

Oscar López Goldaracena

**LAS VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS DE LA
DICTADURA DEBEN JUZGARSE POR SER CRÍMENES DE LESA
HUMANIDAD**

**CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD, PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y RÉGIMEN DE
IMPRESCRIPTIBILIDAD**

I. Introducción

Las recientes sentencias de la Suprema Corte de Justicia declarando inconstitucionales los arts. 2 y 3 de la Ley 18.831 de 27 de octubre de 2011 (con la discordia del Ministro Dr. Ricardo Pérez Manrique), de innegable repercusión respecto al juzgamiento de las gravísimas violaciones a los derechos humanos perpetradas por la dictadura cívico-militar (1973-1985), obliga necesariamente a profundizar el análisis jurídico de por qué aplica para estas la categoría de *crimen de lesa humanidad* y su régimen de *imprescriptibilidad*, sin que se violen los principios de legalidad y de irretroactividad de la ley penal.

Esta conclusión, que fundamentaremos en el presente, se contrapone nítidamente con las sentencias de la Suprema Corte de Justicia referidas, las que a mi juicio aplican erróneamente el derecho, desconociendo el derecho internacional y expresas disposiciones de la propia Constitución de la República.

Sin perjuicio de los fallos dictados, los procesos judiciales pueden y deben proseguir en virtud de que la inaplicabilidad de la Ley 18.831 no afecta el derecho que se debería aplicar sobre la imputación penal y la imprescriptibilidad de los delitos.

Advirtiendo sobre la tentación de haber querido incursionar en todos los puntos — y omisiones— de la posición de la Suprema Corte de Justicia, este análisis se referirá

únicamente a dos temas medulares: el *principio de legalidad respecto de los crímenes de lesa humanidad* y el *régimen de imprescriptibilidad* de homicidios, desapariciones forzadas, torturas y violaciones sexuales perpetradas por agentes del Estado o bajo su aquiescencia, contra la población civil, durante la dictadura cívico-militar (1973-1985).

II. El principio de legalidad, los crímenes de lesa humanidad cometidos por la dictadura y su imputación penal

1. Ubicación del tema

El principio de legalidad penal implica la tipicidad de la figura delictiva a los efectos de dar previsibilidad sobre los resultados que conllevará la conducta transgresora. Por consiguiente, todos los integrantes de la comunidad adquieren certeza de que si alguien realiza dicha conducta será castigado. El futuro trasgresor no podrá desconocer que estará incurriendo en un actuar penalmente reprochable y quien resulte víctima, sus allegados y la sociedad toda saben que, perpetrado el delito, se movilizará el pertinente accionar del Estado para individualizar a los responsables y aplicarles la sanción penal que corresponda.

El principio de legalidad penal y el de irretroactividad se sustentan en lo dispuesto en los artículos 7, 12 y 18 de la Constitución y en los artículos 15 inc. 2 y 85 del Código Penal.¹

El principio de legalidad penal despliega sus efectos hacia el futuro y está, en consecuencia, ontológicamente interrelacionado con el principio de irretroactividad de la ley penal: nadie puede ser condenado por realizar una conducta que no era delito al momento de ejecutarse.

¹ Constitución de la República: Art. 7.- Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecen por razones de interés general. Art. 12.- Nadie puede ser penado ni confinado sin forma de proceso y sentencia legal. Art.13.- La ley ordinaria podrá establecer el juicio por jurados en las causas criminales. Art. 18.- Las leyes fijarán el orden y las formalidades de los juicios. Código Penal: Art. 15.- Cuando las leyes penales configuran nuevos delitos, o establecen una pena más severa, no se aplican a los hechos cometidos con anterioridad a su vigencia. Cuando se suprimen, en cambio, delitos existentes o se disminuye la pena de los mismos, se aplican a los hechos anteriores a su vigencia, determinando la cesación del procedimiento o de la condena en el primer caso, y sólo la modificación de la pena, en el segundo, en cuanto no se hallare ésta fijada por sentencia ejecutoriada. Art. 85.- No podrá ejecutarse pena alguna sino en virtud de sentencia, emanada de los jueces en cumplimiento de una ley, ni hacerse sufrir de distinta manera que como ella lo haya establecido.

En los supuestos de hecho que nos ocupan, el razonamiento de la Suprema Corte de Justicia sobre el principio de legalidad penal e irretroactividad es, a mi juicio, equivocado. A diferencia de lo que opina la Suprema Corte de Justicia, entiendo que no es cierto que la aplicación del régimen de crímenes de lesa humanidad y el atributo de su imprescriptibilidad para las violaciones a los derechos humanos ocurridas durante la dictadura cívico-militar (1973 a 1985) vulnere el principio de legalidad penal y de irretroactividad. En consecuencia, los artículos 2 y 3 de la Ley 18.831 no son inconstitucionales.²

En puridad, la cuestión fundamental pasará por analizar jurídicamente si las gravísimas violaciones a los derechos humanos llevadas a cabo por agentes del Estado, o bajo su aquiescencia, durante la dictadura cívico-militar que gobernó al Uruguay entre 1973 y 1985, califican en tipos penales que estaban previstos como crímenes de lesa humanidad al momento en que los hechos ocurrieron y si son imprescriptibles.

El análisis normativo histórico nos indica que, en dicha época (1973 a 1985), el derecho penal internacional establecía, indubitablemente, la persecución y castigo de crímenes de lesa humanidad y su imprescriptibilidad. En efecto, así lo disponían normas jurídicas imperativas de derecho penal internacional con rango de jus cogens que prohibían los crímenes de lesa humanidad y obligaban a su juzgamiento, cualquiera haya sido la fecha en que se cometieron.

Debemos situarnos en el período previo a la completa positivización de los crímenes de lesa humanidad en el derecho interno del Uruguay establecida por la Ley 18.026 del 25 de setiembre de 2006, cuando dichos tipos penales y su régimen de punibilidad estaban previstos en el derecho internacional pero no aún plasmados en nuestro derecho penal interno.

El planteo correcto de la pregunta a responder sería: *¿cuál es el alcance del principio de legalidad penal para un determinado momento histórico de transición en el que si bien existían normas penales internacionales, vigentes y obligatorias para el*

² Ley 18.831. Art. 2.- No se computará plazo alguno, procesal, de prescripción o de caducidad, en el período comprendido entre el 22 de diciembre de 1986 y la vigencia de esta ley, para los delitos a que refiere el artículo 1º de esta ley. Art. 3.- Declárase que, los delitos a que refieren los artículos anteriores, son crímenes de lesa humanidad de conformidad con los tratados internacionales de los que la República es parte.

Uruguay que criminalizaban conductas como delitos internacionales, estaban aún sin implementar por el derecho interno?

No puede soslayarse, cuando se formula este objeto de estudio, la particularidad de las disposiciones internacionales involucradas en el supuesto. Se trata de *normas imperativas de derecho internacional general con rango de jus cogens e inderogables por los derechos internos*. En interés de toda la humanidad, otorgan certeza de que aquel que incurra en gravísimas violaciones a los derechos humanos será penalmente sancionado y no podrá alegar prescripción alguna del delito para lograr impunidad.

Asimismo, tampoco puede obviarse que la implementación posterior en el derecho interno lo es de normas internacionales *preexistentes*, que por su naturaleza ya eran obligatorias para el Uruguay en el momento en que ocurrieron los hechos a juzgar.

En resumen, se trata entonces de calificar hechos que ocurrieron en un período durante el cual: a) existían normas de derecho penal internacional que prohibían hechos que las mismas normas califican de crímenes de lesa humanidad; b) dichas normas tenían rango de jus cogens y eran obligatorias para el Uruguay, y c) a dicha época, nuestro derecho interno aún no las había implementado, sino que lo hizo posteriormente.

2. Alcance del principio de legalidad que comprende al derecho internacional en su expresión nullum crimen sine iure

Para avanzar hacia la solución jurídica correcta, es necesario determinar si el principio de legalidad debe limitar su horizonte al plano normativo del derecho penal interno o abarcar también al derecho internacional.

Restringir la solución al simplismo de analizar únicamente el derecho interno y concluir —como lo hace la Suprema Corte— que se violenta el principio de legalidad porque en la época en que ocurrieron los hechos no existía una norma de derecho interno que tipificara los crímenes de lesa humanidad, ni dispusiera su imprescriptibilidad, es desconocer y colocar en un plano simbólico a las normas imperativas de derecho penal internacional vigentes en ese momento.

El primer error del razonamiento jurídico de la Suprema Corte de Justicia, radica en limitar el principio de legalidad exclusivamente al derecho positivo interno sin incorporar el derecho internacional. El segundo error es soslayar que el régimen jurídico de punibilidad de los crímenes de lesa humanidad es especial y ha modificado los

principios del derecho penal clásico, entre ellos, precisamente el alcance del principio de legalidad penal. El tercer error es desconocer que ya existía previsibilidad de que si alguna persona incurría en las conductas involucradas, estaba cometiendo un delito gravísimo.

No parece lógico que existiendo normas obligatorias e inderogables de alcance *erga omnes*, que obligaban al enjuiciamiento y sanción de crímenes de lesa humanidad con la finalidad de proteger valores superiores de la humanidad, estas no se apliquen aduciendo que en su momento faltaba su positivización en el derecho interno. Dicho de otra manera: aplicar una concepción equivocada del principio de legalidad termina facilitando la impunidad a quien cometió los más aberrantes crímenes de nuestra historia contemporánea, a pesar de que en el momento de los hechos su conducta calificaba como crimen internacional, según lo que disponía el derecho internacional. La normativa internacional de los crímenes de lesa humanidad no puede quedar relegada a lo simbólico, sino aplicarse a las realidades concretas.

Al momento en que en la dictadura uruguaya se torturaba, desaparecía, se agredía sexualmente a las personas privadas de libertad y se daba muerte impunemente, existía la prohibición de esas conductas que eran penalmente sancionadas por el derecho internacional y también por el derecho interno. Por lo tanto, no es de recibo afirmar que se trate de conductas *permitidas* o *no sancionables*, ni tampoco que fuesen *inciertas* o que no se pudiera prever la respuesta del orden jurídico.

La respuesta correcta, a mi juicio, es que el principio de legalidad abarca no solamente al derecho interno, sino también al derecho internacional.

En el análisis del problema de la tipicidad, es de destacar que la formulación clásica del principio de legalidad penal (criminal y penal) *nullum crimen nulla poena sine lege*, en el derecho internacional se articula como *nullum crimen sine iure*, lo que permite una interpretación mucho más amplia de las exigencias derivadas del principio de legalidad, abarcando tanto el derecho nacional como el derecho internacional y, al incluir este último, queda comprendido también el derecho internacional consuetudinario.³

³ Comisión Colombiana de Juristas, “Retroactividad penal de crímenes internacionales”, Bogotá, 2012, pág. 16.

El principio de legalidad de las normas penales no se limita, por ende, al derecho nacional. Si el derecho internacional prescribe que determinada conducta constituye genocidio, crimen de guerra o crimen de lesa humanidad, no se podrá argumentar que se esté violando el principio de legalidad ya que dichos crímenes están previstos en el *iure*. Este es el escenario normativo en la época en que ocurrieron los hechos que se juzgan y, por lo tanto, aunque dichos crímenes internacionales no estuviesen por entonces, tipificados en nuestro derecho interno, sí lo estaban en el derecho internacional. “La existencia de una norma jurídica de carácter consuetudinario, convencional o mixta, es la fuente válida para establecer una regla o norma obligatoria de comportamiento prohibitivo: abstenerse de cometer genocidio, crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra, so pena de ser juzgado”.⁴

El alcance del principio de legalidad de la manera expresada encuentra su fundamento normativo en el propio derecho internacional.

El *Convenio de Ginebra Relativo al Trato Debido a los Prisioneros de Guerra* (Convenio III) del 12 de agosto de 1949, en su artículo 99 inciso 1 establece: “Ningún prisionero de guerra podrá ser juzgado o condenado por un acto que no esté expresamente prohibido en la legislación de la Potencia detenedora o en el *derecho internacional vigentes* cuando se haya cometido dicho acto”. Por su parte, el *Protocolo Adicional I de 1977 a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*, en su artículo 75 4.c dispone: “Nadie será acusado o condenado por actos u omisiones que no fueran delictivos según el derecho nacional o *internacional* que le fuera aplicable en el momento de cometerse (...)”.

La *Declaración Universal de Derechos Humanos*, en su artículo 11 (2) enuncia el principio de legalidad en el derecho nacional e *internacional*: “Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o *internacional* [...]”.

