principios fundamentales que constituyen los cimientos del Derecho interno**

**del Estado liberal.** En irónica vuelta de tuerca del destino, estatuto de excepción para combatir la subversión, soluciones novedosas para castigar a los represores. Las bases del Estado de Derecho, tal y como nos las enseñaron, deben someterse a una paulatina e incesante demolición de sus principios constitucionales liberales aplicables a la materia penal, de forma viabilizar esta nueva manera de punición. No puede haber la menor duda y no la hay, más allá de sesudas exposiciones de empujados internacionalistas que, **el ingreso del jus cogens constituye la muerte del principio de legalidad, y, esta muerte, viene acompañada con la partida de defunción del Derecho Penal liberal.** 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 poenale*: 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. Resulta arduo a convicciones republicano-democráticas dar ingreso a una suerte de mesianismo judicial, enmarcado en un orden político-institucional en donde los Jueces se constituyen en salvaguarda y custodios de obligaciones internacionales asumidas por el Estado, por encima y a despecho de las posturas de integrantes de otros Poderes del Estado que, bueno es recordarlos, son electos directamente por el pueblo. Si hoy fuese aceptada una solución como la que se propugna, fundada en el justificado horror que producen hechos que aparecen plenamente probados en estas actuaciones, tal baremo, mañana podría ser extendido a cualquier otro que, con una valoración más restringida o más lata, fuese considerado como ofensivo para la humanidad entera, o para personas determinadas, un grupo de ellas, o la sociedad de un país determinado. Ello implicaría, por lo menos, dos cuestiones: a) la libertad personal quedaría al arbitrio de cualquier interpretación, vista la latitud de los supuestos que informan la costumbre y práctica internacional, con los consiguientes excesos e insospechadas consecuencias en el orden político interno, y, b) impone a los Jueces establecer excepciones a la ley, fundadas en un vago Derecho internacional, olvidando que el primer deber del Juez es la interpretación de la letra de la ley, su exégesis” (tesis plenamente confirmada por la sentencia de la SCJ).*

Continúa el Tribunal: “La cuestión es que, ahora, con la tesis que sostiene el Ministerio Público, a esta norma sí se le asigna contenido,

porque como dice la Señora Fiscal, son los principios generales del Derecho Internacional (Derecho de Gentes) los que habilitan el enjuiciamiento y castigo de actos reconocidos como delictivos, conforme a tales principios generales, **aún cuando dichos ilícitos no estuviesen tipificados al momento de su comisión por el derecho nacional.** La condena por desaparición forzada, sin figura delictiva tipificada por el derecho interno, encuentra su fundamento de castigo en el Derecho internacional, se trata, entonces, de delitos contra el Derecho de gentes, con la consiguiente repercusión sobre la competencia para el juzgamiento. Así como, señalaba en su voto el Señor Ministro, Doctor William Corujo, que la desaparición forzada no es cosa nueva ni moderna, esta tendencia de proclamar la supremacía absoluta del derecho internacional sobre el interno, tampoco es nueva. Al respecto JIMENEZ DE ASUA, ya abordaba esta cuestión, precisamente, al examinar lo actuado en Nürenberg: “...Nos parece muy bien que se muestre prudente en la novísima cantilena de proclamar el Derecho internacional por encima del interno. Bien está, piensa Jescheck, que ese predominio se acepte en cuanto a las relaciones entre Estados; pero, en cuanto concierne al individuo y al Juez, es el Derecho nacional el privativo y el directamente vinculante. La preferencia absoluta de lo internacional requeriría la existencia de órganos realmente supranacionales, y sobre todo el de **una jurisdicción no sujeta a ordenamientos locales de especie alguna....**” (Tratado..., tomo II, pág. 1285, destacado del Redactor). Y, agregaba: “...Si el Derecho internacional penal no puede en el estado presente llegar al relativo progreso que han logrado en lo interno incluso países que no pueden

*blasonar de alta cultura, es que no se halla todavía en el estado de constituir un verdadero Derecho y será mejor aguardar a otras épocas en que haya conseguido un grado de mayor desarrollo. Sería por demás desmoralizador que un Derecho que se pretende superestatal, fuera de calidades inferiores y de mayor primitivismo que el legislado en los Estados que han de subordinarse a ese Superestado....” (op. cit. pág. 1296)”* (tesis plenamente confirmada por la sentencia de la SCJ).

