

VISTOS:

Para resolución estos autos donde las defensas de Ruben Bonjour y Carlos Rossel han planteado recurso de reposición y apelación en subsidio respecto de la interlocutoria nro. 123 dictada el 7 de febrero,

Por la referida providencia, la sede no hizo lugar a la solicitud de clausura y archivo que oportunamente presentaran las hoy recurrentes respecto de estas actuaciones y en relación a sus defendidos alegando que ha operado la prescripción del delito. La recurrida resolvió la continuación del proceso en las instancias ordenadas.

ATENTO:

1) Que las recurrentes, Dras Rossana Gavazzo y Graciela Figueredo, fincan sus agravios en una serie de aspectos que son los que siguen;

- señalan que la sede, al desestimar la aplicación del invocado instituto de la prescripción, ha asumido una "actitud claramente violatoria del principio de parcialidad intrínseco a la función". Afirman que la juez realiza "consideraciones sobre hechos que se comienzan a investigar emitiendo opiniones que no son otra cosa que prejuicios respecto de hechos sobre los que aún no reunió toda la prueba, ni tuvo a su alcance las declaraciones de todos los posibles involucrados". Refieren que "se apresura a dar por cierto que el cuerpo del occiso presentaba hematomas y que estos se producen en el batallón y fueron causa de la muerte ocurrida" citando parte de la recurrida, concluyen que "la sra magistrada no hace otra cosa que poner de manifiesto su predisposición ajena e impropia a su investidura."

- Se agravan asimismo porque se afirma en la recurrida que la investigación no está sujeta a prescripción. Señalan que la competencia de los juzgados en materia penal se limita a la investigación de hechos que se presenten con apariencia delictiva y si ha operado prescripción no puede ejercerse la acción penal y por ende no puede decirse que los hechos constituyan materia posible de investigación. Controvierten la afirmación que la investigación no está sujeta a prescripción, en tanto entienden que investigar hechos prescriptos implica investigar hechos no delictivos, contrariando de esa manera la función judicial.

- Agregado a lo anterior, y como otro agravio, estiman que cualquier información que pueda reunirse será absolutamente inútil a la causa porque afirman que la causa deviene imposible.
- Refieren que el instituto de la prescripción debe ser declarado de oficio, aún cuando la parte interesada no lo alegare en tanto es un instituto de orden público.
- Señalan por último que resulta procedente el planteo recursivo por parte de los indagados por cuanto los mismos, en su calidad de tales, pueden plantear los recursos que entiendan procedentes dado que el CPP no les prohíbe tal actividad procesal.

Piden en definitiva se revoque la recurrida haciéndose lugar a la prescripción operada y, en caso contrario, se franquee la alzada para ante el Tribunal para ante quien abogan por igual pronunciamiento.

2) Que por providencia nro. 362 se confirió traslado del recurso al Min Pco, el que se efectivizó en fecha 27 de marzo –fs. 558- quien lo contestó a fs. 559-571 expresando en síntesis que el Estado tiene la obligación de investigar y esa investigación debe ser efectiva en relación a los hechos de autos, en los que participaron agentes del Estado.

Cita la reciente sentencia de la CIDH dictada en el caso Gelman vs Uruguay en cuanto señala la obligación de investigar violaciones de derechos humanos y esta es una obligación de medios y no de resultado que debe asumir el Estado como un deber jurídico.

Realiza un detallado análisis de la incorporación de las normas internacionales que reconocen la existencia de delitos de lesa humanidad y la condición de imprescriptibles por imperio del ius cogens, analizando la evolución que se operó en el derecho internacional desde la segunda guerra mundial en adelante y como los diversos instrumentos internacionales, Declaración Universal de los Derechos Humanos, Carta de la Naciones Unidas, Convención Americana de Derechos Humanos y Convenciones posteriores se ha ido incorporando al derecho interno de cada país las características de los delitos de lesa humanidad, la imprescriptibilidad, la prohibición de amnistías o similares, la obligación de investigar y de enjuiciar los responsables.

Cita jurisprudencia nacional que recoge la imputación de delito de lesa humanidad y consecuentemente la imprescriptibilidad así como

pronunciamientos de Tribunales que en sede civil sostienen la aplicación de las normas internacionales tutelares de derechos individuales. Refiere asimismo a sentencias dictadas por la CIDH en casos donde se ha pronunciado reiteradamente por la calidad de imprescriptible de los delitos referidos. Invoca doctrina nacional que va en el mismo sentido razonado y concluye que, en aplicación de la normativa citada debe desestimarse los recursos interpuestos y continuar con los procedimientos.

Por auto nro. 799 del 17 del corriente mes subieron estos autos para resolución.

3) Que la sede mantendrá la recurrida en atención a los fundamentos oportunamente expuestos y los que a continuación se expresan:

1) En anteriores pronunciamientos dictados en otros autos donde se ha alegado, por las mismas defensas argumentos similares, la sede se ha expedido rechazando la prescripción en línea argumental que se reiterará en estos obrados sin perjuicio de analizar las particularidades del caso de marras haciendo referencia además a particulares agravios invocados en la recurrida.