El *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, en su artículo 15 profundiza el alcance del principio: (1) Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o *internacional*. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la

⁴ Oscar LÓPEZ GOLDARACENA, *Derecho Internacional y Crímenes contra la Humanidad*, Nueva edición ampliada, Serpaj, Montevideo, 2006, pág. 79.

imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ella. (2) *Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios del derecho reconocidos por la comunidad internacional.*

Asimismo, de manera concordante con el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Artículo 11 (2) de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 9 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* establece: “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivas según el *derecho aplicable* [...]”.

El *Convenio Europeo de Derechos Humanos* (Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales), en su artículo 7 establece: “7.1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o *internacional*. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. 7.2. El presente artículo no impedirá el juicio o la condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, *constituía delito según los principios generales del derecho reconocido por las naciones civilizadas*”.

Se advierte que en todas las enunciaciones del principio de legalidad, expresamente se incluye al *derecho internacional*, tanto convencional como consuetudinario.

Respecto a la necesaria consideración del *derecho consuetudinario* como fuente de derecho para los crímenes internacionales, no deja dudas el trascripto numeral 2 del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵ cuando especialmente establece que las conductas delictivas pueden dimanar de los “principios de derecho reconocidos por la comunidad internacional”. Prevé el supuesto de crímenes internacionales que hasta el momento de la sanción de un tratado que los tipifique hubiesen estado previamente en el derecho consuetudinario. En este caso *no podrá invocarse la ausencia de tratado*. Se trata de una norma que posibilita la evolución en la formulación del derecho penal internacional (derecho consuetudinario a derecho convencional), sin generar márgenes temporales de impunidad cuando la prohibición de

⁵ En igual sentido el artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

la conducta criminal tiene rango de jus cogens previamente a su concretización en un texto convencional.

En consecuencia, para incriminar una conducta sin violentar el principio de legalidad ni el principio de irretroactividad de la ley penal, se requiere poder calificar los hechos en la base normativa nacional o internacional vigente al momento en que estos hechos acaecieron. Tanto si la norma es de derecho internacional o de derecho interno, la incriminación no será arbitraria porque la calificación jurídica siempre se realizará conforme a derecho existente. Nunca habrá colisión con los derechos del indagado o acusado porque las conductas por las cuales se les juzgará ya estaban prohibidas *por el derecho* y eran delitos al momento de ejecutarlas. El principio de legalidad en la materia es respetado porque existe un *derecho* que establece el carácter criminal de la conducta.⁶

Por consiguiente, para los supuestos que estamos analizando, si los delitos eran crímenes de lesa humanidad al momento en que se cometieron según normas de derecho internacional (convencionales o consuetudinarias), aunque su implementación en el derecho interno haya sido posterior, los principios de legalidad e irretroactividad no se violan. La calificación de delitos contra la humanidad no depende del derecho interno de los Estados, sino de los principios de jus cogens del derecho internacional. Los instrumentos internacionales al respecto solo *declaran* o reconocen la existencia de normas de derecho internacional general que ya existían. La fuente de los crímenes de lesa humanidad es el derecho internacional general o consuetudinario (fuente mixta, de origen consuetudinario y convencional).

En virtud de lo expuesto, es de importancia tener presente que cuando se releva la normativa de derecho internacional para analizar las normas que podrían ser aplicables al caso, debe considerarse el derecho internacional convencional —tratados— y, además, las normas y principios de derecho consuetudinario que pudieran tener mandato imperativo e inderogable. En caso contrario, el análisis será insuficiente. Sucede que en materia de gravísimas violaciones a los derechos humanos, la norma prohibitiva de conductas criminales se instala normalmente primero como norma de derecho consuetudinario con rango de jus cogens, para luego ser precisada en tratados internacionales, los cuales al respecto tienen, como expresamos, naturaleza declarativa.

⁶ Rodolfo MATTAROLLO, *La jurisprudencia argentina reciente y los crímenes de lesa humanidad*, en www.abogarte.com.ar/mattarollo2.htm

Esto adquiere suma importancia cuando estudiamos supuestos de hecho ocurridos en períodos previos a la formulación del crimen internacional en tratados internacionales y a su implementación en los derechos penales internos, en lo que podemos definir como un *período de transición* en el proceso de consolidación del régimen de persecución y juzgamiento de los crímenes de guerra, de lesa humanidad y genocidio, el que abordaremos más adelante.

3. El tipo *crimen de lesa humanidad* en sus orígenes y las violaciones a los derechos humanos ocurridas en el Uruguay

Si tenemos presente la evolución del régimen de los crímenes de lesa humanidad, desde sus orígenes, advertiremos que ni siquiera el Estatuto de Nuremberg violentó el principio de legalidad y de irretroactividad de la ley penal; por el contrario, sentó las bases de su necesaria adaptación para la especialidad de los crímenes de lesa humanidad. No se edificó un *nuevo principio*, sino que se reformuló la expresión del principio de legalidad por la especialidad de los crímenes y el fundamento ético de justicia necesaria para quienes los cometieran. Las conductas que al momento de realizarse ya eran prohibidas por el derecho consuetudinario fueron adquiriendo, paulatinamente, certeza y previsibilidad en la evolución del derecho consuetudinario y convencional. “No se innovaba ni creaba nada nuevo, puesto que codificaba una acción que la costumbre, basada en la justicia, reputaba como condenable”.⁷

Las torturas, desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales y violaciones sexuales perpetradas por las dictaduras de la región, inspiradas en la doctrina de la seguridad nacional, califican en la categoría de *crímenes de lesa humanidad* prevista en el derecho de entonces, con todas las connotaciones jurídicas que esto implica.

La *intervención del aparato estatal* perpetrando el crimen y su ejecución de forma *sistemática o generalizada* contra la *población civil* son elementos definidores para poder calificar la conducta como crimen de lesa humanidad.⁸ “*Es la tortura como acto de gobierno: tal el fundamento de este crimen contra la humanidad. Se identifica entre otros, a un instrumento de combate contra un pueblo y como acto de soberanía estatal. Lo mismo ocurre con las desapariciones y las ejecuciones extrajudiciales,*

⁷ Manuel A. VIERA, *El delito en el espacio. Derecho Penal Internacional y Derecho Internacional Penal*, FCU, Montevideo, 1969, pág. 292.

⁸ Oscar LÓPEZ GOLDARACENA, *Derecho Internacional...*, ob. cit. págs. 51 a 58.

*cuando su carácter metódico constituye una estrategia de eliminación de los opositores sin recurrir a un proceso o al destierro”.*⁹

Al constituir, por naturaleza, atentados crueles y deliberados contra la condición humana, categorizan sin dificultad en el artículo 6 (c) del Estatuto de Nuremberg: “[...] asesinatos, exterminio, sometimiento a esclavitud, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil antes de, o durante la guerra; o persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de, o en conexión con, cualquier crimen de la jurisdicción del Tribunal, constituyan o no una violación de la legislación interna del país donde hubieran sido perpetrados”.

Asimismo, la *Ley 10 del Consejo de Control Aliado*, del 20 de diciembre de 1945,¹⁰ que recoge dicha definición estableciendo el marco normativo para la persecución de los crímenes cometidos en las zonas de ocupación que no ingresaron en la competencia del Tribunal de Nuremberg, expresamente incluyó a la *tortura* y las *violaciones* e independiza el tipo de su conexión con los crímenes de guerra o contra la paz. Define al crimen de lesa humanidad como “... el asesinato, el exterminio, la esclavización, la deportación, el encarcelamiento, la *tortura*, las *violaciones* u otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, o las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, violen o no estos actos las leyes nacionales de los países donde se perpetraran” (art. II).

La *resolución 95 (I)*, de la *Asamblea General de la ONU*, del 11 de diciembre de 1946, confirmó los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y las sentencias de dicho Tribunal, expresando “su aprobación y apoyo de los conceptos generales y estructuras jurídicas del derecho penal que podían derivarse del Estatuto del Tribunal y que dicho Tribunal había establecido de forma explícita o implícita. En términos legislativos, esta aprobación y ese apoyo significaban que la comunidad mundial había puesto en marcha enérgicamente el proceso

⁹ Louis JOINET, “Análisis Metodológico de los Procesos de Amnistía”. En: *Coloquio sobre Uruguay y Paraguay*. SIIAU, Ediciones de la Banda Oriental, Temas de Siglo XX, Montevideo, 1985, pág. 207.

¹⁰ Bajo la autoridad de dicha ley se celebraron 12 juicios adicionales conocidos como “Subsecuentes Procedimientos de Nuremberg”, que fueron celebrados por tribunales militares estadounidenses entre 1946 y 1949. En ellos se enjuiciaron los crímenes cometidos en cada una de las cuatro zonas de la Alemania ocupada. Hubo 185 acusados, 30 sentencias condenatorias a muerte, 120 condenas a prisión, 1 condena *in absentia* y 35 absoluciones. Cada uno de los 12 procesos se concentraba en un grupo de autores, así fueron acusados representantes de la profesión médica, de la administración de justicia, de las fuerzas armadas, de la economía y de la industria, como también dirigentes del Estado y del Partido Nacional-socialista.

encaminado a convertir esos principios en principios generales de derecho consuetudinario con carácter vinculante para los Estados miembros de toda la comunidad internacional”.¹¹

El marco normativo del Estatuto de Nuremberg exigía que una conducta, para ser calificada como crimen de lesa humanidad, debiera ser cometida en “tiempo de guerra”, en *conexión* con crímenes contra la paz o con crímenes de guerra. Posteriormente, la noción evolucionó y *logró su autonomía de los conflictos armados*.¹² La no exigencia del carácter temporal (“antes o durante la guerra”), ni la conexión con ninguna otra figura delictiva internacional,¹³ concretiza al crimen de lesa humanidad como un tipo independiente con vigencia en tiempo de guerra o de paz. “Es trascendente para la hipótesis de asimilación de las prácticas represivas de la doctrina de la seguridad nacional al ‘crimen contra la humanidad’, que éste se haya independizado de otras figuras delictivas, logrando su autonomía jurídica. Las violaciones de derechos humanos que puedan importar el elemento material del ‘crimen contra la humanidad’, pueden cometerse en enfrentamientos armados, internacionales o internos, pero “igualmente pueden producirse en ausencia de todo conflicto, en particular bajo un régimen tiránico, o en menor medida bajo un gobierno autoritario”.¹⁴

La conceptualización como *desaparición forzada, tortura, u homicidio político* que cristaliza posteriormente no hizo otra cosa que reafirmar que la prohibición de dichas conductas en la categoría crimen de lesa humanidad ya se encontraba vigente en el derecho.

Como expresamos en su momento: “La práctica sistemática de torturas, desapariciones y homicidios políticos respaldada ideológicamente por la doctrina de la seguridad nacional y cometida por las dictaduras castrenses latinoamericanas, constituye

¹¹ Antonio CASSESE, *Afirmación de los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal e Nuremberg*, Naciones Unidas, 2009, en http://untreaty.un.org/cod/avl/pdf/ha/ga_95-I/ga_95-I_s.pdf H. DONNEDIEU DE VABRES, “Le proces de Nüremberg”. En: *Revue de Droit Penal et de Criminologie*, 1947, págs. 480 a 490. Eugene ARONEANU, *Le crime contre L’Humanité*, Dalloz, París, 1961, págs. 252 y 255.

¹² El “Proyecto de Código de Delitos contra la Paz y Seguridad de la Humanidad” que la Comisión de Derecho Internacional presentara a consideración de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en 1951 primero, y finalmente en 1954, confirma que el crimen contra la humanidad puede configurarse en cualquier tiempo.

¹³ Eugene ARONEANU, ob. cit., pág. 270.

¹⁴ Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comisión de Derechos Humanos; Subcomisión de Discriminaciones y Protección de las Minorías, 37º Per. de Ses., “La Administración de la Justicia y los derechos humanos de los detenidos. Cuestión de los derechos humanos de las personas sometidas a cualquier tipo de detención o prisión”. Informe de Louis Joinet, Relator Especial, 22/6/84, pág. 10.

un 'crimen contra la humanidad'. Dicha asimilación se produce por mandato de una norma supranacional de derecho internacional (jus cogens) de progresiva formación en la conciencia pública internacional y exteriorizada en convenciones, declaraciones y jurisprudencia internacional que evidencian la voluntad de reprimir conductas violatorias de valores inherentes a la Humanidad considerada en su conjunto, como sería el atropello a gran escala de la dignidad humana".¹⁵

4. Afianzamiento del crimen de lesa humanidad con expresa referencia a la desaparición forzada y tortura

Instrumentos internacionales y jurisprudencia comparada de diversos países, tribunales y organismos internacionales con competencia en derechos humanos afianzaron la noción de "crimen de lesa humanidad", su régimen jurídico, su aplicabilidad a la violación de los derechos humanos ocurrida en la región.