En este punto, y luego de la lectura de estos párrafos se deduce sin mayores dificultades que la solución propugnada por la Fiscalía en cuanto a la aplicación de normas internacionales que no estarían vigentes en su momento a nivel nacional, es rechazada con especial fuerza, sin dejar margen a ninguna duda, siendo esa obviamente la opinión de la SCJ en su sentencia del 6 de mayo de este año.

### **3°. Prescripción de los delitos de homicidio muy especialmente agravados imputados a ARAB y GAVAZZO. Aplicación del art. 123 del C.P.**

Aquí también el tribunal realiza una construcción sumamente interesante, pues a la prescripción de los 20 años que tienen los delitos de homicidio especialmente agravados, aplica el tercio previsto por el art. 123, arribando así a la conclusión de que los delitos atribuidos tienen un plazo de prescripción de 26 años y meses.

Dice el Tribunal sobre el tema: *“el artículo 123 del Código Penal plantea múltiples problemas, desde que atiende a distintas hipótesis, referidas a diferentes supuestos, todo ello, además, correlacionado con otras normas legales. En primer lugar, resulta menester tener presente, que la norma en*

cuestión, está ubicada (y a ello se refiere), en el Capítulo dedicado a la extinción del delito; solución que, por imperio de lo preceptuado en el inciso 2º del artículo 129, resulta de aplicación a la extinción de las penas. El artículo 123, como se ha dicho, abarca distintos supuestos, según la hipótesis que se trate. En un caso, requiere de la existencia de un hecho delictivo y de la identificación de o los responsables, ya que, no parece de otra manera que pueda interpretarse y evaluarse las exigencias de: a) delincuentes reincidentes, b) delincuentes habituales, c) la naturaleza de los móviles en un homicidio, d) homicidas que, por sus antecedentes personales, se perfilan como sujetos peligrosos. En la segunda hipótesis, el acento no se pone en el delincuente, sino en el hecho criminal, exclusivamente, con prescindencia de la identificación del sujeto activo del delito. Aquí, cabe precisar que, la disposición legal, no alude a cualquier hecho criminal, sino específicamente a la figura delictiva del homicidio, supuesto indubitablemente exigido por la norma, como se advierte de su simple lectura. Solución ésta que resulta obvia, puesto que el legislador está resaltando, poniendo de relieve, el valor del bien jurídico protegido y lo constituye en baremo independiente. En esta hipótesis, como se ha dicho, el acento no se pone en aspectos referidos a determinado delincuente: reincidente, habitual, naturaleza de los móviles, "... antecedentes personales..." (¿reiterante?), sino que, el centro de la cuestión, se desplaza hacia el aspecto objetivo del delito: "...gravedad del hecho, en sí mismo..." Acaecido un homicidio, el autor puede estar identificado o no, pero, en esta hipótesis, lo que interesa es si resulta de manifiesto, el aspecto objetivo señalado en el párrafo anterior. La

*gravedad del hecho, en sí mismo, está dada por la entidad del daño producido, por sus consecuencias materiales, por la forma de ejecutarse el delito, etc.; un conjunto de elementos de juicio que permiten que el intérprete advierta, perciba, que el autor denota un plus de peligrosidad superior al ínsito en la figura delictiva. Es cierto que, en determinados casos excepcionales, y, el de autos, es paradigmático en tal sentido, la naturaleza de los móviles que impulsaron a los criminales a cometer los cuatro homicidios, con prescindencia de su individualización, aparecen patentes, a poco que se repare en la actividad política que las víctimas desarrollaban, y, muy especialmente, en el contexto histórico en que los crímenes fueron cometidos. En el caso de autos, la entidad del daño y la naturaleza de los móviles se retroalimentan y permiten, sin esfuerzo y conforme a los dos parámetros vistos, ingresarlo en las previsiones del artículo 123, en lo que a gravedad del hecho se refiere. Delimitada la cuestión de esta manera, resta analizar el alcance de la exigencia legal: "...se perfilan en concepto del Juez, como sujetos peligrosos...". El Señor Juez a quo acoge la prescripción, estimando que, los indagados cuyo enjuiciamiento se ha solicitado, no revisten, actualmente, la calidad de sujetos peligrosos. Es decir, en tal atendible tesis, la declaración de prescripción se correlaciona con la ausencia actual del estado de peligrosidad del agente. Los argumentos esgrimidos por la Señora Fiscal, discrepando con tal postura, a juicio de este Redactor, no resultan de recibo, y, los Señores Defensores, se han encargado de poner de manifiesto tal extremo, al evacuar los respectivos traslados que les fueran conferidos. Como se ha dicho supra, la cuestión admite otro nivel de*