Las defensas recurrentes señalan que la sede ha tenido una actitud “violatoria del principio de parcialidad intrínseco a su función”- se supone que quisieron decir principio de imparcialidad porque eso es lo que es dable esperar y exigir en la función jurisdiccional. Refieren que la sede ha hecho consideraciones, emitiendo opiniones que no son otra cosa que prejuicios respecto de hechos sobre los que aún no reunió prueba. Nada de eso emerge de la recurrida. No se explicita por las recurrentes cuales son las opiniones y menos los “prejuicios” que aluden.

Si tales afirmaciones refieren a que se afirma en la providencia atacada que el cuerpo de Aldo Perrini presentaba hematomas, esta constatación no proviene de “opiniones” ni de “prejuicios” sino del informe de autopsia efectuado por el médico Dr José Mautone del Hospital Militar. Allí se consigna que el fallecido presentaba “múltiples hematomas y equimosis en parte anterior de tórax y abdomen, especialmente en hipogastrio y genitales externos, múltiples hemorragias en el panículo adiposo subyacente, equimosis en miembro inferior derecho y antebrazo izquierdo, tercio inferior”. Tales lesiones externas dan cuenta de algún mecanismo agresivo aplicado y esta conclusión no es “opinión” ni “prejuicio” sino un razonamiento lógico porque si una personas presenta

múltiples hematomas es porque han sido provocadas por algo o por alguien debiéndose, en principio, descartar que sean autoinferidas por los lugares en que se presentan los hematomas y la entidad relatada de los mismos. Esto no es violar el principio de imparcialidad (que no de parcialidad como se consignara) porque es solo el relato de lo que informa el médico forense militar y no se ve cómo, tomando el relato de un informe médico se esté parcializando el relato.

Luego, las recurrentes refieren que la sede se apresura a dar por cierto que estos hematomas se produjeron en el batallón donde estaba detenido el luego fallecido,

Esta afirmación emerge de las propias actuaciones militares, declaraciones brindadas por el médico Eduardo Solano quien fue llamado al Batallón para atender al detenido Perrini quien se encontraba con problemas de salud. El propio Solano refiere que lo vio e indicó que debía ser trasladado al Hospital Militar para su atención, lo que se hizo, y mientras se hacía el viaje hacia Montevideo se produce el fallecimiento. La formación del sumario da cuenta precisamente de que el hecho acaeció en la unidad militar, es decir, los problemas de salud que determinaron su posterior traslado y fallecimiento antes de llegar al centro asistencial. Esta situación no es algo que la sede “haya dado por cierto” sino que emerge de la dirección que se imprimió en todo el sumario tramitado en la unidad a partir del fallecimiento de Perrini. Todas las declaraciones recibidas, desde quienes estuvieron con el detenido momentos antes de su desvanecimiento como del personal militar que fue interrogado, más de cuarenta declaraciones, giran en torno a qué fue lo que motivó los hematomas que presentaba el fallecido. Ha de verse que la orden de instruir sumario está fundada en los arts 83 del Código de Organización de los Tribunales Militares y 256 del Código de Procedimiento Penal Militar, ambas normas refieren a la designación y cometidos del juez sumariante para investigar la comisión de un hecho delictivo. Nuevamente razones de lógica nos indican que si estos hematomas preexistían al ingreso del detenido a la unidad no sería dable interrogar a tantas personas sobre cómo se produjeron los mismos. Pero la sede no “da por cierto” la forma en que se produjeron tales lesiones sino que es, precisamente, ese uno de los puntos de investigación y

consecuentemente si el posterior fallecimiento deviene como resultado de esas agresiones físicas o como desenlace de una causa preexistente a la detención. En el hecho que se investiga, tanto actualmente en la sede penal como al tiempo del acaecimiento de estos hechos en el sumario instruido y luego elevado al juzgado penal militar, no se informa que el detenido hubiera llegado con problemas de salud a la unidad militar. No surge, al menos en este estado de las actuaciones, que Perrini hubiera sido visto por médico al ingreso al batallón por lo que puede presumirse que se encontraba en buenas condiciones de salud, al menos externas que es lo que puede concluirse en un examen médico. Por tanto, sus problemas de salud y agravamiento y fallecimiento a poco de abandonar el batallón son, o deben ser investigados como circunstancias que deben explicar quienes estaban en el batallón con diverso grado de involucramiento con el detenido. Ello porque el batallón, como cualquier dependencia del estado que no está destinada a la atención de salud de quienes en ella se encuentren, debe preservar las condiciones óptimas de las personas que allí ingresan y si sucediere algún quebranto de salud deberá explicarse y acreditarse que se hizo todo lo que es dable esperar para evitarlo o para subsanar tales problemas. Esto no es más que aplicación de principios generales, de igual manera debe entenderse respecto de cualquier otra repartición estatal máxime si esta tiene –sea dentro de sus funciones o en forma excepcional- albergar detenidos por lapsos variables.

En suma, no surge que la sede “haya dado por cierto” los hechos que se investigan sino que se analizan las circunstancias que emergen de las propias actuaciones. Determinar fehacientemente como sucedió la muerte del ciudadano Aldo Perrini es función jurisdiccional de un juzgado penal, en este caso, de esta sede a cuyo cargo se encuentra esta causa.

