

## VISTOS Y ATENTO:

1) Que en autos comparecieron por escrito los citados J. Bassani, G Yannone y a fs, precedente C. Rossel designando defensa letrada, solicitando el acceso al expediente y alegando que los hechos que se investigan han prescrito solicitando que así se declare. Para el caso de no hacerse lugar a dicha petición invocan que han promovido acción de inconstitucionalidad y por ende se remitan los autos a la Suprema Corte de Justicia “sin más trámite”.

2) Se confirió vista de lo solicitado por los comparecientes al Min Pco quien se expidió a fs. 271 y sigtes expresando en síntesis, que debe rechazarse la declaración de prescripción solicitada y que no se haga lugar a la sustanciación de inconstitucionalidad planteada.

Al respecto hace una reseña histórica del contexto en que se sucedieron los hechos denunciados en autos, refiriendo a la Doctrina de la Seguridad Nacional como fundamento que los gobiernos de facto instalados en diferentes países del cono sur en las décadas de los sesenta y setenta impusieron a sus políticas de gobierno. En el desarrollo de esa doctrina se produjo una persecución de todo grupo, organización, o nucleamiento de personas que se entendiera que pudiera vulnerar la seguridad nacional. A fin de llevar a cabo tal propósito se coordinaron las fuerzas armadas de los diferentes países a fin de lograr las detenciones de los individuos o grupos de individuos que consideraban atentaban contra la seguridad nacional en el desarrollo de un plan sistemático y que trascendía las fronteras del país. La ejecución de esa operativa conllevaba detenciones arbitrarias, privaciones de libertad, secuestros, torturas, ejecuciones y desapariciones forzadas perpetradas por las fuerzas de seguridad e inteligencia de la dictadura uruguaya en el marco de mencionada doctrina y de la operación Cóndor. Afirma que este hecho que se investiga en autos esta enmarcado en el tiempo y en el espacio de la masiva y sistemática represión a que fueron sometidas las poblaciones de los estados de la región , en particular Uruguay, configurándose un terrorismo de estado y desconociéndose los derechos garantizados por la constitución vulnerando las garantías y derechos individuales.

Realiza una reseña de los hechos denunciados y explica como los mismos constituyen delitos tales como arrestos o detenciones ilegales, traslados contra

la voluntad de las personas, privaciones ilegítimas de libertad, actos cometidos por agentes gubernamentales, por grupos organizados o por particulares que actuaron en nombre del gobierno.

Señala que tales prácticas constituyen una violación de varios derechos fundamentales protegidos por la legislación nacional e internacional en materia de derechos y constituyen crímenes de lesa humanidad alcanzados por la fórmula amplia recogida en el art. 6 lit c del Estatuto del Tribunal Militar de Nuremberg por la cual se define como crímenes contra la humanidad el asesinato, la exterminación, la reducción a la esclavitud, la deportación y todo acto inhumano cometido contra cualquier población civil antes o durante la guerra. Agrega que los hechos denunciados, aun en la etapa presumarial de la investigación penal, en un encuadre primario califican como crímenes de lesa humanidad y son de juzgamiento necesario y obligatorio y son imprescriptibles, cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido conforme la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad.

En cuanto a la inconstitucionalidad pretendida estima que la misma es inadmisibile en tanto la misma fue planteada en una etapa procesal en que aún no se ha formulado juicio alguno sobre la probable participación de los denunciados en los hechos con apariencia delictiva investigados. Por ende, las disposiciones de la ley 18.831 no son de ineludible aplicación en esta etapa procesal. Afirma que la declaración acerca de la constitucionalidad de una ley solo es pertinente si esta es de aplicación necesaria e ineludible en un caso concreto y no en situaciones abstractas de derecho. No se entiende que el interés de los gestionantes se vea afectado directa e inmediatamente por la norma jurídica impugnada siendo que su aplicación es actualmente incierta y eventual, por ende estima que se trata de una hipótesis de falta de legitimación activa.