*análisis, a poco que se advierta que, a los "...homicidas que por la excepcional gravedad del hecho, derivada de la naturaleza de los móviles, de la forma de ejecución, de los antecedentes y demás circunstancias afines, denuncien una gran peligrosidad..." (artículo 92 del Código Penal), es dable imponerles medidas de seguridad eliminativas. Llegados a este punto, en el caso de los homicidas, se advierte que la peligrosidad juega: a) como pauta individualizadora de la pena (artículo 86), b) como elemento condicionante de la imposición de medidas de seguridad eliminativas, y, c) para el incremento del término prescriptivo. Se trata, en suma, de distintas evaluaciones, a practicar en determinados momentos históricos, teniendo como guía las pautas que el propio legislador proporciona. En los casos de literales a) y b), el momento, no es otro, que en ocasión de dictarse sentencia definitiva. Mientras que, en el primer caso (a), la peligrosidad constituye un mecanismo correctivo del juicio de culpabilidad; en el segundo (b), al no ser las medidas una contrapartida a la violación del precepto penal, sino que se dirigen hacia el futuro, resultan correlativas a la peligrosidad del reo, siendo éste extremo el que justifica su imposición. En el tercer caso (c), en nuestra opinión, parece necesario distinguir entre el momento en que se comete el hecho (el homicidio), y, el momento en que se adopta la decisión de acoger o no la prescripción, ya sea alegada por el interesado (artículo 124 del Código Penal), o, declarada de oficio por el Juez. En la hipótesis que nos ocupa, entre un momento y el otro, deben haber transcurrido no menos de veinte años, conforme a lo preceptuado por el literal a), del ordinal 1º, del artículo 117 del Código Penal. Es preciso recordar que, para que opere la prescripción de cualquier delito, no basta*

que transcurra un determinado lapso, sino que, además, resulta necesario que el justiciable haya observado una conducta penalmente no reprochable. En efecto, en caso contrario, la prescripción se interrumpe, según los casos: por la orden judicial de arresto, por la simple interposición de la denuncia, o, por cualquier transgresión penal, con excepción de los delitos políticos, culpables o faltas (artículos 120 y 121). BAYARDO, define a la peligrosidad, como la "...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). Resulta arduo imaginar, concebir, que habiendo transcurrido más de veinte años desde que se cometió un homicidio, un sujeto que revista la calidad de peligroso, no hubiese recaído en el delito. Con esta óptica interpretativa, sucede lo que se relevó en primer grado, los inculcados después de tan extenso lapso, no se encuentran en esa "...situación de estado..." a la que alude BAYARDO, por lo que la solución legal aparece como carente de razonabilidad. Por el contrario, si el género de vida que lleva el inculcado, lo conduce a transitar la senda delictiva, el instituto de la prescripción se interrumpe, y como se trata de un tan extenso lapso, y el cómputo respectivo se reinicia, por una razón biológica se arriba a la misma conclusión que en el caso anterior: la norma resulta innecesaria. En nuestro parecer, en este punto, lo que el legislador exige es una valoración de la peligrosidad, un diagnóstico de la misma, que apunta a finalidades distintas a las previstas en el artículo 86

ó 92 del Código Penal. Ello es así, por cuanto, prescindiendo de cualquier disquisición acerca de la naturaleza de las medidas de seguridad y de las penas, en resumidas cuentas, con ambas, lo que se determina es el tiempo en que el justiciable permanecerá preso. En el caso de la prescripción del delito, y concretamente respecto del artículo 123, se trata de cosa distinta; definir si se eleva en un tercio, el citado término prescripcional. A nuestro juicio, tal como lo manifiesta IRURETA GOYENA, la norma en cuestión, constituyó otra de sus concesiones a "...los criminalistas del nuevo evangelio...", "...sistema que aunque falto de lógica, es el único que permite defender a la sociedad..." (Notas Explicativas...). En tal concepción, "...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.), Por consecuencia, la peligrosidad en la hipótesis que nos ocupa, ha de diagnosticarse teniendo en cuenta el valor sintomático que representa la gravedad del hecho cometido. Por lógica consecuencia, no se trata de una evaluación que se atenga a parámetros actuales, sino que las coordenadas de evaluación son contemporáneas a la fecha de comisión del delito. En nuestra opinión, ello es de esta manera, por otra razón coadyuvante: el punto de partida