Se trata de una persona detenida que luego presenta lesiones de diversa entidad y termina falleciendo. Debe partirse, por tanto, de la responsabilidad del Estado quien se encuentra obligado a garantizar la integridad física de los detenidos.

La Corte Interamericana ha establecido que las personas privadas de libertad tienen el derecho de ser tratadas dignamente. Dado que el Estado es responsable por las instalaciones de detención y tiene pleno control sobre los detenidos, es el Estado el que debe garantizar los derechos de los detenidos,

incluido el derecho a la integridad personal. En consecuencia, el Estado tiene el deber de garantizar que las condiciones de detención sean acordes a la dignidad personal de los detenidos, las malas condiciones de detención, *“dependiendo de la intensidad de las mismas, su duración y las características personales de quien las sufre... pueden causar sufrimientos de una intensidad que excede el límite inevitable de sufrimiento que acarrea la detención, y.... conlleva sentimientos de humillación e inferioridad”* en clara violación del art. 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos .

El derecho a la integridad personal está incluido en la lista de derechos que no pueden suspenderse contenida en el art. 27.2 de la Convención ni establecerse ninguna excepción respecto de tales derechos aún en situaciones de excepción.

La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura señala en su art. 5 que *no se invocará ni admitirá como justificación del delito de tortura la existencia de circunstancias tales como el estado de guerra, amenaza de guerra, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interior, suspensión de garantías constitucionales, la inestabilidad política interna y otras emergencias o calamidades públicas.* El delito de tortura es imprescriptible y los gobiernos son responsables por los actos de regímenes anteriores si no adoptan las medidas adecuadas para combatir la impunidad y asegurar una reparación. De igual forma, las amnistías no pueden aplicarse al delito de tortura ya que, *“conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad de los crímenes de lesa humanidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana e indudablemente afectan derechos consagrados en ella. Ello constituye per se una violación de la Convención y genera responsabilidad internacional del Estado.”* (caso Almonacid Arellano y otros c. Chile) La Corte Interamericana ha señalado expresamente que la prohibición absoluta es aplicable no sólo a la tortura sino también a las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, prohibiciones que considera tienen el carácter de ius cogens. (El sistema regional interamericano- La tortura en el derecho internacional – Guía de jurisprudencia- CEJIL- pag.113-117)

En consecuencia, los hechos ocurridos dentro de una institución estatal deben ser investigados porque, de haber intervenido agentes del Estado y de resultar

que por la actuación de tales agentes sobrevino el deceso del detenido, es el Estado responsable de dicho accionar.

No hay otra manera de saber si nos encontramos ante tal situación o, por el contrario, solo se trata de un fallecimiento ocurrido por circunstancias naturales de la persona, que investigar cómo ocurrieron los hechos y eso es, precisamente, lo que se está haciendo en estos autos, analizando la prueba allegada a la causa, recibiendo las declaraciones de las demás personas detenidas y del personal militar de diverso rango que conoció o pudo conocer las circunstancias particulares que rodearon la muerte del ciudadano coloniense Aldo Perrini Guala.

Hechos como los que nos ocupan, y los que se analizan en estos obrados, han sido calificados en otras causas judiciales de países latinoamericanos (Argentina, Chile, Paraguay) en los cuales ocurrieron similares fenómenos, como delitos contra la humanidad, lo que esta sede comparte por cuanto se verifica la presencia de los elementos para que tal concepto se plasme sin que ello implique prejuzgamiento de tipo alguno en tanto no se trata, en el estado en que se encuentran estas actuaciones, de imputación jurídica determinada sino de analizar los hechos –y sus características- para establecer qué tipo de delitos son los que se investigan y en consecuencia bajo qué parámetros se realiza esa investigación.

Se trata de delitos cometidos desde el aparato del Estado, en forma grave y de manera sistemática y organizada, vulneratorios de los derechos humanos más elementales como lo son la vida, la integridad física, la libertad, entre otros.

La calidad de grave la dan los propios hechos denunciados, la manera sistemática deviene de los testimonios brindados por los otros detenidos, que denuncian iguales o similares apremios físicos. Estas detenciones tuvieron sus motivaciones políticas lo que se desprende del tenor de los interrogatorios a que fueron sometidos los detenidos, interrogatorios plasmados en las actas que inician el expediente militar cuyo testimonio surge acordonado en autos.

Citando a Faraldo Cabana, la Corte Interamericana de Derechos Humanos expresa "...estas actuaciones de órganos del Estado que suponen la utilización perversa del aparato estatal para su puesta al servicio de la violación sistemática y organizada de derechos humanos son también objeto de Derecho Internacional y del Derecho Penal Internacional cuando pueden encuadrarse

entre los crímenes contra la humanidad. Eso sucede en el momento en que a la realización de delitos contra bienes jurídicos individuales básicos como la vida, la libertad, la dignidad o la integridad física de las personas se añade el propósito de destruir de forma organizada y sistemática a un grupo identificable de la población con la tolerancia o participación del poder político de iure o de facto”.