**3)** Que los citados lo fueron en calidad de indagados por los hechos denunciados en autos. Luego de recibidas sus declaraciones correspondería determinar si efectivamente tienen vinculación en el grado de responsabilidad respecto de lo relatado por los denunciantes. Es entonces que, si el Min Pco en ejercicio de la titularidad de la acción solicita el enjuiciamiento de alguno de los hoy citados como indagados puede invocarse la pretendida prescripción pero

no antes. Admitir que cualquier compareciente puede alegar la prescripción es atribuir en forma genérica la invocación de una causal de extinción de la acción a quienes no son parte en el proceso. En consecuencia, debieron los incomparecientes concurrir a la audiencia y eventualmente alegar y reclamar la declaración de prescripción. No obstante lo antes expresado, esta sede habrá de pronunciarse sobre la aplicabilidad de la prescripción invocada por la recurrente en esta causa.

Se investiga en autos las circunstancias de la detención de los ciudadanos uruguayos Lilian Celiberti, sus hijos menores Camilo y Francesca Casariego, y de Universindo Rodriguez, todos los cuales se hallaban viviendo en Porto Alegre al tiempo de los hechos, en el mes de noviembre de 1978. La detención se produce, conforme lo declarado, con la participación de militares uruguayos en colaboración con policías brasileros. Luego son trasladados clandestinamente al territorio uruguayo y estando aquí son sometidos a torturas hasta que deciden los militares uruguayos regresar con Lilian Celiberti hasta Porto Alegre atento a que se haría una reunión con otros militantes políticos en el que fuera domicilio de la denunciante y en procura de sus detenciones los captores regresan al punto de partida. Por su lado, Universindo Rodriguez es mantenido privado de su libertad sin que se supiera de su lugar de detención ni su situación. De igual manera, los hijos de Celiberti estuvieron en diversos lugares en Montevideo, sin que pudiera precisarse direcciones pero sin que su familia pudiera saber de ellos.

En el domicilio de Celiberti en Porto Alegre no llegan las personas cuyas detenciones esperaban hacer los captores sino que arribaron dos periodistas brasileros quienes vieron a Celiberti en el lugar y también varios militares, algunos de ellos de nacionalidad brasileros que actuaban conjuntamente a los militares uruguayos. Finalmente, frustrada la posibilidad de las detenciones previstas, deciden volver con Celiberti a Uruguay el 18 de noviembre. Pero es recién en fecha 25 de noviembre que se da una versión oficial respecto de la situación de los detenidos, informándose que los mismos habían pretendido ingresar al territorio uruguayo con armas, documentos falsos y material de propaganda subversivo. Son procesados y presos permaneciendo en prisión por espacio de cinco años. Lo relatado emerge no solamente de la declaración de los denunciantes sino también de otros testimonios como los de los padres

de Lilian Celiberti, del periodista brasilero que llegó al apartamento de Porto Alegre donde se encontraba detenida Celiberti, de uno de los militares que participó en la operación de detención de los uruguayos y demás documentación obrante en autos. Es en atención a tales elementos que se dispuso la citación de los hoy incomparecientes y reclamantes de la declaración de prescripción en tanto son señalados por los denunciantes como sus captores y por el militar que integró la operación como los jefes a cuyo mando actuó.

De la relación de hechos efectuada, corresponde señalar que se trató de una actuación coordinada entre las autoridades brasileras y la decisiva participación de las fuerzas conjuntas del Uruguay. Estas, compartiendo el análisis que formula el Min Pco en su vista, actuaban conforme los lineamientos de la llamada "doctrina de la seguridad nacional" por la cual correspondía a las fuerzas armadas como misión esencial, la guerra contra la subversión, es decir, el combate a todos quienes cuestionaban la forma establecida de gobierno habilitando cualquier tipo de accionamiento de guerra para su combate. En el caso de la detención, traslado y finalmente encarcelamiento de los denunciantes. Estos hechos se enmarcan en las acciones que las mencionadas fuerzas armadas y los gobiernos de la región coordinaron en el marco del denominado "Plan Cóndor", de cuya existencia ya no puede haber lugar a dudas y que resultara acreditado en diversas causas judiciales tramitadas en países que lo integraban como Argentina, Chile, Paraguay, Brasil, Bolivia y Uruguay. El objetivo de este plan -cuya constitución formal se encuentra en Chile en el año 1973 pero que ya operaba desde tiempo atrás- era la coordinación para la persecución ilegal de opositores y en su ejecución se realizaba el seguimiento, vigilancia, detención ilegal y privación de libertad por lapsos indefinidos en centros clandestinos, sus interrogatorios bajo condiciones en extremo violentas, mediante agresiones físicas que muchas veces llevaba a la muerte o, en caso contrario, determinar sus traslados, en forma también clandestina, hacia los países de la nacionalidad de los detenidos donde se decidía su destino final siendo éste invariablemente la desaparición, la muerte o la reclusión en cárceles, esta vez, luego de un proceso judicial dirigido por jueces militares, con flagrantes irregularidades procesales.