*del cómputo del lapso prescripcional, es la fecha de comisión del delito, momento en que queda fijado, cristalizado, dicho tiempo. Esta es la solución del artículo 117 del Código Penal, el término es inmutable, y queda fijado según la pena del delito. La solución no transita por la vía del casuismo, ayer, un sujeto malvado por naturaleza, y, por tanto, lapso prescripcional: 26 años y 8 meses; hoy, el mismo sujeto, parapléjico y confinado a una cama, por tanto, no peligroso: 20 años. El lapso prescripcional dependería de los vaivenes de la vida de cada cual, y no guardaría relación ni con el delito, ni con el hombre, mirado éste desde la perspectiva de su quehacer criminal...”. Hasta aquí la interlocutoria parcialmente transcripta, y, más allá de algunas peculiaridades del caso en que se expusieron estos conceptos, en lo medular los mismos se consideran íntegramente aplicables al presente proceso. En realidad, el punto no amerita otros desarrollos, si se advierte que, en la presente causa, se les reprocha a los encausados la comisión de veintiocho delitos de homicidios, según el Señor Juez, o, veintiocho desapariciones forzadas de personas, según el Ministerio Público” (tesis plenamente confirmada por la sentencia de la SCJ).*

De aquí es que se puede extraer como conclusión que a la prescripción de estos delitos se les suma el tercio del art. 123 del Código Penal.

#### **4°. La prescripción como medio de extinción de los delitos. Planteo general.**

La prescripción, junto a otras causas, está contemplada en el Código Penal como uno de los medios por los cuales se extinguen los ilícitos penales. Sobre el punto, enseña el Prof. Zaffaroni que la prescripción es

el principal obstáculo a la perseguibilidad de los delitos, y afirma en tal sentido que: *“Si bien se trata de un instituto de esencia procesal, comparte sus fundamentos con la prescripción de la pena, aunque agregando a éstos los específicamente procedimentales, entre los que corresponde relevar fundamentalmente el derecho a un juzgamiento en tiempo razonable. Este derecho del imputado derivado del principio de razonabilidad aparece afectado cuando el estado – por cualquier motivo – viola los plazos legales máximos para la persecución punitiva, extremo que si bien no debe confundirse con los límites que la ley impone a las penas anticipadas por prisión preventiva, no deja de indicar que en parte se superpone con la problemática de la prescripción penal...En el ámbito procedimental, la preocupación liberal más importante – si no toda – es la garantía de defensa, que requiere una sentencia en tiempo razonable. Lo contrario obstaculiza el ejercicio del derecho, facilita la pérdida de pruebas con el transcurso del tiempo y, en definitiva, acaba invirtiendo la lógica del proceso al perderse la importancia de un pronunciamiento definitivo, habida cuenta que la violación al principio de inocencia avanza con la duración del proceso, hasta el punto de pronunciarse sentencias cuando el sujeto ha cumplido la pena, lo que también conspira contra la imparcialidad del fallo, toda vez que los tribunales tienden a ser remisos a absolver en casos de prisión preventiva prolongada”* (Zaffaroni, Alagia, Slokar, Derecho Penal, Parte General, Ediar, 2002, pág. 898 y 899, Manual de Derecho Penal, Parte General, Ediar, 2005, pág. 691 y 692, Zaffaroni, Estructura Básica del Derecho Penal, Ediar, 2009, pág. 239).

Partiendo de dicho concepto, se puede concluir en que el instituto en examen forma parte de las garantías que posee todo ser humano que sea investigado por la eventual comisión de un delito, en el entendido que la incertidumbre sobre su responsabilidad debe despejarse en los plazos fijados por el legislador, siendo por ello tales términos parte integrante del derecho, de raigambre constitucional e internacional, a ser juzgado en un plazo razonable.

Asimismo, la prescripción impone al Estado límites, en este caso temporales, al ejercicio del poder punitivo, deviniendo desde ésta óptica un derecho del ciudadano ante la persecución intemporal de las conductas ilícitas.