Respecto del crimen de naturaleza de lesa humanidad, se ha dicho por el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, en el caso Erdemovic: “los crímenes de lesa humanidad son serios actos de violencia que dañan a los seres humanos al golpear lo más esencial para ellos: su vida, su libertad, su bienestar físico, su salud y/o su dignidad. Son actos inhumanos que por su extensión y gravedad van más allá de los límites de lo tolerable para la comunidad internacional, la que debe necesariamente exigir su castigo. Pero los crímenes de lesa humanidad también trascienden al individuo, porque cuando el individuo es agredido, se ataca y se niega a la humanidad toda, por eso lo que caracteriza esencialmente al crimen de lesa humanidad es el concepto de la humanidad como víctima”. (ver "The Prosecutor v. Drazen Erdemovic", sentencia del 29 de noviembre de 1996, párrafo 28, publicada en el sitio <http://www.un.org/icty/erdemovic/trialc/judgement>).

Los crímenes de lesa humanidad son reconocidos desde mucho tiempo pero recién se adoptan como respuesta jurídica ante las bárbaras acciones ocurridas en la Segunda Guerra Mundial donde las leyes que regulaban la situación de las personas en guerra no contemplaban los atropellos perpetrados respecto de la población civil y ejecutados por el propio Estado contra su propia población o contra personas que de éste dependen.

A partir de esta caracterización del crimen contra la humanidad y verificándose en los hechos analizados en autos las características apuntadas de haber sido perpetradas desde el Estado, por motivaciones políticas y afectando derechos humanos fundamentales, corresponde en consecuencia la aplicación de la normativa vigente comprensiva no solo de la normativa interna sino también la internacional, ésta elaborada por la comunidad internacional para abordar casos de extrema gravedad con las características prenotadas y presentes en los casos como el que nos ocupa.

Esta normativa internacional se incorpora directamente al ordenamiento jurídico señalando la Dra Alicia Castro que dichas normas sobre derechos humanos conforman un orden público internacional denominado *ius cogens*, según el cual tales normas no requieren siquiera ratificación del Estado, prevalecen sobre las normas nacionales de cualquier rango y son de aplicación inmediata y directa por las autoridades nacionales, incluyendo a los Tribunales.

Resulta de aplicación la tesis monista por la cual las normas internacionales de derechos humanos una vez creadas, forman parte del orden jurídico vigente y son auto ejecutables –self executing- y se considera que, conforme lo dispuesto por los arts. 72 y 332 de la Constitución, debe reconocérseles jerarquía constitucional lo que significa que están por encima de las leyes nacionales. En consecuencia, el derecho internacional de los derechos humanos tiene rango constitucional y debe ser aplicado por sobre leyes que incluso sean contrarias a lo que en éstos se establezca. Esta positivización de los derechos humanos resulta vinculante para todos los poderes del Estado. (conf. “La ley nro 15.848 (de caducidad) y la Constitución. Una sentencia que no pudo clausurar el debate”- en Rev de Derecho Publico.nro 35, junio de 2009 Pag 144-145),

La Suprema Corte de Justicia uruguaya recoge este concepto en sentencia donde declara la inconstitucionalidad de la ley de caducidad, nro 365 del 19/10/2009. Señala que “... 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).” “...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.

Posteriormente, la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Gelman vs Uruguay*, que resulta de aplicación obligatoria para el Estado uruguayo, en igual sentido a lo antes referido, ha señalado que los Estados deben cumplir con las obligaciones internacionales emergentes de la Convención: “como consecuencia de esta obligación, los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de derechos humanos.”

Agregando además que “cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquel, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.

En lo que refiere a la acción judicial, la sentencia referida indica que la misma, para ser tal, “debe ser oportuna y lograr el efecto útil que se desea o se espera con su accionar y, particularmente, tratándose de un caso de graves violaciones de derechos humanos, debe primar un principio de efectividad en la investigación de los hechos y determinación y en su caso sanción de los responsables.”

En suma, es deber del Estado proteger y garantizar la vigencia de los derechos humanos, consagrados y regulados con rango constitucional y, en caso de graves vulneraciones o violaciones de tales derechos, se impone la obligación de investigar y sancionar a sus responsables.

La obligación de aplicar la normativa internacional en el castigo de crímenes contra la humanidad resulta además de aplicación del art. 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados desde el año 1969. Dicha norma expresa, referente a los tratados que estén en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*): “es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.”

En la misma forma, surge la obligación de aplicar el derecho internacional del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por Uruguay, el que, en su art. 15, dice: “nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional... Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.”

No puede entenderse que exista violación del principio de legalidad si la condena de una persona tiene lugar por delitos que eran considerados tales por el derecho internacional al tiempo de su comisión, aunque el derecho interno del Estado donde el proceso judicial ha tenido lugar no hubiere reconocido la conducta como criminal en tal tiempo. Como explica Manfred Nowak en su Comentario sobre el Pacto, el art. 15.2 del Pacto contiene una excepción a la prohibición de aplicación retroactiva de las leyes nacionales si el acto u omisión era, al tiempo de su realización, criminal bajo la costumbre internacional. (Informe Amnistía Internacional Uruguay setiembre 2011)

El hecho que Uruguay integre la comunidad de Estados que acepta las normas interamericanas y universales de protección de derechos humanos, le obliga a aplicar todas las consecuencias que de ellas se derivan y aceptar las decisiones de sus órganos tales como la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En tanto además que la normativa internacional tiene rango constitucional, jerárquicamente se encuentra por encima de la ley interna, siendo ésta la que establece los parámetros dentro de los cuales los delitos prescriben y, como se señalara supra, no puede invocarse una ley interna cuando ésta controvierde las disposiciones internacionales asumidas desde larga data.

