

VISTOS:

Para resolución estos autos donde las defensas letradas de Leites, Pizarro, Gordillo Techera, Barrios y Aguilera, los Dres Rossana Gavazzo, Graciela Figueredo y Bernardo Gzech han planteado recurso de reposición y apelación en subsidio respecto de la interlocutoria nro. 3214 del 23 de noviembre del pasado año 2011.

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

ATENTO:

1) Que los recurrentes se agravian en tanto entienden que sus defendidos tienen las calidades de indagados por cuanto se les tomó declaración con asistencia letrada y además atendiendo al tenor del interrogatorio a que se les sometió. Afirman que la sede y el Min Pco, con tal desconocimiento, han vulnerado los derechos y garantías del debido proceso, asignándole al sujeto pasivo de la investigación penal una condición diversa, la de testigo.

Asimismo, refieren que al presentar denuncia ante la SCJ por este hecho, la Corporación, en sentencia nro 28 del 11 de marzo de 2011 no cuestiona la legitimación para actuar como defensores de los indagados de estos autos.

Concluyen, en consecuencia, que sus defendidos tienen legitimación para plantear la solicitud que la recurrida desestima rechazando el cuestionamiento que la Fiscalía ha hecho de tal aspecto.

Analizan el instituto de la prescripción consagrado en el art. 117 del C.P, y señalan que, transcurrido el lapso previsto por la norma, no existe ninguna situación delictiva pasible de sanción penal.

Dicen que el Juez debe relevar de oficio la prescripción aún en el caso en que no fuera invocada por los particulares intervinientes.

Afirman que en autos y respecto de los hechos que se investigan, ha transcurrido un lapso en virtud del cual cualquier delito o falta que pudiese surgir de ellos ha dejado de existir.

Controvierten lo expresado por la sede en cuanto a que la investigación de hechos que no constituye delito es, además de inconducente, también contraria a derecho dado que excede los límites legales de la jurisdicción.

Señalan que la prescripción debe relevarse desde el momento en que se pone en conocimiento al juez de la existencia de la comisión de un delito y de haber operado la misma no podrá tener inicio el proceso, siendo un presupuesto de la investigación la existencia misma del delito.

Aun cuando, como en el caso, el proceso se encuentra en etapa presumarial, debe relevarse la prescripción de los delitos inclusive cuando no hubiere sido alegada y no se hubiera adjudicado responsabilidades penales.

Agregan que todos los hechos que han dado lugar, entre otras, a las presentes actuaciones han prescrito, no en el último mes, sino desde hace ya varios años.

Concluyen que la sentencia impugnada vulnera normas de derecho aplicables en tanto omite cumplir con la obligación legal de relevar la prescripción respecto de cualquier delito que pudiera surgir de los hechos que se investiga, obviando la pertinente cesación del proceso y vulnerando los límites que la ley le impone a la jurisdicción desconociendo la inexistencia del presupuesto de hecho de la instrucción presumarial.

Piden que se revoque la providencia impugnada y se haga lugar al recurso decretando la clausura de las actuaciones por haber operado la prescripción. En caso contrario, se franquee la alzada para ante el Tribunal de

2) Que por providencia nro. 3483 se confirió traslado del recurso al Min Pco quien lo contestó a fs. 478-508 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.

Refiere que el Estado ha suscrito numerosos tratados internacionales que le obligan a cumplir determinadas conductas y precisamente ello ha sido motivo de que fuera condenado por primera vez por la Corte Interamericana de Derechos Humanos no solo al resarcimiento económico sino a la obligación de continuar investigando destacando la sentencia que los Estados tienen que prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la convención. Refiere el Min Pco a que nuestro país ha ratificado por ley 10.683 la Carta de las Naciones Unidas conjuntamente con el Estatuto de la

Corte Internacional de Justicia deteniéndose en el análisis de varios de los artículos. Analiza lo consignado por la CIDH en la sentencia de Gelman vs Uruguay haciendo hincapié en la obligación de investigar las violaciones de derechos humanos y alcance de tales deberes.