**5°. Examen de las sentencias del TAP de 2° turno y la SCJ a la luz de la normativa interna. Qué conclusiones se puede extraer de las mismas.**

De la reciente sentencia de la Suprema Corte de Justicia sobre el caso Arab-Gavazzo, confirmatoria en su totalidad y por idénticos fundamentos, de una anterior pronunciada por el TAP de 2° turno y la inicial dictada por el juez de primera instancia Dr. Luis Charles, creo que quedan algunos puntos claros, hasta que no varíe la jurisprudencia en cuestión.

Lo primero a destacar es que la sentencia de la SCJ ratifica la tesis (ya diseñada en la del TAP de 2° turno) de que los ilícitos cometidos por los imputados Arab-Gavazzo, no son delitos de desaparición forzada sino homicidios muy especialmente agravados, en tanto las personas cuya desaparición se les atribuye atento al tiempo transcurrido y el conjunto

probatorio colectado están seguramente muertas (indicio claro de ello es que se los busca en enterramientos clandestinos), y no privadas de libertad en un campo de concentración clandestino.

Con tal postura se descarta la aplicación de la figura de la desaparición forzada, “incorporada” a nuestro derecho interno por la ley N° 18.026, por considerar que tal tesis violaría el principio de legalidad, ya que se aplicaría una norma que al momento de acaecer los hechos no estaba vigente.

Es decir, lo que las sentencias de la SCJ y el TAP de 2° turno están expresando en forma inequívoca es que a esos acontecimientos se les aplica el Código Penal patrio vigente a la fecha en que los mismos fueron cometidos, y descarta la normativa aludida antes por devenir su aplicación retroactiva y violatoria de principios cardinales del derecho penal liberal.

También señalan las referidas resoluciones que los términos de la prescripción de tales injustos se encuentren regidos por el mismo Código en sus arts. 117 y ss, de donde se debe recurrir a dichas previsiones para determinar si operó o no la prescripción.

Con la antedicha posición, es posible concluir que los únicos delitos que quedan pendientes de ser investigados y juzgados son los homicidios muy especialmente agravados y los especialmente agravados, cuyas prescripciones son de veinte años según el art. 117, pero se pueden aumentar en un tercio de acuerdo al art. 123 (siempre que se reúnan los requisitos allí exigidos), llegando así a los 26 años y meses más, que se cuentan a partir del 1° de marzo de 1985 (obvio que durante la

dictadura rige el principio de que al impedido por justa causa no le corre el plazo, y la causa era seguir viviendo), todo lo cual lleva a que la acción penal se extinga definitivamente a más tardar el 1° de noviembre de 2011.

Con tal postura, los delitos de lesiones personales, graves y gravísimas, violación, secuestro, extorsión, homicidio simple, rapiña, delitos económicos, etc., están prescriptos, pues sus penas máximas son menores a 20 años, por lo tanto de acuerdo a los parámetros del Código Penal antes expuestos por la SCJ, ya transcurrió el tiempo hábil para su persecución. Desde este punto de vista, no sería posible en principio revivir prescripciones ya consumadas, con lo que se puede jurídicamente coincidir (resultando a esta altura únicamente perseguibles aquellos delitos de homicidio antes referidos).

Ahora bien, para solucionar el dilema en cuestión, no es necesario derogar o anular la ley de caducidad, sino que es preciso atender y abordar el tema del paso del tiempo y los efectos que este apareja para la acción penal.

En ese entendido, sin perjuicio que se **impone por razones de inconstitucionalidad la inmediata derogación del adefesio jurídico** que es la ley de caducidad de la pretensión punitiva del Estado, es imperioso para mantener viva la esperanza de continuar la investigación de los delitos más graves (homicidios especialmente agravados y muy especialmente agravados), la incorporación de una norma que, o bien amplíe el plazo de prescripción, o bien cree una nueva causa de interrupción de la misma, haciéndola depender, por

ejemplo, de la denuncia de la parte interesada (familiar, organismo de derechos humanos, secretaría de derechos humanos del Ministerio de Cultura o de cualquier Intendencia Municipal, etc.), o del Ministerio Público, o los declare imprescriptibles en forma directa. Cabe precisar que, en todos los casos, el planteo se formula en el contexto de la posición actual de la SCJ, y abarcaría a las prescripciones que aún no se han consumado (reitero, homicidios muy especialmente agravados y especialmente agravados).

Este camino, que parece novedoso, ya fue recorrido por un país del avance jurídico y del porte intelectual de Alemania, décadas atrás, en momentos en que se vio ante la encrucijada de la prescripción de los crímenes cometidos por un régimen dictatorial como fue el nazi, optando en el caso en primer lugar por la suspensión, luego por la ampliación de los plazos, hasta llegar a la imprescriptibilidad de dichos delitos.