La *Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra la Desapariciones Forzadas*, en su artículo 1.1, prevé que "todo acto de desaparición forzada constituye un ultraje a la dignidad humana y es condenada como una negación de los objetivos de la Carta de las Naciones Unidas, como una violación grave manifiesta de los derechos humanos y de las libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos" y constituye, asimismo, "una violación de las normas del derecho internacional que garantizan a todo ser humano el derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica".

El *Preámbulo de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas*,¹⁶ expresa que: "[...] la desaparición forzada de personas constituye una afrenta a la conciencia del Hemisferio y una grave ofensa de naturaleza odiosa a la dignidad intrínseca de la persona humana, en contradicción con los principios y propósitos consagrados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos; [...] la desaparición forzada de personas viola múltiples derechos esenciales de la persona humana de carácter inderogable, tal como están consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de Derechos Humanos; [...] que la

¹⁵ Oscar LÓPEZ GOLDARACENA, *Derecho Internacional...*, ob. cit., págs. 57 y 58.

¹⁶ Adoptada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994, aprobada por Ley 16.724 del 1 de noviembre de 1995.

protección internacional de los derechos humanos es de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno y tiene como fundamento los atributos de la persona humana; REAFIRMANDO que la práctica sistemática de la desaparición forzada de personas constituye un *crimen de lesa humanidad* [...].”

La Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos y su Comisión de Derechos Humanos se pronunciaron reiteradamente sobre las desapariciones forzadas, adquiriendo especial relevancia la *Resolución N° 666* la que afirma de manera tajante: “La práctica de la desaparición forzada de personas en América es una afrenta a la conciencia del Hemisferio y constituye *un crimen de Lesa Humanidad*”.¹⁷

Se tendrá presente también que la Asamblea General de las Naciones Unidas incorporó al *Preámbulo de la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas* el recuerdo de que ya en “su resolución 33/173, de 20 de diciembre de 1978 [...] se declaró profundamente preocupada por los informes procedentes de diversas partes del mundo en relación con la desaparición forzada o involuntaria de personas [...] y pidió a los gobiernos que garantizaran que las autoridades u organizaciones encargadas de hacer cumplir la ley y encargadas de la seguridad tuvieran responsabilidad jurídica por los excesos que condujeran a desapariciones forzadas o involuntarias”.

La *Corte Interamericana de Derechos Humanos* reafirma la posición al señalar que la desaparición forzada es una violación múltiple y continuada de derechos humanos que constituye un delito contra la humanidad aun antes de haberse adoptado declaraciones y tratados empleando dicha denominación, no requiriéndose que los Estados hayan ratificado la Convención Interamericana sobre la materia para calificar al conjunto de violaciones como desaparición forzada.¹⁸

¹⁷ En sentido concordante: resolución 443 [IX-0/79] del 31 de octubre de 1979; resolución 510 [X-0/80] del 27 de noviembre de 1980; resolución. 618 [XII-0/82] del 20 de noviembre de 1982; resolución 666 [XIII-0/83] del 18 de noviembre de 1983 de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos.

¹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C, N° 4. Godínez Cruz vs. Honduras. Sentencia de 20 de enero de 1989, Serie C, N° 5. Blake vs. Guatemala. Sentencia de 24 de enero de 1998, Serie C, N° 36. Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador. Excepciones Preliminares. 23 de noviembre de 2004, Serie C, N° 118. En anexo de jurisprudencia, Oscar LÓPEZ GOLDARACENA, *Derecho Internacional...*, ob. cit., págs. 104 a 111.

La Asamblea General de Naciones Unidas, en su Resolución 61/177 del 20 de diciembre de 2006, adoptó la *Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas*, la cual consagra, entre otros, el derecho a no ser desaparecido: “Art.1. 1. Nadie será sometido a una desaparición forzada. 2. En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la desaparición forzada. Art. 2. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por “desaparición forzada” el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley.” El art. 5 de la Convención dispone expresamente: “*La práctica generalizada o sistemática de la desaparición forzada constituye un crimen de lesa humanidad tal como está definido en el derecho internacional aplicable y entraña las consecuencias previstas por el derecho internacional aplicable*”.

Asimismo, la calificación de la *tortura como crimen de lesa humanidad* es parte de similar evolución. El progreso del derecho internacional de los derechos humanos respecto de esta práctica, precisando la figura en diversos instrumentos internacionales y en tratados internacionales, demuestra la existencia de la norma prohibitiva de la tortura con rango de jus cogens, preexistiendo a la convencionalidad.

La prohibición de la tortura, contemplada en el Estatuto de Nuremberg dentro de la categoría “otros actos inhumanos” (art. 6 c) y expresamente incluida en la Ley Aliada N.º 10, fue reiterada luego en los diversos instrumentos y convenios internacionales sobre derechos civiles y políticos.

El art. 7 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, adoptado por la resolución 2.200 (XXI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 16 de diciembre de 1966 establece que: “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos”.

El art. 5 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (Pacto de San José de Costa Rica), dispone que toda persona tiene derecho a que se respete su

integridad física, psíquica y moral (5.1) y “*Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano*”.

Las *Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos* (1957), prohíben también las penas corporales, sanciones crueles y encierro en celda oscura, como medidas disciplinarias. El *Código de Conducta para los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley* (1979) y los *Principios de Ética Médica* (1982), prohíben, el primero, que ningún funcionario encargado de hacer cumplir la ley inflija actos de tortura, ni aun invocando órdenes superiores; el segundo, establece como delito y violación de la ética médica la participación activa o pasiva del personal de salud en actos de tortura u otros tratos crueles.

La *Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, resolución 3452 (1975) define a la tortura en su artículo 1.º como “todo acto por el cual un funcionario público, u otra persona a instigación suya,¹⁹ inflija intencionalmente a una persona penas o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidar a esa persona o a otras. Expresamente y a continuación, califica a la práctica de torturas como “una ofensa a la dignidad humana” y señala que quien la realice “será condenado como violación de los propósitos de la Carta de las Naciones Unidas y de los derechos humanos y libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos.”

Esta Declaración es un antecedente de las convenciones que años más tarde se celebraron en relación con la tortura tanto a nivel universal como regional.

La *Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes* adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984 (Res. 39/46) definió a la tortura en términos similares a los expresados en la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1975, reiterando su prohibición y el juzgamiento necesario de sus responsables.

¹⁹ Adquiere relevancia en la definición de tortura su vinculación con la participación de funcionarios del Estado, considerando que este supuesto de violación a los derechos humanos, con características propias, se manifiesta en la represión política llevada a cabo por parte de agentes estatales o por personas bajo su control.

La *Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura* del 9 de diciembre de 1985, reafirmó que “... *todo acto de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes constituyen una ofensa a la dignidad humana y una negación de los principios consagrados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos y en la Carta de las Naciones Unidas y son violatorios de los derechos humanos y libertades fundamentales proclamados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos*”.

Finalmente, el *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, suscripto por la República Oriental del Uruguay el 19 de diciembre de 2000 y aprobado por Ley 15.710 el 27 de junio de 2000, es *el punto más avanzado en el proceso de codificación* y por ende la expresión más acabada de la *fuerza convencional* en la materia.

El artículo 7 del Estatuto de Roma describe las conductas que, cuando se cometan “como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”, constituyen crímenes de lesa humanidad: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado como elemento de estos crímenes o con cualquier crimen de la competencia de la Corte Penal Internacional; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de apartheid; y k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física”.

Claramente queda de manifiesto que la evolución del derecho internacional de los derechos humanos fue paulatinamente concretizando los elementos materiales y el régimen de punibilidad de los crímenes de lesa humanidad. Cada uno de los actos que

hoy constituyen crímenes de lesa humanidad, *habían sido ya reconocidos como crímenes comprendidos en el derecho internacional por el derecho consuetudinario y por convenios previos y otros instrumentos internacionales*, ya sea en forma expresa o dentro de la categoría de otros actos inhumanos (especialmente, las prácticas sistemáticas y generalizadas de desapariciones forzadas, torturas y homicidios políticos cometidas en nuestros países por las dictaduras militares durante la década del setenta). Se trata de la confirmación, en el plano convencional, de normas con rango de jus cogens que ya eran obligatorias para los Estados.²⁰

6. La importancia del derecho consuetudinario. Convenciones internacionales no crearon delitos nuevos. Conductas criminales estaban previstas en el derecho

Cuando las convenciones internacionales sobre tortura y desaparición forzada tipifican estos crímenes internacionales, no están creando delitos nuevos que solamente aplicarán para aquellos Estados que se conviertan en parte de esos tratados, sino basándose en el reconocimiento de que las prácticas mencionadas ya están prohibidas bajo el derecho internacional.

En el proceso sobre el *pedido de extradición de Augusto Pinochet* por parte del Reino de España se destacó que la prohibición de la tortura tiene su fuente en el *derecho internacional consuetudinario*, vigente mucho antes de la sanción de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes del 10 de diciembre de 1984. Se señaló la jerarquía de jus cogens de esas normas consuetudinarias y que el uso sistemático de tortura en una gran escala y como un instrumento de política de estado se habían unido a la piratería, crímenes de guerra y crímenes contra la paz como un crimen de jurisdicción universal mucho antes de 1984. En el debate en la Cámara de los Lores se fundamentó: “La naturaleza de jus cogens del crimen internacional de tortura justifica que los Estados se apropien de jurisdicción universal sobre la tortura doquiera que se cometa. El derecho internacional dispone que los delitos bajo jus cogens pueden ser castigados por cualquier Estado porque los transgresores son ‘enemigos comunes de toda la humanidad y todas las naciones tienen un interés igual en

²⁰ Oscar LÓPEZ GOLDARACENA, *Cooperación con la Corte Penal Internacional. Genocidio. Crímenes de Guerra. Crímenes de Lesa Humanidad*, FCU, Montevideo, 2008, pág. 71.

su aprehensión y enjuiciamiento’: Demjanjuk v. Petrovsky (1985) 603 F. Supp. 1468; 776 F. 2d. 571”.²¹

En la misma línea cabe mencionar la jurisprudencia argentina: “[...] el derecho de gentes se encuentra sujeto a una evolución que condujo a un doble proceso de reconocimiento expreso y de determinación de diversos derechos inherentes a la dignidad humana que deben ser tutelados de acuerdo con el progreso de las relaciones entre los estados. Desde esta perspectiva se advierte que los crímenes del derecho de gentes se han modificado en número y en sus características a través de un paulatino proceso de precisión que se ha configurado por decisiones de tribunales nacionales, por tratados internacionales, por el derecho consuetudinario, por las opiniones de los juristas más relevantes y por el reconocimiento de un conjunto de normas imperativas para los gobernantes de todas las naciones; aspectos todos ellos que esta Corte no puede desconocer en el actual estado de desarrollo de la comunidad internacional. (...) 56. Que la calificación de los delitos contra la humanidad no depende de la voluntad de los Estados nacionales sino de los principios del *ius cogens* del Derecho Internacional (conf. arg. Fallos: 318:2148, considerando 4.º), lo que pone en evidencia que sea plenamente aplicable el sistema de fuentes del derecho propio de aquéllos. 57. Que, de acuerdo con lo expresado, las fuentes del derecho internacional imperativo consideran como aberrantes la ejecución de cierta clase de actos y sostienen que, por ello, esas actividades deben considerarse incluidas dentro del marco normativo que procura la persecución de aquellos que cometieron esos delitos. Es posible señalar que existía, a la fecha de comisión de los actos precisados un orden normativo –formado por tales convenciones y por la práctica consuetudinaria internacional– que consideraba inadmisibles la comisión de delitos de lesa humanidad ejecutados por funcionarios del Estado y que tales hechos debían ser castigados por un sistema represivo que no necesariamente se adecuara a los principios tradicionales de los estados nacionales para evitar la reiteración de tales aberrantes crímenes”.²²

²¹ Opinión de Lord BROWNE-WILKINSON, 24 de marzo de 1999, Cámara de los Lores, en la apelación de la Corte de la División Queen’s Bench. Judgment - Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others (appellants), Ex Parte Pinochet (respondent). Extracto de jurisprudencia cuyo texto completo en inglés puede ser relevado en <http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd990324/pino1.htm>

²² Fundamento de voto del Ministro Doctor Juan Carlos Maqueda en Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, del 14 de junio de 2005 (S. 1767. XXXVIII. Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. Causa N.º 17.768) Oscar LÓPEZ GOLDARACENA, *Derecho Internacional...* ob. cit., págs. 21 y 22).

Queda demostrado que no hace falta la existencia de un convenio internacional o tratado para concluir en la existencia de una norma de derecho de naturaleza de jus cogens para criminalizar una conducta como crimen internacional. Quizás el ejemplo más claro al respecto y que nos ayuda a comprender la importancia de todas las fuentes de derecho internacional (convencional y consuetudinario), para determinar si una conducta está calificada en el derecho como crimen internacional, es el referido al *genocidio*.