La calidad de delitos contra la humanidad, conlleva características inherentes a los mismos, reconocidos por el derecho internacional y por los Estados que aceptan e incorporan ese derecho internacional. Dichos delitos son imprescriptibles, sus autores no pueden ser beneficiados con amnistía, no es posible concederles asilo o refugio ni puede negarse la extradición de quienes son acusados de tales actos ilícitos.

II) El instituto de la prescripción consagra la extinción del delito o de la pena. Más allá de determinar la naturaleza procesal o sustancial o incluso mixta que se discute en doctrina, el fundamento de la prescripción se ha basado en varias razones explicando por ejemplo, Maggiore, que el Estado – ante la fuerza natural del tiempo que cubre de olvido los hechos criminosos, anula el interés represivo, apaga las alarmas sociales y dificulta la prosecución de las pruebas- abdica del ejercicio de su potestad punitiva y el derecho de aplicar la pena ya infligida (Derecho Penal Parte tercera Volumen II pag 363). Por su parte, J. Bustos Ramírez expresa que después de pasado un determinado tiempo se estima innecesaria la pena, no sólo por razones de tipo preventivo-general o especial, sino también en virtud del concepto mismo de necesidad de la pena (Manual de Der. Penal Español pag 460)

No obstante, estos conceptos que se admiten por la doctrina en forma unánime, no son aplicables en crímenes de derecho internacional. Respecto de tales ilícitos, se formula una excepción a la regla de la prescripción de la acción penal o la sanción. Esta excepción, consagrada por el derecho internacional, se configura para aquellos actos que constituyen crímenes contra la humanidad ya que se tratan de supuestos que no han dejado de ser vivenciados por la sociedad dada la magnitud y la significación que los atañe. Esta característica hace que permanezcan vigentes no solo para la sociedad que los ha sufrido sino para la comunidad internacional misma.

Se ha dicho que tanto los “crímenes contra la humanidad” como los tradicionalmente denominados “crímenes de guerra”, son delitos contra el “derecho de gentes” que la comunidad mundial se ha comprometido erradicar.

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. (Corte Suprema de Justicia de la Nación- Argentina- caso Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/homicidio calificado y asociación ilícita y otros- causa 259).

Expresa el Tribunal Argentino en causa seguida al Gral. Jorge R. Videla por el “Plan Cóndor”, que “la aplicación de tales preceptos no colide con el principio de legalidad, en tanto la prevalencia de la acción penal viene impuesta como ley anterior, por toda la normativa internacional que nos rige. Por otra parte,

tampoco existe óbice alguno derivado de dicho principio dado que la tipificación de las conductas imputadas en tanto crímenes contra la humanidad es anterior a la fecha de comisión de los hechos. En síntesis, en el caso se están aplicando normas que se encontraban en plena vigencia al tiempo de ejecución de los hechos y, por consiguiente, no se le está asignando efecto retroactivo a ley alguna”.

“A su vez, es innegable que la propia noción de crímenes contra la humanidad está indisolublemente asociada a la necesidad de su persecución más allá de cualquier barrera temporal, y que se ha generado lo que podríamos llamar una "costumbre internacional" al respecto, a la que convergen las múltiples manifestaciones a través de las cuales el derecho internacional se exterioriza y desarrolla en el sentido considerado (cfr. todos los antecedentes internacionales citados en el fallo de esta Sala, "Massera, Eduardo s/ excepciones" del 9 de septiembre de 1999 ya citado).” (Sentencia Tribunal Argentino en causa confirmatoria del procesamiento del General Jorge Rafael Videla en la causa Plan Cóndor). Tales conclusiones son enteramente trasladables a la situación de autos.

Los crímenes contra la humanidad son imprescriptibles, como lo señalara el Convenio de Naciones Unidas de 1968, el cual ha sido ratificado por Uruguay. Esta calidad fue luego expresamente señalada en la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad donde, en su art. 1, señala que “los crímenes siguientes son imprescriptibles, cualquiera sea la época en que se hayan cometido: a) los crímenes de guerra, b) los crímenes de lesa humanidad...”. Esta Convención sólo afirma la imprescriptibilidad, reconociendo una norma ya vigente – de 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 un principio instalado por la costumbre internacional, que ya tenía vigencia al tiempo de la comisión de los hechos. Recuerda el jurista Marcelo Ferrante que “durante el debate se impuso la posición según la cual el principio de imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad ya entonces existía en el derecho internacional, por lo que la Convención no podía enunciarlo sino más bien, afirmarlo.