Los desarrollos de la doctrina (mayoritaria) y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal fue que tales preceptos no eran inconstitucionales por no significar una aplicación retroactiva de la ley penal en perjuicio del imputado.

Así el Prof. Claus Roxin enseña que: *“Por las mismas razones, tampoco cabe una reapertura de los plazos de prescripción ya transcurridos; pues al producirse la prescripción, el autor queda impune y puede confiar en ello (p. ej. **dejando de tener en su poder material de descargo**). Por eso, si posteriormente se considerara como no producida la prescripción, ello supondría una posterior (re) fundamentación de la punibilidad,*

contraria al fin...**En cambio, es lícito prolongar o suprimir plazos de prescripción que aún no hayan transcurrido totalmente, como se ha hecho en el asesinato respecto de los delitos de sangre nacionalsocialistas**; pues en este caso no entra en juego la idea básica del principio de legalidad: el ciudadano tiene derecho a saber si puede ser castigado y, en su caso, en qué medida, pero el sentido del principio de legalidad no es el de decirle por cuánto tiempo se tendrá que ocultar tras la comisión del hecho, para luego poder reaparecer a salvo. La protección de dicho cálculo no se puede deducir de las raíces del principio de legalidad, máxime teniendo en cuenta que al margen de ello ya la institución de la interrupción de la prescripción le impide al delincuente la expectativa de un tiempo de prescripción fijado de antemano” (Roxin, Claus, Derecho Penal, Parte General, Thomson-Civitas, 1997, traducción y notas de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, tomo I, pág. 165).

En idéntico sentido se pronunciaron los Profs. Hans-Heinrich Jescheck-Thomas Weigend, cuando sostienen que “Esta institución está situada en el límite del Derecho penal material y el Derecho procesal penal: su fundamento reside esencialmente en derecho material; su efecto, sin embargo, se limita al procedimiento. Esto último comporta consecuencias que se dirigen particularmente a la admisibilidad de modificaciones posteriores de los plazos de prescripción bajo el aspecto de la prohibición de retroactividad a nivel Constitucional: dado que la prescripción de un delito no supone modificación alguna en torno a su punibilidad sino que se refiere sólo a su perseguibilidad, **el plazo de prescripción, en la**

**medida en que éste no haya expirado, puede ser ampliado sin suponer una infracción de la prohibición de retroactividad.** Este resultado, a cuyo favor se ha declarado el Tribunal Constitucional en oposición al criterio seguido con la prescripción de los asesinatos cometidos durante el Estado nacional-socialista, es indiscutible actualmente en la praxis y se acepta mayoritariamente por la doctrina” (Hans-Heinrich Jescheck- Thomas Weigend, Tratado de Derecho Penal, Parte General, traducción de Miguel Olmedo Cardenete, 5ª Edición corregida y ampliada, Comares, 2002, pág. 982).

Siguiendo los lúcidos razonamientos de Roxin y de Hans-Heinrich Jescheck- Thomas Weigend, es posible postular la pronta sanción de una norma, que no sólo derogue la ley de caducidad, sino que además opte por alguna de las soluciones planteadas en la legislación comparada con respecto a la prescripción, es decir, ya sea declare la interrupción lisa y llana de la misma respecto a los delitos comprendidos en los arts. 311 y 312 del Código Penal, cree una nueva forma de interrupción (ya sea por denuncia de interesado en sentido amplio o por el Ministerio Público), amplíe los plazos, o declare dichos ilícitos imprescriptibles.

La adopción de estas dos medidas legislativas, cuya extensión ni siquiera tendría que superar los dos párrafos, posibilitaría salir del paso en una controversia jurídica y política que ha dañado al conjunto de fuerzas progresistas de este país, impidiendo así poner un plazo fijo a la verdad.

## **6°. Conclusiones.**

Lo importante de toda esta discusión está dado porque aún estamos a tiempo, como se dijo, de poder perseguir a los más aberrantes criminales que nuestra dictadura dio origen. Ahora bien, no es hora de inventar soluciones mágicas, sino de partir de la base que hoy día los tribunales nacionales han fijado posición sobre un tema que difícilmente varíe antes del 1° de noviembre.