La Asamblea General de las Naciones Unidas, por su resolución 96 (I) de 11 de diciembre de 1946, declaró que el genocidio es un delito de derecho internacional que el mundo civilizado condena, contrario al espíritu y a los fines de las Naciones Unidas. Posteriormente, en 1948, se adoptó la Convención Para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio,²³ habiéndose planteado el cuestionamiento de si era o no obligatoria para aquellos Estados que no la habían suscripto. Al efecto, el debate quedó zanjado al reconocerse que la prohibición del genocidio es una norma de jus cogens, según lo reafirmó la Corte Internacional de Justicia en *Opinión Consultiva del 28 de Mayo de 1951 sobre Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* cuando señala: “los principios presentes en la Convención son principios que son reconocidos por las naciones civilizadas como obligatorios para los Estados *al margen de cualquier vínculo convencional*”.^{24 25}

En virtud de lo expuesto entiendo que no se viola el principio de legalidad porque las conductas criminales estaban previstas como punibles en el derecho vigente en la época en que ocurrieron los hechos. “Hemos de tener en cuenta que el principio ‘nullum crimen sine lege’, es, se trata de un principio de justicia superior. Expresa ante todo un principio de justicia y no puede haber mayor injusticia que llevar a cabo interpretaciones estrictas conducentes a la impunidad del sujeto. En definitiva hemos de decir aquí que desde una perspectiva internacional, existían en el momento de la producción de los hechos normas internacionales consuetudinarias de aplicabilidad

²³ Aprobado por Asamblea General de Naciones Unidas, resolución 260 A (III), de 9 de diciembre de 1948, suscripto por el 11 de diciembre de 1948 y aprobado por Ley 13.482 del 30 de junio de 1966.

²⁴ Ver: Corte Internacional de Justicia, Sentencia del 11 de julio de 1996, Asunto de la aplicación de la Convención para la Prevención y el Castigo del Crimen de Genocidio (Bosnia-Herzegovina c/ Yugoslavia)

²⁵ Roberto PUCEIRO RIPOLL, “Desarrollo actual del jus-cogens: El fantasma rompe su hechizo”. En: *Rev. Uru. Der. Int.* N° 3, Asociación Uruguaya de Derecho Internacional, Montevideo, 1974, págs. 55 y 56; Ernesto DE LA GUARDIA y Ernesto DELPECH, *El derecho de los tratados y la Convención de Viena de 1969*, La Ley, Buenos Aires, 1970, pág. 83.

general que prohibían claramente las conductas llevadas a cabo durante la dictadura militar argentina por militares, fuerzas de seguridad del Estado y civiles en la llamada lucha contra la subversión, aunque ciertamente la tipificación de dichas conductas basadas fundamentalmente en el Art. 6. c) del Estatuto de Nuremberg no tuvieran una absoluta precisión en los tipos y la tipificación de la contenida en el Convenio contra el Genocidio de 1958 no le fuera absolutamente aplicable. Sin embargo, ya existían suficientes elementos en el ámbito internacional para tener una idea cierta de que esas conductas eran constitutivas de un crimen contra la humanidad e iban no solo contra el derecho interno sino también contra el derecho internacional por lo que, al margen de las posibles consecuencias o responsabilidad internacional del Estado argentino, en virtud del principio de responsabilidad individual, también les era exigible a sus autores y partícipes responsabilidad penal internacional por ese tipo de conductas. Consideramos, por tanto, que aunque posteriormente se haya producido una tipificación de este tipo de conductas en el ámbito internacional mediante su cristalización en tratados internacionales, ello simplemente añade un plus de taxatividad y de certeza a la previsibilidad general de la conducta prohibida u ordenada, por lo que no existen sólidas razones para negar el respeto del principio de legalidad, al menos en su manifestación de garantía criminal, a no ser que se haga una interpretación falsa y desviada de dicho principio”.²⁶

En conclusión, ya en la década de los años setenta, esto es, en el momento de los hechos investigados, el orden jurídico internacional contenía normas de derecho internacional, de fuente mixta, convencional y consuetudinaria, que reputaban a la desaparición forzada de personas, a la tortura y al homicidio político como crímenes de lesa la humanidad.

Estas normas y principios, puestas de manifiesto en numerosos instrumentos internacionales regionales y universales, ostentaban para la época de los hechos el carácter de derecho universalmente válido, imperativo e inderogable, por encima de la soberanía del Estado (*ius cogens*). “El expreso reconocimiento por la jurisprudencia sobre la vigencia de principio de *ius cogens* y del derecho consuetudinario al momento en que ocurrieron las violaciones a los derechos humanos en nuestros países, allana la discusión sobre los problemas que pudieran suscitarse en relación a la retroactividad de

²⁶ Caso Scilingo. Por delito de genocidio, terrorismo y torturas. Sentencia Núm. 16/2005, Madrid, 19 de abril de 2005. Audiencia Nacional, Sala de lo Penal Sección Tercera, Sumario 19/1997, Rollo de Sala 139/1997, Juzgado C. Instrucción N° 5.

la norma penal y el principio de legalidad. No se trata de aplicar las normas sobre crímenes de lesa humanidad ni los nuevos tratados internacionales “hacia el pasado”, sino de entender que las convenciones internacionales no han hecho más que ratificar o reconocer normas de jus cogens que ya eran obligatorias para el Uruguay por encontrarse vigentes al momento en que sucedieron los hechos”.²⁷

7. Recepción de los crímenes de lesa humanidad en la Constitución de la República. Los artículos 239 y 72 de la Constitución

Por lo que se analizó precedentemente, el derecho vigente al momento en que ocurrieron los hechos, anclado en normas consuetudinarias y convencionales de derecho internacional con rango de jus-cogens, establecía que la práctica sistemática o generalizada de desaparición forzada de personas, torturas, homicidios políticos y violaciones sexuales cometidas por la dictadura eran crímenes de lesa humanidad.

El art. 239 de la Constitución dispone: “A la Suprema Corte de Justicia corresponde: 1º) Juzgar a todos los infractores de la Constitución, sin excepción alguna; sobre delitos contra Derecho de Gentes y causas de Almirantazgo; en las cuestiones relativas a tratados, pactos y convenciones con otros Estados; conocer en las causas de los diplomáticos acreditados en la República, en los casos previstos por el Derecho Internacional”.

Estando a lo edictado en la norma citada, Uruguay acepta que existen “delitos contra el Derecho de Gentes”. La expresión *delitos contra Derecho de Gentes* es la terminología antigua que significa, en la actualidad, “crímenes internacionales contra el derecho internacional general”. Debe entenderse “derecho de gentes” como sinónimo de derecho internacional público y como se ha escrito: “son delitos contra el derecho de gentes aquellos tipificados como tales en tratados internacionales o en reglas internacionales aunque no sean tratados (...). Entre tales delitos pueden citarse algunos muy repudiados como los de ‘lesa humanidad’, de ‘torturas generalizadas’, delitos de terrorismo, delitos de tráfico internacional de estupefacientes, etc”.²⁸

El contenido del mandato constitucional tiene relevancia para el caso, desde el momento que, en primer lugar, *reconoce la existencia de delitos establecidos por el derecho internacional* y, en segundo lugar, al atribuirle competencia para su

²⁷ Oscar LÓPEZ GOLDARACENA, *Derecho Internacional...*, ob. cit, págs. 12 y 13.

²⁸ Jose KORZENIAK, *Primer Curso de Derecho Público Constitucional*, FCU, segunda edición, 2002, pág. 572.

juzgamiento a la Suprema Corte de Justicia, está indicando que los mismos *pueden ser juzgados*.

Si jurídicamente existen “delitos contra el derecho de gentes”, es porque el derecho de gentes así lo dispuso; están establecidos en el derecho internacional. Por su parte, *en norma de rango constitucional nuestro derecho interno expresamente habilita competencia para que se proceda a su juzgamiento*.

¿Cuál debería ser el derecho a aplicar ante el supuesto de que nuestro país tuviera que proceder al juzgamiento de delitos contra el *Derecho de Gentes*? ¿El derecho interno o el derecho internacional? El tema no es menor porque podría suceder que el delito contra el derecho de gentes no se encontrara tipificado como tal en nuestra legislación positiva interna y alguien podría interponer, como ahora, una visión restringida del principio de legalidad y que, aunque lo habilitara la Constitución, tal delito no se juzgue.

No debe caber duda al intérprete de que el artículo 239 de la Constitución es una norma especial que refiere a delitos establecidos por derecho internacional y deberá partirse de la aplicación de dicho orden jurídico, que es el que estableció el delito. Sin perjuicio, la disposición no descarta que también se pudieran considerar normas de órdenes jurídicos internos. En efecto, apréciase que de la redacción del inc. 2 del numeral 1 del art. 239 se desprende que además de las normas de derecho internacional podrían aplicarse otro tipo de *leyes* debiendo indicarse la sentencia: “Para los asuntos enunciados y para todo otro en que se atribuye a la Suprema Corte jurisdicción originaria será la ley la que disponga sobre las instancias que haya de haber en los juicios, que de cualquier modo serán públicos y *tendrán su sentencia definitiva motivada con referencias expresas a la ley que se aplique*”.

La disposición constitucional es suficiente para dar ingreso de forma completa y autoejecutable a la normativa de derecho internacional sobre crímenes de lesa humanidad, no pudiendo quedar condicionada al dictado de otras normas de derecho interno: “[...] esa aplicación directa del Derecho Internacional surge de ese mismo olvidado ordinal 1º del artículo 239 de la Constitución de la República que está desde 1830, aunque se le hizo un agregado en 1934. Dice que entre los casos de competencia originaria de la Suprema Corte de Justicia está el conocer en las causas de los diplomáticos acreditados en la República y en los casos previstos en el Derecho Internacional. De esta manera nos está indicando que no es esta República la que decide

cuándo puede intervenir, sino que es el Derecho Internacional el que se aplica internamente”.²⁹

Asimismo, al estar contenida en la Constitución no admite su derogabilidad por acto legislativo. El Estado no puede desligarse de su obligación de juzgar los crímenes contra el derecho de gentes aduciendo la falta de una ley interna, ni dictando una ley interna contradictoria. En ambos casos, además de incurrir en responsabilidad internacional, violaría la propia Constitución de la República. Si argumenta la ausencia de una ley interna para evitar juzgar, estaría desconociendo el mandato suficiente y completo del artículo 239 de la Constitución; por su parte, en la hipótesis de adoptar una ley contradictoria que impida o restrinja el juzgamiento, dicha ley sería francamente inconstitucional por entrar en colisión con la disposición precitada. Una eventual norma inferior podrá precisar aspectos procedimentales pero nunca ir contra el especial mandato normativo constitucional.

El debate sobre el alcance del principio de legalidad, que debe necesariamente incluir lo que disponga el derecho internacional, parecería finalizar. ¿Qué sucede si el derecho interno no tiene tipificado el “delito contra el derecho de gentes” que se pretenda juzgar?

Es equivocado sostener que el principio de legalidad penal únicamente se restringe al derecho penal interno y que por tanto si los “delitos contra el derecho de gentes” no estuvieran previstos en nuestro derecho penal no se podría proceder a su juzgamiento. Si el alcance del principio de legalidad penal fuera tan restringido, excluyendo a las normas derecho internacional respecto de los delitos internacionales, el art. 239 no tendría razón de existir. Pero existe.

Por otra parte la aplicación de las normas de derecho internacional en referencia a las violaciones a los derechos humanos que el derecho internacional considera crímenes de lesa humanidad también está habilitada por lo dispuesto en el artículo 72 de la Constitución, que dispone: “La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno”.

²⁹ Alberto PÉREZ PÉREZ en su comparecencia a Comisión de Constitución y Legislación del Senado, 07/12/2010, Asunto 530/2010.

Los derechos fundamentales que dimanen del derecho internacional, proclamados en convenios internacionales suscritos por el Uruguay o establecidos en normas de jus cogens, se suman y completan los derechos enunciados en la Constitución. Para el caso, la fuente de derecho no es el orden jurídico interno, sino el derecho internacional de los derechos humanos.³⁰

La tutela judicial y el acceso a la justicia están previstos en los arts. 2 y 3 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966 y en el art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos humanos de 22 de noviembre de 1969, prevén el derecho a la tutela judicial efectiva.³¹ Por lo tanto, el derecho de acceso a la justicia para indagar y juzgar crímenes de lesa humanidad ingresa a especialmente a nuestro orden jurídico interno, con rango constitucional, por la vía del art. 72 de la Constitución.³²

Considerando que la Constitución de la República admite la existencia de crímenes internacionales y la posibilidad de su juzgamiento (art. 239) y que también otorga y reconoce rango constitucional a todos los derechos inherentes a la persona humana aunque no estuvieran enunciados expresamente (art. 72), las víctimas de delitos contra el “derecho de gentes” tienen derecho —con rango constitucional— a acceder a la justicia para que se determinen responsabilidades penales de quienes los hayan cometido. Nótese que en el precedente razonamiento lógico jurídico prescindo de

³⁰ José Manuel SÁNCHEZ PATRÓN, “La imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad en el Uruguay”, Universidad de Valencia (inédito).