De esta manera, se detuvo sistemática y masivamente a integrantes de grupos políticos denominados de izquierda, y luego también a sindicalistas, integrantes de organizaciones sociales, etc. Esas detenciones se efectuaban tanto en Uruguay como en otros países, siendo coordinadas o puestas en conocimiento de tales detenciones, cuando no se consumaban en el país, a quienes desde las fuerzas armadas o desde el gobierno tenían injerencia en tales decisiones y en el ulterior destino de los detenidos.

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 prejujuamiento 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.

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 Público. 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.

**4)** 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 trata de 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 prevailecimiento 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.

**5)** 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.

**6)** 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 íntegrum*- 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).

**7)** Se afirma por los comparecientes que operó la prescripción de los hechos denunciados el 1 de marzo del año 2005. Debe señalarse que la posición sustentada no es la que sostiene la actual jurisprudencia.

La Suprema Corte de Justicia, en sentencia de casación dictada en mayo del 2011 en la causa “Gavazzo Pereira, José Nino y Arab Fernández, José Ricardo- por veintiocho delitos de homicidio muy especialmente agravados en reiteración real, desestimó el agravio de la defensa confirmando la posición sustentada por el Tribunal de Apelaciones interviniente y antes la sede letrada de 1era instancia, en cuanto al inicio del cómputo prescripcional comienza excluyendo el tiempo en que transcurrió el gobierno de facto. Así también es jurisprudencia constante en la sedes que han emitido pronunciamientos por temas de igual naturaleza que al plazo de prescripción se le aumenta un tercio conforme lo previsto por art. 123 del C.P. Citando a la sala de apelaciones expresa la SCJ que los encausados “perpetraron homicidios múltiples cuyas víctimas, previamente fueron privadas de libertad, con la finalidad de darles muerte, por motivaciones políticas lo que materializó un hecho en sí mismo grave y por ende comprendido en la norma indicada. Si un asunto con estas características, no ingresa en la previsión legal (refiere a la prevista por art. 123 del C.P.), difícilmente se podría pensar en algún otro”.

Más allá de no compartirse el inicio del cómputo de prescripción, posición que, como se observara, no es seguida por la actual jurisprudencia, tampoco puede ampararse tal posición desde que, como viene de analizarse en esta interlocutoria, se trata de crímenes contra la humanidad y estos no están sujetos a prescripción.

**8)** Finalmente, en cuanto a la inconstitucionalidad invocada, no se acredita por los comparecientes que tengan la calidad de accionantes que alegan por lo que, más allá de compartirse lo expresado por el Min Pco en cuanto a la improcedencia de la vía elegida, en tanto refiere a una ley que no ha sido siquiera mencionada en estos obrados cuanto menos aplicada, cuestión que habrá de determinar la Suprema Corte de Justicia en tanto órgano de competencia exclusiva y privativa para entender en la alegada inconstitucionalidad, deberá acreditarse debidamente la calidad que invocan.

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:** Desestimando la prescripción invocada. Acredítese la calidad de accionantes de la inconstitucionalidad referida. Notificado, vuelvan para fijar fecha de audiencia. Accédese al fotocopiado de las actuaciones a costo de los solicitantes.