Considera que a los recurrentes nunca se los consideró como indagados sino como testigos que cumplían funciones en el lugar y en el momento en que Gelós Bonilla desapareció. Niega que la comparecencia con abogados de éstos en las audiencias a las que fueron citados vulnerara garantías sino al contrario y que otros citados comparecieron sin asistencia letrada. Señala que los abogados patrocinantes de los recurrentes han actuado procurando la dilación de las actuaciones presentando recursos diversos.

Asevera que el delito que se investiga es de lesa humanidad y por lo tanto imprescriptible. Analiza las diversas posiciones en relación a como se incorpora el derecho internacional al derecho interno y la aplicación del derecho internacional a casos como el caso de autos a partir de la evolución que tales conceptos han tenido a lo largo de la historia desarrollando el concepto de crimen de lesa humanidad y la persecución de estos en función de normas de ius cogens citando los instrumentos internacionales que dan sustento a su afirmación. A continuación refiere a que dichos crímenes son imprescriptibles fundando tal carácter en normas de la Convención de Viena y la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de lesa humanidad.

Refiere las circunstancias en que se dieron los hechos que se investigan y la calidad de crimen de carácter permanente en tanto se trata de la desaparición de una persona que fue privada de libertad por personal del Estado y su cuerpo no ha aparecido ni vivo ni muerto entendiendo que el crimen se continua ejecutando y por ende no puede considerarse prescripto. Se funda en pronunciamientos jurisdiccionales de la CIDH y en la sentencia nacional del TAP 1er turno que reconoció expresamente la comisión de delito de lesa humanidad y que sería imprescriptible.

Concluye que por aplicación de normas de derecho interno así como por las de derecho internacional, principios constitucionales y normas de jus cogens que deben ser aplicadas al caso, corresponde que se continúe con la investigación

en función a la obligación que tiene el estado y sus órganos jurisdiccionales de realizarla.

Reclama que se desestimen in totum los recursos interpuestos disponiendo la prosecución de los procedimientos.

Los obrados subieron al despacho para resolver el recurso, en fecha 2 del corriente,

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

1) Los comparecientes alegaron durante el transcurso del proceso y lo reiteran al interponer el recurso, la calidad de indagados, calidad que se han ellos mismo atribuidos en función, según afirmaron en las diferentes instancias, al tenor de las preguntas que se les formularan cuando declararon en las audiencias a las que fueron convocados. La insistencia en el concepto lleva a reiterar, a su vez, las fundamentaciones que, al respecto, se realizaron por esta sede al resolver los recursos donde se alegó tal concepto. En autos se investiga la desaparición del ciudadano Horacio Gelos Bonilla, hecho ocurrido en el Departamento de Maldonado en enero de 1976. Durante los años en que transcurrió la dictadura, este hecho no pudo, por obvias razones que huelgan señalarse, ser investigado. Luego, a partir del año 1985 se denunció por parte de los familiares de Gelos la desaparición del mismo y a poco de iniciarse las actuaciones judiciales las mismas fueron clausuradas por aplicación de la ley de caducidad (ley 15.848). La investigación de los hechos resultó, nuevamente, relegada por otro largo tiempo. Finalmente, derivados estos autos a esta sede, en el marco del juicio promovido contra el ex presidente Juan María Bordaberry, los obrados volvieron a tener inicio de investigación pero a los solos efectos de analizar la responsabilidad que tendría el ex presidente en la desaparición de este ciudadano. Finalizada la causa de Bordaberry con su condena penal, este expediente volvió a quedar paralizado hasta que finalmente se comenzó la investigación de los hechos. Como toda investigación de un hecho con apariencia delictiva procede recabar la prueba que permita concluir la existencia del hecho, la forma en que acaeció y sus presuntos responsables. Tratándose de un hecho ocurrido hace ya mucho tiempo atrás y donde desde un inicio, como en otros casos similares, estuvo rodeado de un cerrado hermetismo, recoger esa prueba implicaba antes que nada conocer