³¹ Uruguay ratificó el Pacto internacional de Derechos civiles y políticos el 1 de abril de 1970 (Ley N° 13.751 de 11 de junio de 1969) y la Convención americana sobre Derechos humanos el 19 de abril de 1985 (Ley n° 15.737 de 8 de marzo de 1985).

³² La Suprema Corte de Justicia del Uruguay en Sentencia N° 365 del 19 de octubre de 2009 referida al caso de Nibia Sabalsagaray: “[...] 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)”. Ver en: La Ley Online UY/JUR/438/2009.

cualquier consideración de otras normas de derecho interno o internacional y sus premisas únicamente relacionan disposiciones constitucionales de aplicación directa.

Asimismo y considerando que los tratados y convenios internacionales referidos a los derechos humanos ingresan con rango constitucional por el precitado artículo 72, la formulación del alcance del principio de legalidad penal contenido en dichos tratados y convenios internacionales, integra y completa el alcance del mismo incluyendo al derecho internacional. Restringir el alcance del principio de legalidad penal al marco del derecho interno y negar el juzgamiento de los crímenes internacionales porque los mismos no encuentren tipificados como tales en ley interna, sería una decisión antijurídica por desconocer que *el alcance del principio de legalidad penal involucra necesariamente al derecho internacional convencional y consuetudinario y el derecho constitucional de la víctima y de la sociedad a exigir el juzgamiento de los crímenes internacionales.*

8. Los elementos materiales de los crímenes de lesa humanidad están también previstos como delitos en el derecho interno

Los núcleos punibles de los crímenes de lesa humanidad se materializan en acciones y omisiones que violan múltiples derechos humanos de las víctimas. La realidad histórica evidencia que en la casi totalidad de los casos se producen de manera concurrente: a la persona privada ilegítimamente de libertad se la tortura, se le agrede sexualmente, se le mata, se le desaparece. Son conductas aberrantes que estaban penalizadas como delitos en todos los órdenes jurídicos de las naciones civilizadas, desde larga data, aún antes de que la conciencia jurídica de la humanidad evolucionara para prohibirlas por normas imperativas de derecho internacional general, primero consuetudinarias y luego convencionales. Es así que los hechos objetivados como elemento material de los crímenes de lesa humanidad de desaparición forzada de personas, tortura, homicidio político y agresiones sexuales contra la persona privada de libertad categorizan también en tipos delictivos de derecho penal interno.

Si restringiéramos la tarea de calificación jurídica de los supuestos fácticos a lo previsto en nuestro Código Penal al momento en que los hechos ocurrieron (1973 a 1985), concluimos que hay delitos en número masivo.³³

³³ Eugenio ZAFFARONI, *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, tomo I, Buenos Aires, 1980, págs. 250 a 253.

Por ejemplo, el *iter criminis* de la desaparición forzada de personas comenzaba usualmente con la irrupción de agentes al servicio estatal, sin orden judicial, en un domicilio particular, normalmente a la noche, portando armas, amenazando, requisando, golpeando, encapuchando y deteniendo a uno o varios de sus moradores, incluso a menores de edad.

La persona privada de libertad era sustraída de la acción de la justicia y trasladada a cuarteles militares, dependencias policiales o similares, que operaban como centros de tortura y reclusión clandestina. Se le torturaba y, en muchos casos, era víctima de agresiones sexuales. Luego, se le daba muerte y su cadáver era enterrado clandestinamente con cal viva y mutilado para evitar su fácil identificación.³⁴ A los recién nacidos o bebés que fueron apropiados se les falseó y sustituyó la identidad.

Este repudiable accionar cometido por el aparato de represión estatal, fraccionando teóricamente la conducta, categoriza en varios delitos previstos en el Código Penal: violación de domicilio con agravantes (arts. 294 y 295), pesquisa (art. 287), privación de libertad con agravantes (arts. 281 y 282), sustracción o retención de una persona menor de edad del poder de sus padres (art. 283), atentado a la libertad personal cometido por el funcionario público (art. 285), abuso de autoridad contra los detenidos (art. 286), violencia privada con agravantes especiales (arts. 288 y 289), homicidio con agravantes muy especiales (art. 310 a 312) y vilipendio de cadáveres o de sus cenizas (art. 307).

La apropiación y sustitución de identidad de menores supone cometer delitos de supresión de estado (art. 258), de suposición de estado (art. 259) y de falsificación documentaria previstos en el (capítulo II, título VIII, arts. 236 y siguientes).

Los actos de tortura están contemplados en varias figuras previstas del Código Penal: violencia privada con agravantes especiales (arts. 288 y 289), atentado a la libertad personal cometido por el funcionario público (art. 285) y abuso de autoridad contra los detenidos (art. 286), sin perjuicio de lesiones personales con agravantes especiales (arts. 216 y 220 bis). La violación y el atentado violento al pudor están tipificados como delitos (arts. 272 y 273). La asociación para delinquir sería de

³⁴ Los restos de Ubagesner Chávez Sosa comprueban que fueron cortadas las falanges de dedos de manos y pies y que fue enterrado con cal viva, según consta en expediente judicial tramitado ante el Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 7.º Turno, IUE 88-217/2008.

aplicación (art. 150) debiendo tenerse presente que es un crimen internacional la “asociación para cometer genocidio”.³⁵

No hay apartamiento del principio de legalidad, aunque la visión se limite exclusivamente al derecho interno, porque las conductas prohibidas ya estaban previstas como delitos en el derecho interno uruguayo.

El torturador, el desaparecedor, el violador o el homicida que cometió estos crímenes desde el aparato represivo del Estado sabía que estaba incurriendo en delitos contenidos en nuestro Código Penal. Además, tampoco podía ignorar que sus actos eran crímenes de lesa humanidad, ni que los ejecutó en el marco de un plan estatal de represión generalizado y sistemático contra civiles, ni obviar que los criminales de la segunda guerra mundial fueron juzgados por el Tribunal de Nuremberg o con posterioridad, cuando los capturaron.

Es a toda luz evidente que en absoluto se violentan los principios de legalidad e irretroactividad de la ley penal más gravosa. Durante la dictadura cívico-militar (1973 - 1985) existían: a) normas de derecho internacional penal de fuente mixta, consuetudinaria y convencional, que establecían como crímenes de lesa humanidad la desaparición forzada, la tortura, las agresiones sexuales a personas privadas de libertad y el homicidio político perpetrado desde el Estado; b) normas de derecho penal que tipificaban como delitos las conductas que constituyen los hechos de desaparición forzada de personas, tortura, agresión sexual a la persona privada de libertad y homicidio político.

8. Concurso ideal transicional y régimen de imputación penal

Estamos en presencia de un mismo hecho que viola dos o más leyes penales y por lo tanto se constata un concurso de delitos. En efecto, el supuesto fáctico categoriza como crimen de lesa humanidad (orden jurídico internacional, derecho internacional) pero también en tipos penales previstos en el Código Penal (orden jurídico interno, derecho interno). El mismo supuesto fáctico, desde la óptica exclusiva del derecho interno, muestra un concurso de delitos, ideal o real, según las particularidades de cada caso.

Este tipo de concurso de delitos (fuente de derecho internacional y fuente de derecho interno) se verifica en la época previa a la plena y completa positivización del

³⁵ Arts. 2 y 3 inc. b de la Convención para Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.

crimen de lesa humanidad en el derecho interno, lo que en el Uruguay ocurrió con la Ley 18.026 del 25 de setiembre de 2006. Es un concurso especial, que llamaré a los efectos de su estudio *concurso ideal transicional*. Corresponde a un período histórico de transición del sistema de persecución y juzgamiento de crímenes de lesa humanidad, de guerra y genocidio, durante el cual el crimen internacional con sus características particulares no se encontraba incorporado como figura especial en los derechos internos, si bien los hechos constituían delito en el derecho interno. Este período se extiende desde la adopción del Estatuto de Nuremberg (1946) hasta la plena implementación de los tipos y atributos de los crímenes de lesa humanidad, guerra y genocidio, como figuras autónomas en el derecho penal interno de cada Estado, lo que será relativo a cada país. El sistema de punibilidad se encontraba en transición hacia su solidificación sobre dos nuevos pilares: el reconocimiento de la Corte Penal Internacional establecida por el Estatuto de Roma, con competencia universal y la plena tipificación de los crímenes en los derechos internos.

Considerando el alcance del principio de legalidad incluyente del derecho interno e internacional, el encuadre jurídico penal de un crimen de lesa humanidad cometido durante el período de transición teorizado lo será en base a las normas del derecho internacional que lo establecen, al no estar idéntica categoría en el derecho interno. Sin embargo, la labor lógica jurídica de categorización en los tipos penales existentes al momento de la conducta transgresora debe necesariamente considerar que el mismo hecho también califica en otros tipos penales de derecho interno, los que contemplan los mismos elementos materiales. Se verifica entonces un concurso especial de delitos originados en órdenes jurídicos diferentes (derecho internacional uno, derecho interno otro), en el que uno de delitos aún no está tipificado en forma autónoma en el derecho penal interno. Tal el elemento especial del *concurso ideal transicional*.

Comprender esta construcción confirma que el principio de legalidad para proceder a su juzgamiento es íntegramente respetado aun en una visión restringida al derecho interno, porque nadie puede discutir que la conducta ya estaba prevista como delito en el Código Penal.

Permite también incorporar elementos de uno u otro orden jurídico para resolver el proceso de imputación penal. Tengamos presente lo claramente establecido en el art. 239 de la Constitución numeral 1 inc. 2 para el supuesto de juzgamiento de delitos

contra el derecho de gentes: “[...] tendrán su sentencia definitiva motivada con referencias expresas a la ley que se aplique”.

A nivel de cierta jurisprudencia regional se constata que la imputación se realiza en base a los delitos comunes (derecho interno) pero aplicando las consecuencias propias del crimen de lesa humanidad (derecho internacional). Ambos tipos se complementan sin dar lugar a un crimen combinado o a una figura mixta.

La premisa fundamental de este régimen de imputación considera que los delitos vigentes en el derecho interno y en cuyas descripciones pudieran subsumirse los elementos materiales de la desaparición forzada, la tortura y el homicidio político, ya habían adquirido el “atributo adicional” de “lesa humanidad” en virtud de las normas de derecho internacional obligatorias para el Estado y en consecuencia, se aplican los atributos del crimen de lesa humanidad, especialmente la imprescriptibilidad.

En Chile, en el *caso Molco*, se juzgó por homicidio calificando los delitos como crímenes de lesa humanidad: “Que la calificación del delito de homicidio cometido en la persona de las dos víctimas asesinadas a fines de 1973 por funcionarios del Estado de Chile, materia de autos, como un ‘crimen contra la humanidad’, no se opone al principio de legalidad penal, porque las conductas imputadas ya eran delitos en el derecho nacional “homicidio” y en el derecho internacional, como crimen contra la humanidad, acorde al contexto precedentemente desarrollado.”³⁶

En el *caso Simón* la jurisprudencia argentina ha entendido: “[...] En conclusión, ya en el momento de los hechos investigados, el orden jurídico interno contenía normas internacionales que reputaban a la desaparición forzada de personas como crimen contra la humanidad. Ello significa que *aquellos tipos penales, en cuyas descripciones pudiera subsumirse la privación de la libertad que acompaña a toda desaparición forzada de personas, adquirieron, en esa medida, un atributo adicional —la condición de lesa humanidad, con las consecuencias que ello implica— en virtud de una normativa internacional que las complementó.* En este contexto la ratificación en años recientes de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas por parte de

³⁶ Sentencia de la Corte Suprema, Sala Penal, Caso Molco, rol N° 559-2004, de 13 de diciembre de 2006 en *Estudios Constitucionales*, Año 5, N.º1, Universidad de Talca, Editorial Librotecnia, Santiago, Chile, 2007, numeral 25, págs. 533 a 549.

nuestro país sólo ha significado una manifestación más del proceso de codificación del preexistente derecho internacional no contractual”.³⁷

Por su parte, otra tendencia jurisprudencial realiza la imputación penal recurriendo directamente al derecho internacional y a las normas internas posteriores que lo implementaron.