Siendo esto así, debemos adoptar una salida responsable, realista, posible y defendible jurídicamente ante cualquier corte nacional o internacional, poseyendo como antecedente nada más y nada menos que la solución de un país como Alemania.

Dicha propuesta en mi opinión debe pasar por la derogación de la ley de caducidad, y la introducción, siguiendo el modelo alemán, de una norma que amplíe el plazo de prescripción o declare imprescriptibles aquellos delitos cuyas prescripciones aún no se han consumado.

### **Agregado**

Estimados, solo quería hacer un agregado a lo que ya les hice llegar, y el mismo consiste en que la solución que propongo de incorporar una nueva causa de interrupción de la prescripción, puede o no ir de la mano de la derogación de la ley de caducidad. Me explico, si bien algo de eso digo en los trabajos anteriores, creo que es necesario dejar en claro que el mecanismo que sugiero, no necesariamente conlleva la derogación de la caducidad, puede incluso convivir con la misma ya que ambas (la interrupción y la caducidad) se refieren a cuestiones distintas. Mientras la ley de caducidad crea un mecanismo por el cual en determinados casos, los jueces deben consultar al PE si siguen o no

adelante, la prescripción sigue corriendo este el caso amparado o no en esa ley. Con la nueva forma de interrumpir la prescripción lo que se ataca es justamente el paso del tiempo, que nos guste o no inexorablemente transcurre. Esto último lo quiero agregar atento a que en una de esas no existe voluntad política para derogar por aquello de los plebiscitos, pero si puede existir para legislar esta nueva manera de interrumpir el plazo. Mi posición personal es que debería ir acompañada la interrupción con la derogación de la ley de caducidad, pero como uno percibe que el PP y su comitiva esta reacia a acompañar cualquier iniciativa que desconozca la “voluntad popular”, para ese caso es que podríamos enarbolar en solitario la bandera de la nueva causa de interrupción de la prescripción, pues esa vía no desconoce ningún pronunciamiento popular, y en todo caso respeta la voluntad de una porción muy grande de la ciudadanía. Creí necesario que tuvieran en cuenta esta aclaración para llegar a la mejor solución, que no es otra que permitir el accionar de la justicia con respecto a aquellos hechos más graves como son los homicidios y desaparición forzada de personas. Lo que postulo como mínimo a lo que podemos aspirar, es que se agregue al art. 120 del Código Penal una nueva manera de interrumpir la prescripción de los delitos que se persiguen de oficio, y esta sería por la denuncia de parte o Ministerio Público. En la hipótesis, la norma que daríamos a luz no sería en sí misma retroactiva, pues la interrupción o no de la prescripción aún pendiente de agotarse dependería de un acto ajeno a la ley, que sería en el caso la presentación de un escrito de denuncia para que continúen las

pesquisas en busca de los responsables. Este acto se puede dar en los hechos o no, por eso la tacha de inconstitucionalidad por ser retroactiva que ya ha postulado Langón caería por su propio peso, pues es un acto jurídico distinto a la ley lo que opera la interrupción. Asimismo, esta tesis tiene su contrapartida, que finca en que introducimos en el derecho positivo una norma que podría ampliar los plazos de todos los delitos perseguibles de oficio, por ej: hurtos, rapiñas, extorsiones, homicidios, y un largo etc., extremo que nos guste o no ampliaría el poder punitivo del Estado en forma desproporcionada, opción que se vería con malos ojos. Para contrarrestar esto se podría pensar en ceñir la interrupción de la prescripción de esta forma únicamente a los delitos más graves (homicidios, copamientos, violaciones, rapiñas, secuestros, por ejemplo), para darle mayor racionalidad a esta salida. También en ese contexto, y para limitar el alcance de esta nueva norma, se puede pensar en referir la nueva causal de interrupción únicamente a los homicidios muy especialmente agravados (art. 312 del C.P.), figura que es la imputada en todos los casos de muerte en tortura, desaparición, etc., o hacerla valer respecto a aquellos delitos cuyo plazo de prescripción de acuerdo al art. 117 del C.P. sea de veinte años. En fin, creo que era necesario efectuar estas aclaraciones porque el tiempo pasa y los plazos se acortan.

**Dr. Federico Álvarez Petraglia**  
**Abogado**

**Plaza Independencia N° 1378, Piso 6**  
**Montevideo-Uruguay**  
**Teléfono (00598) 29006053- telefax 29008700**  
**celular 099699616**  
**correo electrónico: faapuy@adinet.com.uy**