dónde acontecieron los hechos denunciados y cómo se desarrollaban las actividades militares en esa época por la que transitó el país, de carácter excepcional. Para alcanzar ese conocimiento se buscó recabar el testimonio de diversos militares que prestaban diferentes funciones en el lugar donde se supo que estuvo detenido Gelos Bonilla. Era por tanto imposible afirmar de antemano que los declarantes –algunos de ellos hoy recurrentes- fueran considerados por la sede como indagados en tanto solo se sabía de ellos – mediante información requerida y recibida del Ministerio de Defensa- que habían prestado funciones en el Batallón de Ingenieros nro 4 de Maldonado, sin conocer claramente en qué consistían esas funciones y mucho menos qué grado de vinculación tenían, si la hubiere, con la detención y posterior desaparición del ciudadano fernandino.

En el decurso de las audiencias se fue teniendo mayores elementos para establecer qué actividad desplegaban tanto los declarantes como otros que aún no han declarado ni comparecido en autos. Y fue recién luego que se recibió toda la prueba hasta ahora producida que la Fiscalía solicitó diversos procesamientos de algunas –y no de todas- las personas que declararon en autos. En suma, considerar que por el hecho de venir a declarar a la sede judicial y que le sea preguntado sobre las funciones que desempeñaba, quienes eran sus jefes, qué tareas desarrollaban otras personas y qué conocimiento tiene de los hechos denunciados no lo convierte al declarante en indagado. Si se analiza sobre qué se le pregunta a un testigo se verá que es, precisamente, en base a las mismas interrogantes, a fin de determinar qué conoce de los hechos y para que explique por qué razón es que los conoce. Por consiguiente, la alegada calidad de indagados de algunos de los recurrentes deviene recién a partir de la requisitoria Fiscal si bien todavía no han declarado en autos en tal estado, es decir, como indagados, lo que se efectivizará en los próximos días conforme lo dispuesto a fs. 472. Entre los recurrentes figuran quienes han declarado en autos pero que luego la Fiscalía no reclamó sus procesamientos -ni la sede, obviamente los ha citado en calidad de indagados- no obstante, continúan considerándose como tales con una porfiada identificación que nadie les atribuye. Va por tanto por quienes lo afirman y exclusivamente por ellos tal rótulo que tan obstinadamente sustentan.

Los recurrentes hacen mención, en aras de mostrar su auto inferida calidad, que al presentar la denuncia ante al SCJ –denuncia que formularon contra la dicente donde reclamaron se anularan las actuaciones y se le aplicara una sanción a la titular- la Corporación no cuestionó la legitimación para actuar como defensores de los indagados en autos. Bueno es recordarles a los recurrentes que la SCJ no cuestionó ni ingresó en tal aspecto porque no era lo que motivaba la denuncia. Pero si se invoca esa denuncia habría que decir que fue archivada recordándoles la SCJ a los denunciantes la independencia técnica de los magistrados, la ausencia del principio jerárquico en las relaciones entre los diversos órganos que componen el Poder Judicial cuando se trata del ámbito de actuación de cada uno de ellos sea de la jerarquía que fueren. En ese sentido, la Corporación señaló que existen las vías recursivas que, precisamente, los denunciantes utilizaron y a las resultancias de estos recursos debe estarse. Pues bien, los hoy comparecientes han presentado a lo largo de estos obrados los recursos que creyeron eran procedentes y se tramitaron en la forma prevista por las leyes procesales. En ninguno de esos recursos se hizo lugar a los planteos que expusieron por lo que, volver a insistir en los mismos argumentos carece de sentido. Los recurrentes concurrieron a declarar con asistencia letrada y se les autorizó la presencia del abogado pero no la formulación de preguntas porque ello habría sido desvirtuar la calidad de testigo y atribuirles una calidad diversa que no correspondía. El hecho de haberles autorizado la presencia de abogado, accediendo a sus pedidos, no les transforma en indagados. En suma, estos fundamentos fueron reiteradamente expresados por la sede en los diversos recursos planteados respecto de la tan manida calidad de indagados y se reiteran en esta resolución ante la invocación, otra vez, de esa condición.