En el caso *César Pérez García*, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Colombia dispuso el encausamiento de la mencionada persona como responsable de la “Masacre de Segovia” en la cual se asesinó a más de 50 personas miembros y simpatizantes de un partido político de oposición. La calificación jurídica de la Corte Suprema de Colombia fue por crimen de *genocidio* y *de lesa humanidad* aunque este tipo aún no se encontraba incorporado como figura autónoma en el derecho penal interno al tiempo de la comisión de los delitos pero consideró obligatorio su juzgamiento e imputación en virtud del derecho internacional. Señala la sentencia: “Queda así claramente establecido que la categorización como Genocidio en el marco de los crímenes de Lesa Humanidad de aquellas conductas graves atentatorias de los Derechos Humanos resulta perfectamente aplicable sin violentar el principio de legalidad, siempre y cuando se cumplan los parámetros de legalidad universal y por estar descritas como tales en el marco de las disposiciones adoptadas por la Comunidad Internacional y que hacen parte de los compromisos adquiridos por el Estado Colombiano. (...) [Los hechos...] se desarrollaron en un contexto de persecución sistemática y generalizada contra los integrantes del movimiento político Unión Patriótica, por razón de la pertenencia a ese grupo político, es decir, en el marco de un Crimen de Lesa Humanidad”.³⁸

En igual sentido, la sentencia del 16 de febrero de 2011, emitida por la Sala de Apelación del *Tribunal Especial para el Líbano* respecto al *crimen de terrorismo*, es conteste en afirmar que la conducta punible ya era considerada como criminal en el derecho internacional, aunque se hubiera incorporado con posterioridad al derecho interno del Líbano y que por tanto no se violenta el principio de legalidad. “According to the principle of legality, everybody must know in advance whether specific conduct

³⁷ Fundamento de voto del Ministro Doctor Juan Carlos Maqueda en Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, del 14 de junio de 2005 (S. 1767. XXXVIII. Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. Causa N.º 17.768).

³⁸ Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal, Acta N.º 87, Bogotá, 14 de marzo de 2011, en <http://www.derechos.org/nizkor/colombia/doc/segovia5.html>

is consonant with, or a violation of, penal law. In addition to Article 8 of the Lebanese Constitution, the preamble of the Constitution incorporates the principle of legality as set out in the ICCPR, according to Article 15 of which no breach of the *nullum crimen* principle exists when the act was criminal “under national or *international* law, at the time when it was committed. This provision does not necessarily entail, however, that the authorities of a State party to the ICCPR may try and convict a person for a crime that is provided for in international law but not yet codified in the domestic legal order: in criminal matters, international law cannot substitute itself for national legislation; in other words, international criminalisation alone is not sufficient for domestic legal orders to punish that conduct. Nevertheless, Article 15 of the ICCPR allows at the very least that fresh national legislation (or, where admissible, a binding case) defining a crime that was already contemplated in international law may be applied to offences committed *before* its enactment without breaching the *nullum crimen* principle. This implies that individuals are *expected and required to know* that a certain conduct is criminalised in international law: at least from the time that the same conduct is criminalised also in a national legal order, a person may thus be punished by domestic courts even for conduct predating the adoption of national legislation”.³⁹

9. Imputación penal por crimen de lesa humanidad no vulnera principio de legalidad

Considerando el peculiar supuesto de concurso ideal transicional y que respecto de delitos “contra el Derecho el Gentes” la Constitución señala que “[...] tendrán su sentencia definitiva motivada con referencias expresas a la ley que se aplique”⁴⁰, *lo dispuesto en la legislación interna tiene aptitud para ingresar en el proceso de imputación penal, junto con las normas de derecho internacional que establecen el delito.*

Lo expuesto daría sustento a juzgar, como lo hizo Argentina y Chile, en base a los delitos comunes (derecho interno) pero aplicando las consecuencias propias del crimen de lesa humanidad (derecho internacional) como sería el caso de la imprescriptibilidad.

³⁹ Tribunal Especial para el Líbano, establecido por Resolución 1757 /2007 del Consejo de Seguridad de la ONU, caso STL-II-01/I, sentencia del 16 de febrero de 201, “Interlocutory Decision on the Applicable Law Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative charging”, en <http://www.stl-tsl.org/en/the-cases/stl-11-01/rule-176bis>

⁴⁰ Art. 239 numeral 1 inciso 2.

Sin embargo, estimamos preferible realizar la imputación penal por *crimen de lesa humanidad* (derecho internacional), lo que permite la alternativa de aplicar las penas de los delitos comunes en concurso (derecho interno), o de integrar las normas posteriores (derecho interno y derecho internacional) para precisar la figura, siguiendo la jurisprudencia relevada de Perú y del Tribunal Especial del Líbano.

En mi criterio, el régimen de imputación penal debe realizarse recurriendo a la norma de derecho internacional que estableció la figura como crimen de lesa humanidad.

Los crímenes de lesa humanidad conservan su especial naturaleza de crímenes internacionales. Como el Estado está obligado a juzgar los crímenes de lesa humanidad por la naturaleza jurídica de la norma que los mandata y en consecuencia estos delitos son de juzgamiento necesario y obligatorio, la norma incontrovertible sobre la cual deberá formularse la imputación jurídica penal será la norma de derecho internacional vigente a la fecha de la comisión de los delitos.

Por tanto la tipificación del crimen debe ser tal cual lo establezca el derecho internacional aplicable y, si en función de esta operación de calificación jurídica, los hechos ingresan en la categoría de crimen de lesa humanidad, el supuesto será crimen de lesa de humanidad con todas sus cualidades inherentes: imprescriptibilidad, imposibilidad de asilo, restricción de eximentes, etc. *El crimen es calificado tal cual lo dispone el derecho aplicable.*

Si se trata de una ejecución sumaria es *crimen de lesa humanidad de asesinato*, pero el mismo hecho —estando al Código Penal de la época—, es también *homicidio* (concurso de delitos). Por su parte, la norma de derecho interno prevé la pena. *Ambas normas se pueden integrar sin violentar el principio de legalidad, porque las dos estaban vigentes al momento de los hechos.* Posibilita juzgar por *crimen de lesa humanidad de asesinato* (derecho internacional) en concurso ideal con *homicidio* (derecho interno) y aplicar la pena prevista para el delito de homicidio con sus agravantes. Lo mismo sucede para las agresiones sexuales y para la tortura, aunque en este último caso, el concurso lo sería con varias figuras penales que prevén el abuso contra la persona privada de libertad en reiteración con otros delitos. El crimen de lesa humanidad de desaparición forzada es el que menos inconvenientes presenta, porque al ser un *delito permanente* que se está cometiendo hoy, aplica la categoría prevista en el art. 21 de la Ley 18.026.

Las normas posteriores de derecho interno que precisaron la figura o la tipificaron en nuestro derecho positivo —Ley 18.026 del 25 de setiembre de 2006— (así como las que desarrollaron el tipo en el derecho internacional) deben ser consideradas como *referentes para la interpretación de la norma de derecho internacional de imputación penal*, desde el momento que estas normas posteriores precisaron características del tipo o elementos de sus crímenes. Como en ningún caso la norma posterior modifica elementos materiales del tipo preexistente, sino que los precisa respecto de una conducta que ya estaba establecida como criminal, en absoluto se violenta el principio de legalidad. No se trata de expandir los alcances del delito tomando en cuenta las normas posteriores, ni de reinterpretar *ex post facto* elementos del delito en perjuicio del indagado, sino de interpretar adecuadamente una figura criminal que ya estaba establecida en el derecho al momento en que ocurrieron los hechos.

El ingreso a la operación lógico jurídica de imputación penal de la norma posterior no transgrede el principio de legalidad porque la conducta ya estaba tipificada anteriormente y era criminal. En el caso, el crimen de lesa humanidad ya estaba establecido en el derecho como punible.

10. Conclusiones al análisis sobre el principio de legalidad y los crímenes de lesa humanidad cometidos por dictadura. Constitucionalidad del art. 3 de la Ley 18.831

1. Las desapariciones forzadas de personas, torturas, homicidios y agresiones sexuales contra personas privadas de libertad, cometidas contra la población civil durante la dictadura cívico-militar (1973-1985), por agentes del Estado o bajo su aquiescencia, califican como crímenes de lesa humanidad según lo que disponen las normas de derecho internacional (consuetudinario y convencional) vigentes y obligatorias por el Uruguay en la época en que estos delitos se perpetraron, a partir de lo establecido en el artículo 6 (c) del Estatuto de Nuremberg y su desarrollo posterior.

2. La Constitución de la República contiene normas por las cuales se habilita a juzgar los delitos contra el derecho internacional (“delitos contra el Derecho de Gentes”) y las víctimas de los mismo tienen derecho a acceder a la justicia (arts 72 y 239 nral. 1 inc. 1 de la Constitución).

3. El respeto del principio de legalidad penal y de irretroactividad de la ley penal, implica que al momento de verificarse los hechos deba existir una norma jurídica que

establezca la conducta como criminal. La norma jurídica puede ser de derecho interno o de derecho internacional. Este alcance fue establecido por las normas de derecho internacional que integran nuestro orden jurídico conforme al art. 72 de la Constitución y reconocido por el art. 230 de la Carta.

4. Especialmente, el art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 16 de diciembre de 1966, aprobado por Ley 13.751 del 11 de junio de 1969, dispone en relación con el principio de legalidad que la conducta debe ser delictiva por el “derecho nacional o internacional” y que dentro del derecho internacional pudiera estar prevista en normas convencionales o consuetudinarias. Aun en ausencia de tratado, no se viola el principio de legalidad si la conducta delictiva estaba establecida por “principios de derecho reconocidos por la comunidad internacional”.

5. La incorporación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos mencionado a nuestro derecho interno (Ley 13.751 del 11 de junio de 1969), interpretado armónicamente con lo dispuesto en los artículos 7, 12, 18, 72 y 239 de la Constitución y los arts. 15 inc. 2 y 85 del Código Penal, confirma que el alcance del principio de legalidad penal no se restringe exclusivamente al derecho interno y que tiene absoluta concordancia constitucional.

6. Las desapariciones forzadas de personas, torturas, homicidios y agresiones sexuales contra personas privadas de libertad ocurridas, además de ser crímenes de lesa humanidad también son conductas establecidas como delitos en el Código Penal.

7. Tratándose de hechos que eran considerados delitos tanto por el derecho penal interno como por el derecho internacional, no se viola en la especie el principio de legalidad e irretroactividad de la ley penal.

8. El art. 3 de la Ley 18.831 no es una norma constitutiva de derechos sino *declarativa*, porque hace referencia al reconocimiento de una situación jurídica preexistente. En efecto, al declarar que los delitos incluidos en la Ley 15.848 (ley de caducidad) “son crímenes de lesa humanidad de conformidad con los tratados internacionales de los que la República es parte”, *no hizo otra cosa que reconocer una categorización jurídica que el derecho internacional ya había establecido*. Por otra parte dichas normas y tratados internacionales son concordantes con lo dispuesto por el

art. 72 de la Constitución. Por consiguiente, el art. 3 de la Ley 18.831 es constitucional, al no violar el principio de legalidad penal y el de irretroactividad.

9. La declaración de inconstitucionalidad del art. 3 de la Ley 18.831 en nada afecta a los procesos judiciales para los cuales fue declarada, que pueden continuar sobre la base de imputación de crímenes de lesa humanidad, que ya estaban establecidos al momento en que los hechos ocurrieron y que son definidos por el derecho internacional.

10. Considerando que los crímenes de lesa humanidad ocurrieron en un período de transición entre el Estatuto de Nuremberg y la posterior consolidación de su régimen de punibilidad en la ley interna (Ley 18.026 del 25 de setiembre de 2006) y en el derecho internacional convencional, y que sus elementos materiales encuadran en tipos delictivos que estaban previstos en el Código Penal de la época, se puede sostener que existe un concurso de delitos que he llamado para este estudio *concurso ideal transicional*.

11. Por tanto, lo dispuesto en la legislación interna tiene aptitud para ingresar en el proceso de imputación penal junto con las normas de derecho internacional que establecen el crimen de lesa humanidad, sin violentar el principio de legalidad penal, posibilitando juzgar, en base al derecho internacional integrado con las normas nacionales que precisaron la figura o en base al derecho interno pero aplicando las consecuencias propias del crimen de lesa humanidad. La sentencia hará referencias fundadas a la ley que aplique (art. 239 de la Constitución).

II. Régimen de imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad

1. Naturaleza declarativa de la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad. Su aplicación a las violaciones de derechos humanos de la dictadura no violan el principio de ilegalidad, ni el de irretroactividad de la ley penal

Las torturas, desapariciones forzadas de personas, homicidios políticos y agresiones sexuales contra las personas privadas de libertad cometidas durante la pasada dictadura cívico-militar califican como crimen de lesa humanidad y serán entonces imprescriptibles, ya que la imprescriptibilidad es una cualidad substancial inherente al régimen de punibilidad de la categoría delictiva en cuestión.