En consecuencia, además de “afirmar” el principio de la imprescriptibilidad, la Convención, compromete a los Estados a adoptar todos los procedimientos constitucionales, legislativos o de otra índole que fueran necesarios para que la prescripción de la acción penal o de la pena no se aplique a los crímenes de guerra o de lesa humanidad o sea abolida.-

Sobre la existencia de una norma consuetudinaria referida a la imprescriptibilidad de los crímenes contra el derecho de gentes, aun con anterioridad a la firma de la Convención, también se pronuncia Vinuesa al afirmar: "Se ha sostenido que la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra hace a la naturaleza misma de esos crímenes que de esta forma se diferencian de los delitos comunes. En nuestro criterio, el reconocimiento de esa imprescriptibilidad por parte de la Convención del 26 de Noviembre de 1968 sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (Resolución de la Asamblea General de la ONU No. 2391 (XXIII) no hace más que reiterar el contenido de una norma consuetudinaria que recoge la esencia básica de normas aceptadas y reconocidas ya desde 1907, como leyes y costumbres de la guerra terrestre" (Cfr. Vinuesa, Raúl Emilio, "La formación de la costumbre en el Derecho Internacional Humanitario", Revista Internacional de la Cruz Roja del 30 de julio de 1998).

La existencia de una norma consuetudinaria o de un principio general de derecho en cuya virtud los crímenes contra el derecho de gentes deben considerarse imprescriptibles, más allá de la vigencia de una obligación convencional para los Estados que han suscripto tratados al respecto, parece surgir, además de lo ya expuesto, de un conjunto de resoluciones de las Naciones Unidas dictadas luego de la aprobación de la Convención de 1968. En ellas la Asamblea General de la ONU exhortó a los Estados miembros a observar los principios afirmados en la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, incluso cuando no fueran parte en ella. Así exhortó a los Estados "...a cumplir el 'deber de observar estrictamente' sus disposiciones y, por último, afirmó que 'la negativa de un Estado a cooperar con la detención, extradición, enjuiciamiento y castigo de los culpables de crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad es contraria a los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas, así como a las normas de derecho internacional

universalmente reconocidas' (Cfr. resoluciones de la Asamblea General n. 2583 -XXIV- del 15/12/69, n. 2712 -XXV- del 15/12/70 y n. 2840 -XXV- del 18/12/71 relativas a la 'Cuestión del Castigo de las Criminales de Guerra y de las Personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad')" (Cfr., voto del Dr. Bossert, en "Priebke", fallo cit., consid. 87) (fragmento de sentencia de Tribunal Argentino confirmando el procesamiento del General Jorge Rafael Videla en la causa Plan Cóndor- Causa nro 33714 "Videla Jorge R/s procesamiento Juzgado 7 secretaria 14 sala 1- del 23/4/2002).

De modo que, así como se señala que la costumbre internacional ya consideraba imprescriptibles los crímenes contra la humanidad con anterioridad a la referida Convención, también esta costumbre era materia común del derecho internacional con anterioridad a la incorporación de la Convención al derecho interno. De manera que no es relevante que la referida Convención sobre imprescriptibilidad haya sido aprobada en el año 2000, como lo fue en Uruguay, dado que ya preexistía como norma de derecho internacional la imprescriptibilidad referida.

La "universalidad" del principio de imprescriptibilidad predicada en el Preámbulo de la Convención de 1968, es demostrativa del carácter puramente declarativo que el instrumento internacional posterior asigna a esa institución, el que se refuerza a partir de la simple lectura de su art. 1. La Convención citada solo afirmó, mediante su positivación, una regla que ya estaba vigente como derecho consuetudinario internacional.

En resolución de las Naciones Unidas, dictada por la Asamblea General de la cual Uruguay forma parte -y debe en consecuencia acatar sus resoluciones- se establece que los crímenes de guerra y 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 existen pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas (Resolución 3074 (XXVIII) de la Asamblea General del 3/12/73)

En igual sentido, la Resolución nro 60/147 de las Naciones Unidas, del 21 de marzo del 2006, fundándose en las Convenciones ya vigentes aprobó diversos principios y directrices básicos a ser cumplidos por los Estados partes, entre ellos, a)- la obligación de respetar, asegurar que se respete y aplicar las

normas internacionales de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario; b)- la obligación de investigar las graves violaciones del derecho internacional que constituyen crímenes en virtud del derecho internacional y, en su caso, enjuiciar a las personas presuntamente responsables de esas violaciones y si se las declara culpables, la obligación de castigarlas; c)- la obligación de que no se considerará prescriptas las violaciones manifiestas de normas internacionales de derechos humanos ni las violaciones graves del derecho internacional humanitario que constituyan crímenes en virtud del derecho internacional.

En consecuencia, el concepto de prescripción unido a la seguridad jurídica cede ante la gravedad y trascendencia de los crímenes contra la Humanidad. Son delitos imprescriptibles y, por lo tanto, los tribunales no podrán tener en cuenta el transcurso del tiempo como excusa para no conocer y decidir al respecto. (Conf. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia El Salvador).

En la investigación de hechos como los que se denuncian en estos obrados, donde se denuncian como violaciones graves de derechos humanos perpetrados desde el aparato estatal, se revela la necesidad de relativizar la aplicación de ciertos principios generales del derecho penal en cuanto impiden abordar adecuadamente la criminalidad manifestada. Así, el mismo derecho penal se ha modificado para enfrentar el terrorismo organizado, el tráfico de drogas, determinada delincuencia económica o de delitos sexuales, traduciéndose el ejercicio del derecho penal en estos casos en una disminución de las garantías procesales y la extensión de determinados límites del derecho penal material (así, se habilitan medios de prueba específicos, se establecen presunciones que el imputado debe controvertir, se extiende la esfera de la conducta punible a actos preparatorios, etc). En ese mismo sentido, es posible considerar que los delitos cometidos con el prevalecimiento del poder estatal deberían tener igual consideración que los antes referidos ya que, de otro modo, tratándose de delitos de, al menos, igual grado de lesividad y generalidad, se verían privilegiados en su tratamiento ante aquellos.