II) No obstante lo antes expresado, esta sede habrá de pronunciarse sobre la aplicabilidad de la prescripción invocada por los recurrentes en esta causa.

Se argumenta que es presupuesto necesario de la iniciación de la etapa presumarial de todo proceso penal, la existencia de un hecho delictivo conforme lo consigna el art. 114 del C.P.P. Luego, el art. 112 del C.P.P. extiende el presumario desde la noticia criminis hasta la sentencia interlocutoria que dispone el procesamiento o el archivo de las actuaciones. Se señala que debe verificarse que no haya operado la prescripción aún en esta etapa dado

que, de haberse configurado, no puede iniciarse investigación alguna por cuanto si existió delito el mismo se extinguió.

Ahora bien, esa premisa es correcta, pero no para los hechos que se investigan en estas actuaciones que revisten una calidad diversa y donde la prescripción invocada no tiene cabida por lo que se dirá.

Se investiga en autos las circunstancias de la detención de Horacio Gelós Bonilla, ocurrida en enero de 1976 en el centro de la ciudad de Maldonado, por personas desconocidas vistiéndose de particular.

Según relato de varios testigos –otros detenidos- fue llevado hasta el Batallón de Ingenieros Nro 4 ubicado en las afueras de Maldonado.

Esta detención, como otras, se enmarcaba en las actividades que corrientemente desplegaba el personal del Batallón por orden superior del mismo y en cumplimiento de directivas de la División de Ejército 4 a la que respondía jerárquicamente.

Los detenidos permanecían un tiempo variable en el Batallón, lapso en el que eran interrogados y sometidos a apremios físicos de diversa índole entre los que se mencionan – tanto por los detenidos como por personal militar que allí revistaba- el submarino, la picana, el plantón, el caballete así como colgarlos de los brazos previamente atados a la espalda, entre otros tormentos. Bajo esas condiciones fallecen dos detenidos, uno de ellos en el año 1972 y otro en el mes de mayo de 1976, habiéndose entregado los cuerpos a sus familiares. No surge de las declaraciones que por tales muertes se hubiera responsabilizado a persona alguna ni llevado adelante investigación administrativa para determinar las circunstancias del fallecimiento. En el caso de Gelós Bonilla, emerge de las actuaciones que presumiblemente también falleciera a consecuencia de las graves heridas inferidas en los interrogatorios mas no fue entregado su cuerpo a los familiares ni informado del destino del detenido por lo que, desde entonces, nada se sabe del mismo revistiendo la calidad de detenido desaparecido. La posible muerte de Gelos emerge de testimonios tanto de otros detenidos como de personal militar que desplegaba funciones en ese momento en el Batallón. No obstante, a la fecha no existe información oficial sobre el paradero del detenido o si, de haber fallecido, donde se encuentran sus restos.

Los operativos de detención y posterior interrogatorio de ciudadanos obedecían a la llamada “lucha antisubversiva” llevada adelante por las Fuerzas Armadas. Conforme surge de las pruebas reunidas en autos y coincidentemente con los lineamientos explícitamente expuestos por las llamadas Fuerzas Conjuntas en ese tiempo, actuaban conforme 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.

Es en ese cometido que se produce las diversas detenciones, entre ellas las de Gelós Bonilla, quien en esa época trabajaba en la construcción y era militante del Partido Comunista del Uruguay.

Esta forma de operar de las fuerzas armadas, como se señalara, obedecía a lineamientos generales y similares acciones se desplegaban en diversos puntos del país. 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.

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.

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.

III) 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.