Para supuestos de hecho de la época (previa a la sanción de la Ley 18.026 de 25 de setiembre de 2006), es de aplicación la *Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad*, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2391 (XXIII), de 26 de noviembre de 1968, con entrada en vigor el 11 de noviembre de 1970 y aprobada por Uruguay mediante ley 17.347 del 5 de junio de 2001. El artículo I dispone que los crímenes de lesa humanidad (entre otros) son imprescriptibles “cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido”.

La norma sobre imprescriptibilidad contenida en la Convención tiene naturaleza jurídica *declarativa* y consecuentemente no crea un derecho, sino que declara un principio preexistente que ya se encontraba vigente.

En efecto, su Preámbulo advierte sobre la preocupación de la opinión pública mundial por la aplicación de las normas de prescripción de derecho interno a los crímenes de lesa humanidad, cuando “en ninguna de las declaraciones solemnes, instrumentos o convenciones para el enjuiciamiento y castigo de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad se ha previsto limitación en el tiempo”. Agrega luego que: “Considerando que los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad figuran entre los delitos de derecho internacional más graves...”, reconoce que “es necesario y oportuno afirmar en derecho internacional, por medio de la presente Convención, el principio de la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad y asegurar su aplicación universal”.

La Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, por lo que claramente se desprende de lo previamente analizado, solo *afirma* la imprescriptibilidad. Reconoce que se trata de una norma de *existencia previa* a la Convención, en función de lo dispuesto por el derecho internacional público de origen consuetudinario, que desde la segunda guerra mundial se venía exteriorizando en múltiples expresiones de la comunidad internacional,⁴¹

⁴¹Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 170 (II) de 31 de octubre de 1947, sobre la extradición y el castigo de los criminales de guerra; la resolución 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, que confirma los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg y por el fallo de este Tribunal, y las resoluciones 2184 (XXI) de 12 de diciembre de 1966 y 2202 (XXI) de 16 de diciembre de 1966, resoluciones del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas 1074 D (XXXIX) de 28 de julio de 1965 y 1158 (XLI) de 5 de agosto de 1966, relativas al castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad.

confirmando su consolidación como norma imperativa e inderogable de jus cogens.⁴² La Convención reitera el contenido de una norma consuetudinaria recogiendo la esencia básica de normas aceptadas ya desde 1907, como leyes y costumbres de la guerra terrestre.⁴³

Oportunamente he comentado al respecto: “[...] la Convención no fue celebrada para crear la imprescriptibilidad de delitos que por su naturaleza no eran susceptibles de prescribir, sino para proveer un sistema internacional bajo el cual el delincuente no puede encontrar un refugio ni en el espacio ni en el tiempo... se reconoce que es oportuno ‘afirmar’ el principio de la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad y asegurar su aplicación internacional. De los trabajos preparatorios de la Convención surge que se empleó el verbo ‘afirmar’ en lugar de ‘enunciar’ a fin de poner de manifiesto la posición según la cual el principio de imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y lesa humanidad ya existía en el derecho consuetudinario internacional por lo que la Convención no podía enunciarlo sino afirmarlo”.^{44 45}

El principio de imprescriptibilidad reconocido por el derecho internacional convencional en 1968 fue posteriormente expandiéndose en múltiples instrumentos universales y regionales, generales y especiales, dando absoluta certeza al régimen de persecución y castigo de los crímenes de lesa humanidad para hechos que se fueran a cometer en el futuro pero al mismo tiempo evidenciando su carácter de jus cogens desde la segunda guerra mundial: los Principios de Cooperación Internacional en la Identificación, Detención, Extradición y Castigo de los Culpables de Crímenes de Guerra o de Crímenes de Lesa Humanidad, aprobada por Resolución 3074 (XXVIII) de la Asamblea General de la ONU, del 3 de diciembre de 1973; la Recomendación 459 (1969) de 30 de enero de 1969, párr. 8 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa; la Convención Europea de Imprescriptibilidad de Crímenes contra la

⁴² “La costumbre como fuente de derecho tiene una especial significación pues es el derecho internacional aceptado por todos los Estados y por ende obliga a todos ellos”, Felipe MICHELINI y Analía BANFI, *Introducción al Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, FCY, 2012, Montevideo, pág. 83.

⁴³ Raúl Emilio VINUESA, “La formación de la costumbre en el Derecho Internacional Humanitario”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, del 30 de julio de 1998.

⁴⁴ Oscar LÓPEZ GOLDARACENA, *Derecho Internacional...ob. cit.*, págs. 13, 36, 37, 78, 114, 118, 121 y 145 a 147.

⁴⁵ Sobre trabajos preparatorios de la Convención: Informes de la Comisión de Derecho Internacional y en la Resolución 3 (XXII), aprobada por el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas por Resolución 1.158 (XLI), de 5 de agosto de 1966 y Resolución (XXIII) de la Asamblea General, de 18 de diciembre de 1967.

Humanidad y Crímenes de Guerra, firmada el 25 de enero de 1974 en el Consejo de Europa; la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, aprobada el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA;⁴⁶ el Proyecto de Código de Delitos contra la Paz y Seguridad de la Humanidad de 1996; el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional⁴⁷ y los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, Resolución 60/1247 de la Asamblea General de Naciones Unidas del 21 de marzo de 2006, Principio IV.

Se constata que el derecho internacional fue desarrollando paulatinamente el concepto de que “los delitos contra la humanidad como torturas brutales, asesinatos políticos, toma de rehenes o desapariciones forzadas, merecen y requieren un tratamiento especial y una acción concertada de las Naciones Unidas, tendientes a declararlos imprescriptibles”.⁴⁸

Queda fuera de toda duda que desde la segunda guerra mundial se reconoce el principio de imprescriptibilidad como una cualidad esencial del régimen de persecución y castigo de los crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y genocidio, establecido por una norma de derecho internacional con rango de *jus cogens*, imperativa e inderogable. Consecuentemente y considerando que las desapariciones forzadas de personas, la torturas, los homicidios políticos y las agresiones sexuales a la personas privada de libertad cometidas durante la pasada dictadura cívico militar categorizan como crímenes de lesa humanidad, son imprescriptibles tales delitos y sus penas.

No será de recibo, entonces, el argumento de que la imprescriptibilidad fue dispuesta por una norma posterior a los hechos y que se vulnera el principio de ilegalidad y de retroactividad de la ley penal. La *naturaleza declarativa* de la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de

⁴⁶ Suscripta por Uruguay el 30 de junio de 1994 y aprobada por Ley 16.724 del 1 de noviembre de 1995.

⁴⁷ Suscripto por Uruguay el 19 de diciembre de 2000 y aprobado por Ley 15.710 de 27 de junio de 2002.

⁴⁸ Alejandro ARTUCIO, “La Comunidad Internacional frente a la Impunidad Uruguaya”, en *Tribunal Permanente de los Pueblos*, Montevideo, 1990, págs. 141 a 147.

Lesas Humanidad aprobada por Ley 17.347 del 5 de junio de 2001 vuelve inútil el debate: los crímenes ya eran imprescriptibles por mandato del derecho y lo seguirán siendo “cualquiera sea la fecha en que hayan sido cometidos”.

Pero además se tendrá presente que la falta de una disposición de derecho interno que tipifique los crímenes de lesa humanidad, tampoco puede ser considerada violación del principio de legalidad. Como se analizó, el alcance de dicho principio incluye al derecho internacional y los crímenes de lesa humanidad ya se encontraban establecidos en este. En adición, la propia Convención sobre imprescriptibilidad define los crímenes contra la humanidad por *remisión* al Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945, confirmado por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946 y se refiere a los mismos como: “[...] b) Los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, así como la expulsión por ataque armado u ocupación y los actos inhumanos debidos a la política de apartheid y el delito de genocidio definido en la Convención de 1948 para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio aun si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos.”

2. La jurisprudencia internacional confirma la naturaleza declarativa de la Convención sobre imprescriptibilidad

La jurisprudencia internacional es conteste en el respaldo a la naturaleza declarativa de la norma de derecho internacional convencional sobre la imprescriptibilidad y que tal régimen era previamente obligatorio por así disponerlo una norma de derecho internacional consuetudinario.

a) Caso Barbie

En el recordado proceso de *Klaus Barbie*, jefe alemán de la Gestapo en Lyon, el Tribunal de Casación francés dictaminó que los crímenes de lesa humanidad son imprescriptibles y que pueden ser objeto de un procedimiento judicial en Francia, cualesquiera que haya sido la fecha y el lugar de su comisión: “Considerando que son crímenes imprescriptibles de lesa humanidad, en el sentido del artículo 6 (c) de los Estatutos del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, anexo al Acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1945 —aunque se podrían calificar también de crímenes de

guerra en virtud de lo dispuesto en el artículo 6 (b) del mismo texto—, los actos inhumanos y las persecuciones que, en nombre de un Estado que practica una ideología política hegemónica, se han cometido de manera sistemática, no sólo contra personas pertenecientes a un grupo racial o religioso, sino también contra los adversarios de esta ideología, sea cual fuere la forma de su oposición”.⁴⁹

b) Caso Kolk and Kislyiy

En el 2006, en el caso *Kolk and Kislyiy* contra Estonia, la Corte Europea de Derechos Humanos determinó la aplicación de las normas de imprescriptibilidad de crímenes de lesa humanidad respecto de un caso de deportación de civiles ocurrido en 1949, luego de la segunda guerra mundial. Los hechos sucedieron fuera del conflicto bélico, antes de la aprobación de la Convención sobre Imprescriptibilidad de Crímenes de Lesa Humanidad por parte de Estonia (que lo hizo en 1991) y cuando aún el código penal de Estonia no preveía el supuesto como delito. Anotamos: los extremos temporales son similares a los casos que nos ocupan, de ahí su importancia de traerlo a colación.

La Corte Suprema de Estonia había confirmado la condena por crimen de lesa humanidad, pero los implicados recurrieron ante la Corte Europea de Derechos Humanos aduciendo aplicación retroactiva de normas penales.

La Corte Europea de Derechos Humanos dispuso que la deportación de civiles constituía un crimen de lesa de humanidad según el artículo 6 (c) del Estatuto del Tribunal de Nuremberg y que tal conclusión tenía sustento universal con la Resolución 95 (I) de la Asamblea General de la ONU que confirmaba los principios de derecho internacional contenidos en el Estatuto de Nuremberg. “El Tribunal señala que la deportación de población civil estaba expresamente reconocida como crimen contra la humanidad por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg de 1945 (artículo 6 c). Si bien el Tribunal de Nuremberg se estableció para enjuiciar a los principales criminales de guerra de los Países Europeos del Eje, por los crímenes que habían cometido antes y durante la Segunda Guerra Mundial, el Tribunal destaca que la validez universal de los principios relativos a los crímenes contra la humanidad se vio posteriormente

⁴⁹ Sentencia del 20 de diciembre de 1985, publicada en el *Journal de droit international*, 1986, pp. 129-142, citado en L.S. Wexler, “The interpretation of the Nuremberg Principles by the French Court of Cassation: From Touvier to Barbie and back again”, *Columbia Journal of International Law*, vol. 32, 1994, p. 342. Citada por Jurisdicción de los Tribunales ad hoc para ex Yugoslavia y Ruanda por lo que respecta a los crímenes de lesa humanidad y de genocidio 30-11-1997 Artículo, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, por Marie-Claude Roberge.

confirmada por, inter alia, la resolución 95 de la Asamblea General de las Naciones Unidas (11 de diciembre de 1946) y más tarde por la Comisión de Derecho Internacional. Como consecuencia, la responsabilidad por crímenes contra la humanidad no puede verse limitada únicamente a los nacionales de ciertos países, ni exclusivamente a actos cometidos dentro del periodo específico de la Segunda Guerra Mundial. En este contexto, el Tribunal desea enfatizar que el artículo I b) de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad declara expresamente la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido e independientemente de si han sido cometidos en tiempo de guerra o en tiempo de paz. Tras acceder a la Convención antedicha, la República de Estonia quedó vinculada a la aplicación de los mencionados principios”.⁵⁰

c) Caso Priebke

Otro proceso emblemático fue el caso *Erich Priebke*, a quien se le acusaba de haber dado muerte a treinta y cinco judíos durante la segunda guerra mundial y el gobierno de Italia solicitó su extradición a la República Argentina.

La Cámara Federal de Apelaciones de General Roca denegó la solicitud de extradición. Argumentó que el requerimiento no debía ser concedido “si de acuerdo a la legislación de la parte requirente o de la parte requerida, la acción penal o la pena se encontrara prescripta” y porque tampoco resultaba punible la conducta imputada a la luz del “derecho de gentes”, por aplicación del principio de legalidad y señaló que los delitos de lesa humanidad, hasta el momento, no tenían prevista pena.