Siguiendo en el análisis de la relativización de ciertos principios del derecho penal, merece considerarse la tesis de la "ilicitud legal" expuesta por Gustav Radbruch, en tanto resulta totalmente aplicable en las presentes actuaciones.

El citado autor señala que la existencia de ley es una condición del orden y genera seguridad jurídica. Pero, agrega, la seguridad jurídica no es el único valor ni el decisivo que el derecho debe realizar. Junto a la seguridad jurídica se deben considerar también otros dos valores: adecuación al bien común y la justicia. Observa que esos valores pueden estar en conflicto. La seguridad jurídica puede contradecir a la justicia. “El conflicto entre justicia y seguridad jurídica se debe resolver dando prioridad al derecho positivo, impuesto y asegurado por el ejercicio del poder, aunque su contenido sea injusto y contrario al bien común, salvo cuando la contradicción de la ley positiva con la justicia resulta en tal grado intolerable, que la ley, como “derecho injusto”, debe ceder ante el derecho”, agregando, “ es imposible trazar una línea nítida que separe los casos de injusto legal de los de leyes de contenido injusto, aunque sin embargo, válidas; pero, de todas maneras, es posible trazar otra frontera con toda nitidez: allí donde no existe ni siquiera el deseo de justicia, donde la igualdad, que constituye el núcleo de la justicia, es conscientemente negada en el establecimiento mismo del derecho positivo, precisamente allí solo estaremos no solamente ante “derecho injusto”, sino ante la pérdida absoluta de la naturaleza jurídica” - (G. Radbruch, *Rechtsphilosophie* pag. 352-353). Esta posición fue recogida en fallos jurisprudenciales señalándose que no puede aplicarse preceptos legales que se encuentren en abierta contradicción con normas de derecho de rango superior en tanto esa vulneración del derecho pone de manifiesto una infracción grave y manifiesta de la idea de justicia y humanidad.

III) Cuando una ley se encuentra en contradicción con otra, ambas pasibles de ser aplicadas en un mismo supuesto, debe atenderse a aquella que mas favorezca a la persona, que en mayor medida contemple los derechos de la misma. Dicha solución deriva del principio *pro homine*, o favor persona, consagrado en el art. 31.1 de la Convención de Viena sobre los Tratados que establece, como regla general de interpretación que “un Tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuírsele a los términos del Tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por Uruguay el 16/12/1966, establece en su art. 5 num 1- que “ninguna disposición del

presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él” En tanto que, el num. 2- expresa “no podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado”

El principio *pro homine* reconoce diversas formas de aplicación:

- En caso de concurrencia de normas vigentes de distinto rango, sea nacionales o internacionales se preferirá la aplicación de aquella que contenga mejores protecciones independientemente de que las otras normas sean de igual, inferior o superior jerarquía.
- A su vez, en caso de sucesión de normas, cuando una norma posterior puede derogar a otra anterior de igual o inferior jerarquía. En virtud del principio se mantendrá la norma anterior en el tiempo –independientemente de su jerarquía- en tanto consagre protecciones que debieran conservarse.
- Incluso cuando no hay colisión de normas, sino concurrencia de las mismas ambas con un sentido tutelar, habrá de aplicarse la que mas contemple la persona o la víctima.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que el Uruguay debe ejercer un control de convencionalidad entre las normas internacionales consagradas en la Convención Americana de Derechos Humanos y las normas internas que rigen en el Estado debiendo en consecuencia aplicar aquellas normas que en mayor grado protejan a la persona y contemplen sus derechos y desestimar las que contravengan tales postulados. En tal sentido, resaltó que la Suprema Corte de Justicia, ha ejercido un adecuado control de Convencionalidad al decidir que la ley 15.848, de caducidad de la pretensión punitiva del Estado es inconstitucional. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha entendido, en fallo dictado en el caso Gelman vs Uruguay, que dicha ley ha significado un obstáculo para la investigación de las graves violaciones a los derechos humanos. En ese sentido, ha señalado que la ley de Caducidad es manifiestamente incompatible con la Convención Americana, en

tanto impide la investigación y sanción de graves violaciones y no pueden seguir significando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyeron esas violaciones. Es obligación del Estado, conforme lo señala la citada sentencia, garantizar que ningún obstáculo normativo o de otra índole impida la investigación de tales hechos y en su caso la sanción de los responsables.

IV) En cuanto a la necesaria investigación de los hechos que motivan estos autos, la Corte Interamericana (CIDH) en el ya citado fallo, ha observado que no ha primado, en la investigación del caso Gelman – lo que puede reproducirse en las diversas causas en que se investigan vulneraciones sistemáticas de derechos humanos como la presente causa- el principio de efectividad en la investigación de los hechos y determinación y eventual castigo de los responsables.