Se trata en autos, como se señalara al inicio, de un caso de desaparición forzada, esto es, la privación de libertad de una persona por agentes del Estado o por particulares que contaban con la aquiescencia del estado, privación de libertad seguida de la negativa a informar sobre ésta o el paradero o suerte de la persona privada de libertad. Se trata de un delito permanente, que cesa en el momento en que se determina el destino del desaparecido, sea porque es puesto en libertad o porque se ubican finalmente sus restos. Mientras la incertidumbre perviva, y aún cuando el transcurso del tiempo permita abonar la hipótesis de su muerte, la desaparición permanece mientras no se encuentren e identifiquen sus restos.

El Min de la Suprema Corte de Justicia, Dr. Leslie Van Rompaey, en su muy fundado voto disorde dado en sentencia dictada por la Corporación, nro 1501 de fecha 6/5/2011, señala que la muerte – presunta- del desaparecido, no tiene la virtud mágica de terminar con el estado de desaparición ni con la incertidumbre, angustia y sufrimiento permanente de sus familiares. Concuerta

con Grammer quien señala que dentro de la acción en este delito se pueden distinguir dos vertientes. La primera se dirige contra el desaparecido y consiste en privarlo de libertad. Junto con esta interviene una segunda vertiente de la acción, dirigida contra terceros (personas cercanas al desaparecido, activistas de organizaciones humanitarias, jueces o miembros de cualesquiera organizaciones estatales o supraestatales que estén a cargo de la protección de los desaparecidos); consiste en que se mantengan secretas las informaciones relativas al desaparecido o se impida su búsqueda.

Se trata de una vulneración de múltiples derechos inherentes a la persona humana y consagrados por la Convención tales como el derecho a la libertad, a la integridad física, a la seguridad y a la propia vida del detenido exponiéndolo a total indefensión de su persona y a la consideración de tal.

Siendo el delito de desaparición forzada un delito permanente, no se entiende que se vulnere la garantía de la ley previa en tanto estando vigente dicha ley desde tiempo posterior al inicio de ejecución del delito, mientras el estado de desaparición no haya cesado con el hallazgo de los restos del desaparecido – o la reaparición de la persona privada de libertad- el delito se continua cometiendo por tanto ingresa, a partir de la vigencia de la nueva normativa, en el caso la ley 18.026 art 21, en su aplicación.

“Cuando un Estado es reconocido como responsable por haber cometido una desaparición forzada que comenzó antes de la entrada en vigor del instrumento legal relevante y que continua luego de su entrada en vigor, el Estado debe ser tenido como responsable por todas las violaciones que resulten de la desaparición forzada, y no solo de las violaciones ocurridas luego de la entrada en vigor del instrumento”. (Grupo de trabajo sobre las desapariciones forzadas- citado por la CIDH en sentencia de Gelman vs/Uruguay).

Pero además, siendo como se señalara el delito de desaparición forzada la violación múltiple y continuada de derechos esenciales, derechos protegidos por la Convención Americana, se trata de un delito de lesa humanidad tal como está definido en el derecho internacional y genera las consecuencias previstas por ese derecho internacional aplicable.

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 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.

IV) 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.

V) 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).

VI) Finalmente, la recurrente afirma que la prescripción de todos los hechos que han dado lugar, entre otras, a las presentes actuaciones, han prescrito, no en el último mes, sino desde hace ya años. Cita doctrina a su favor. No expresa desde cuándo afirma que han prescrito los ilícitos mas debe señalarse que la posición sustentada por la recurrente 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, difícilmente se podría pensar en algún otro”.

Más allá de no compartirse el inicio del cómputo de prescripción y del lapso a considerarse que sostiene la recurrente, posición que, como se observara, tampoco es sostenida por la actual jurisprudencia, tampoco puede ampararse tal posición desde que, como viene de analizarse en esta sentencia interlocutoria, se trata de crímenes contra la humanidad y estos no prescriben.

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.