En relación a este tópico, señala que toda persona (incluida víctima y familiares) tiene, de acuerdo a lo dispuesto por los arts. 1.1, 8.1, 25 de la Convención, el derecho a conocer la verdad, por lo que aquellos y la sociedad toda deben ser informados de lo sucedido, derecho que también se consagra en instrumentos internacionales de las Naciones Unidas y de la Asamblea General de la OEA. Al respecto, el Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, recogido en diversas Resoluciones señala que las víctimas y sus familias tienen el derecho imprescriptible a conocer la verdad acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones y, en caso de fallecimiento o desaparición, acerca de la suerte que corrió la víctima. Incumbe a los Estados adoptar las medidas adecuadas, incluidas las medidas necesarias para garantizar el funcionamiento independiente y eficaz del poder judicial, para hacer efectivo el derecho a saber. En el caso “Circuito Camps” y otros (Miguel Osvaldo Echeolatz) tramitado ante el Tribunal Oral en lo Criminal Federal (La Plata) Argentina, en sentencia dictada en setiembre de 2006 se expresa, en Considerando IV.b “las alusiones que muchas veces se escuchan respecto de casos como los aquí juzgados en cuanto a la necesidad de “reconciliación”, de “mirar para adelante” y de la inutilidad de “revolver el pasado”, son exactamente el punto opuesto a aquel derecho como “productor de verdad”... único sobre el cual puede

construirse válidamente la memoria, paso inicial indispensable para algún tipo de reparación y por sobre todo para prevenir nuevos exterminios...”

De igual manera, en sentencia dictada por el Jdo Ltdo en lo Penal de 19° turno, en caso “Plan Cóndor” donde se enjuiciara a José Nino Gavazzo y José Ricardo Arab se expresa en similar sentido: “el escudo de silencio levantado por los indagados y testigos militares, con sus tres puntas fundamentales, esto es, “no tengo conocimiento”, “yo era administrativo” y “el responsable está muerto”, cede ante el derecho- deber a saber, el cual no pertenece a personas individuales, ni siquiera a familias directamente afectadas, sino a la Sociedad en su conjunto. No se trata exclusivamente de un derecho a conocer, a buscar la verdad como actividad humana, sino el deber de todos de recordar lo acontecido, como obligación ética.” “En tal sentido, la CIDH encaró por primera vez “el derecho a saber” en la sentencia del 3 de noviembre de 1997 (caso Castillo Páez) y volvió a tratarlo en la sentencia del 25 de noviembre de 2000 (Caso Bamaca Velázquez), habiendo sido el tema objeto de consideración en tres “votos razonados” concurrentes...”

Kai Ambos, catedrático de derecho penal, derecho procesal penal y derecho penal europeo e internacional alemán, señala que la justicia de transición es sobre todo y predominantemente justicia para las víctimas. Expresa que las víctimas no solo tienen intereses, como parte de una amplia noción de justicia, sino también derechos, a saber, un derecho a la justicia y otros derechos inferidos directamente de la noción de justicia como concepto jurídico. Estos derechos, agrega, han sido elaborados con gran detalle por la jurisprudencia de los derechos humanos especialmente por la CIDH. Sintetiza más adelante los derechos que alude tienen las víctimas: - a la verdad, al esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, esto es, a la vez, un derecho de carácter colectivo que permite a la sociedad tener acceso a información esencial para el desarrollo de los sistemas democráticos y un derecho particular para los familiares de las víctimas. Puede concluirse, expresa, que el derecho a la verdad es una norma consuetudinaria emergente y un principio general del derecho. Otro derecho de las víctimas es a la justicia, esto es, bien sea por alguna forma de protección judicial o mediante acceso al sistema jurídico del Estado infractor – el cual tiene el deber de investigar, perseguir y sancionar a los responsables u, otra alternativa, mediante un foro –

público- alternativo donde la víctima pueda confrontar y desafiar a los autores. Un tercer derecho que menciona este prestigioso jurista alemán es a la reparación, la cual, manifiesta, usado como un término genérico, abarca la restitución plena – *restitutio in íntegram*- la compensación, la rehabilitación, la satisfacción y garantías de no repetición así como otras medidas tendientes al pleno reconocimiento del estatus de víctima y, en lo posible, el restablecimiento de sus derechos. (“El Marco jurídico de la justicia de transición” pag. 41 y sigtes en Justicia de Transición, publicación de la Fundación Konrad Adenauer Stiftung).

Por lo expuesto y lo dispuesto por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales, Pactos Internacionales y Protocolo Facultativo, Carta de las Naciones Unidas, arts. 18, 72 y 332 de la Constitución, arts. 5, 252 del C.P.P. art. 120 y 121 del C.P., **RESUELVO:** Mantiénese la recurrida y franquéase la alzada para ante el Tribunal de Apelaciones en lo Penal que por turno corresponda con las formalidades de estilo. A los efectos de continuar con las diligencias probatorias ya dispuestas en autos y dar curso a la tramitación del recurso de apelación, elévese al Tribunal testimonio de las presentes actuaciones agregándose el escrito recursivo de la defensa, el traslado efectuado por la Fiscalía y la presente resolución.