En instancia de alzada, la Corte Suprema de la Nación revocó la sentencia e hizo lugar a la extradición, calificando los hechos imputados a la luz de los principios del jus cogens del derecho internacional como delitos de genocidio y crimen de lesa humanidad, por lo que correspondía considerarlos imprescriptibles. Al respecto considera que “la calificación de los delitos contra la humanidad no depende de la voluntad de los estados requirente o requerido en el proceso de extradición sino de los principios del jus cogens del Derecho Internacional y concluye que “en tales

⁵⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sección Cuarta, Decisión sobre admisibilidad relativa a Demanda No. 23052/04 interpuesta por August KOLK y Demanda No. 24018/04 interpuesta por Petr KISLYIY contra Estonia, 17 de enero de 2006. Traducción al español en www.derechos.org/nizkor/impu/kolkesp.html

condiciones, no hay prescripción de los delitos de esa laya y corresponde hacer lugar sin más a la extradición solicitada”.

El caso se resolvió de acuerdo al derecho internacional aunque las conductas descriptas por el “derecho de gentes” no estaban por entonces previstas en el derecho argentino, no tenían pena e incluso Argentina no había ratificado aún la Convención sobre imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad. En el fundamento del voto se señaló que los hechos “no sólo han sido consideradas como ‘crímenes de guerra’ sino que pueden concurrir —como aquí sucede— real o idealmente, con crímenes contra la humanidad, cuyo presupuesto básico común —aunque no exclusivo— es que también se dirigen contra la persona o la condición humana y en donde el individuo como tal no cuenta, contrariamente a lo que sucede en la legislación de derecho común nacional, sino en la medida en que sea miembro de una víctima colectiva a la que va dirigida la acción [...]. Que es justamente por esta circunstancia de la que participan tanto los ‘crímenes contra la humanidad’ como los tradicionalmente denominados ‘crímenes de guerra’ como los delitos contra la humanidad, que se los reputa como delitos contra el ‘derecho de gentes’ que la comunidad mundial se ha comprometido a erradicar, porque merecen la sanción y la reprobación de la conciencia universal al atentar contra los valores humanos fundamentales [...] los crímenes imputados a Priebke, según la modalidad en que han sido encuadrados precedentemente los hechos de autos, se ajustan en su tipificación, y desde el punto de vista penal, a los caracteres que el derecho internacional general les reconoce.⁵¹

d) Caso Molco

En Chile, el caso *Molco*, refiere al asesinato de tres jóvenes que fueron emboscados al interior de una vivienda cuando estaban sentados a la mesa, en lo que fue una ejecución sumaria de militantes opositores a la dictadura chilena por parte de las fuerzas armadas del régimen. La sentencia de la Corte Suprema de Chile señala que el principio de imprescriptibilidad es una norma o regla de derecho internacional consuetudinario que fue reconocida por la Convención, que estaba vigente en la época previa a la adopción del tratado y que es obligatoria para Chile aunque este ni siquiera había adoptado dicha Convención al momento de la sentencia.

⁵¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, Delitos de lesa humanidad. Secretaría de Jurisprudencia. - 1a ed. - Buenos Aires : Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, 2009, pág. 45 y ss. *Priebke, Erich s/ solicitud de extradición — Causa N° 16.063/94. 2/11/1995, — Fallos: 318:2148*

Señala la Corte Suprema de Chile: “[...] el Derecho Convencional puede tener efecto declarativo, cristalizador o generador de normas consuetudinarias. El primero de estos efectos se genera cuando el tratado se comporta como la expresión formal de normas consuetudinarias preexistentes sobre la materia, limitándose por tanto su rol a la constatación de la existencia de la norma y la fijación de su contenido. Las disposiciones convencionales que cumplen con la fórmula descrita, obligan internacionalmente, con independencia de la entrada o no en vigor del texto que las contiene y aun respecto de Estados que no forman parte del tratado. Es en virtud de esta eficacia declarativa que la mentada Convención sobre imprescriptibilidad de crímenes de guerra y de lesa humanidad, la que da cuenta de esa característica ‘que justificó por lo demás la condenación de abominables crímenes cometidos por los jefes nazis incluso antes de quedar definido, en 1945, el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg’ representa una costumbre internacional vinculante, aplicada ya desde casi 30 años antes de los sucesos pesquisados en este juicio, lo que confiere a dicha fuente del derecho internacional la duración que le proporciona sustento como elemento material suficiente de la misma”.⁵²

e) Caso *Arancibia Clabel*

En el caso *Arancibia Clabel*, la Corte Suprema de la Nación de Argentina argumentó en igual sentido: “que en rigor no se trata propiamente de la vigencia retroactiva de la norma internacional convencional, toda vez que su carácter de norma consuetudinaria de derecho internacional anterior a la ratificación de la convención de 1968 era *ius cogens* [...]. Desde esta perspectiva, así como es posible afirmar que la costumbre internacional ya consideraba imprescriptibles los crímenes contra la humanidad con anterioridad a la convención, también esta costumbre era materia común del derecho internacional con anterioridad a la incorporación de la convención al derecho interno”. Por consiguiente, los hechos por los que se condena al imputado en el caso en cuestión “[...] ya eran imprescriptibles para el derecho internacional al momento de cometerse, con lo cual no se da una aplicación retroactiva de la convención sino que

⁵² Sentencia de la Corte Suprema, Sala Penal, Caso Molco, rol N° 559-2004, de 13 de diciembre de 2006 en *Estudios Constitucionales*, Año 5, N.º1, Universidad de Talca, Editorial Librotecnia, Santiago, Chile, 2007, págs. 533 a 549.

ésta ya era la regla por costumbre internacional vigente desde la década del 60, a la cual se adhería el Estado argentino”.⁵³

f) Corte Interamericana de Derechos Humanos

A nivel de la jurisprudencia de organismos regionales se considerará muy especialmente que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su sentencia de 14 de marzo de 2001, pronunciada en el asunto *Barrios Altos*, dispuso que: “[...] son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos”.⁵⁴

Especialmente y en relación con Uruguay, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *caso Gelman* estableció que el “Estado debe disponer que ninguna otra norma análoga [a la ley 15.848], como prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, non bis in ídem o cualquier excluyente similar de responsabilidad, sea aplicada y que las autoridades se abstengan de realizar actos que impliquen la obstrucción del proceso investigativo”.⁵⁵

Como fácilmente advertirá cualquier operador jurídico, la tendencia jurisprudencial sobre la aplicación de la imprescriptibilidad para este tipo de delitos es conteste en que no se fuerza la prohibición de irretroactividad de la ley penal ni se viola el principio de legalidad en la especie, sino que *la norma convencional reafirmó y declaró un principio instalado por la costumbre internacional* vigente al tiempo de comisión de los hechos.

⁵³ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Argentina, 24 de agosto de 2004. A. 533. XXXVIII. Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros. Causa N.º 259, en Oscar LÓPEZ GOLDARACENA, *Derecho Internacional...*, ob. cit., págs. 114 a 117.

⁵⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia Chumbipuma Aguirre y otros c. Perú de 14 de marzo de 2001, caso Barrios Altos, Serie C, vol. 75, párr. 41. En este mismo sentido, ver también: sentencia Trujillo c. Bolivia (reparaciones) de 27 de febrero de 2002, caso Trujillo, Serie C, vol. 92, párr. 106 y resolución sobre cumplimiento de la sentencia Benavides Cevallos c. Ecuador (19 de junio de 1998), de 9 de septiembre de 2003, caso Benavides Cevallos, considerandos 6º y 7º.

⁵⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Gelman vs Uruguay, 24 de febrero de 2011, párrafo 254.

3. Aplicación de la Convención sobre imprescriptibilidad en el Uruguay. El régimen de prescripción del Código Penal fue modificado. Concordancia constitucional del art. 2 de la Ley 18.831

Teniendo presente la gravedad de los delitos cometidos por o al amparo del aparato represivo estatal durante la dictadura cívico militar y la multiplicidad de los derechos humanos individuales y colectivos que fueron sistemáticamente violados, advertimos que no pueden ser aplicables los tradicionales fundamentos del instituto de la prescripción para los delitos y las penas. Es así que cuando se habla de genocidio, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, las tragedias que implican mantienen plena actualidad para los colectivos sociales. Afirmar la Dra. Mariana Motta: “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 trata de supuestos que no han dejado de ser vivenciados por la sociedad dada la magnitud y la significación que los atañe”⁵⁶ El transcurso del tiempo no enerva ni vuelve inútil o sin sentido su persecución y castigo. Por el contrario, tratándose de atrocidades que afectan a la humanidad como víctima, la respuesta lógica es el juzgamiento necesario, sin límites temporales ni espaciales para ejercerlo, ni obstáculos de hecho o de derecho que pudieran facilitar impunidad.

Resulta ilustrativa la opinión del *Tribunal Constitucional de Perú*: “[...] corresponde al Estado el enjuiciamiento de los responsables de crímenes de lesa humanidad y, si es necesario, la adopción de normas restrictivas para evitar, por ejemplo, la prescripción de los delitos que violenten gravemente los derechos humanos. La aplicación de estas normas permite la eficacia del sistema jurídico y se justifica por los intereses prevalentes de la lucha contra la impunidad. El objetivo, evidentemente, es impedir que ciertos mecanismos del ordenamiento penal se apliquen con el fin repulsivo de lograr la impunidad. Ésta deber ser siempre prevenida y evitada, puesto que anima a los criminales a la reiteración de sus conductas, sirve de caldo de cultivo a la venganza y corroe dos valores fundamentales de la sociedad democrática: la verdad y la justicia”.⁵⁷

⁵⁶ Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 7° Turno, resolución de los recursos de reposición y apelación interpuestos por indagadas a interlocutoria N° 123 de 7 de febrero de 2012, IUE 2-53193/2010.

⁵⁷ Tribunal Constitucional de Perú, EXP. N.º 2488-2002-HC/TC, sentencia de 18 de marzo de 2004, párr.

En línea complementaria y concordante, la Institución Nacional de Derechos Humanos de nuestro país, refiriéndose al instituto de la prescripción señala que: “[...] es una garantía fundamental del proceso penal, considerado por algunos parte del principio de legalidad, y por otros, una norma procedimental que puede ser cuestionada sin afectarse la legalidad. Sin embargo el derecho penal internacional establece la excepción a la regla de la prescripción para los casos de ‘crímenes de lesa humanidad’ de acuerdo a lo dispuesto en la creación del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, lo que se corresponde con el desarrollo y práctica del derecho nacional e internacional predominante debido a la especial protección que los bienes jurídicos vida e integridad personal adquieren en ocasiones de sistemáticas y masivas violaciones a los derechos humanos”.⁵⁸

Por lo que se ha analizado, no pueden existir dudas de que al momento de la comisión de las gravísimas violaciones a los derechos humanos cometidas por la dictadura cívico militar en Uruguay, existían normas de derecho internacional general vinculantes para el Uruguay, que disponían la imprescriptibilidad para crímenes de lesa humanidad.

Las mismas ingresaban a nuestro orden jurídico y pasaban a tener rango supralegal por la vía del art. 72 de la Constitución. Luego, aprobada la Convención sobre imprescriptibilidad, los preceptos consuetudinarios de *jus cogens* se reafirman en su contenido, resultando claro que el *régimen de prescripción penal previsto en el Código Penal quedó modificado en relación con los crímenes de lesa humanidad*.

A partir de la adhesión del Uruguay al Convenio sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes contra la humanidad, el Estado uruguayo debe considerar los crímenes contra la humanidad de desaparición forzada, torturas, homicidios políticos y agresiones sexuales contra personas privadas de libertad, como imprescriptibles “cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido”.

El art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y Organizaciones Internacionales de 1969, señala que ningún Estado parte podrá invocar su derecho interno para justificar el incumplimiento del tratado, sin perjuicio de lo que

23. En : <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02488-2002-HC.html>

⁵⁸ Declaración de la Institución Nacional de Derechos Humanos y Defensoría del Pueblo sobre los fundamentos de la protección de los derechos humanos en el ámbito nacional, Montevideo, 27 de febrero de 2013, nra.l. 4.

establece su artículo 46 (que refiere a la competencia para celebrar tratados). Por su parte el numeral 1.º del artículo 31 de la Convención de Viena citada, refiriéndose a la interpretación de los tratados preceptúa: “Un tratado deberá interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”. Finalmente, el artículo 53 de esta convención consagra principios absolutos derivados del jus cogen que, por tal naturaleza, son imperativos e inderogables. “Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración esté en oposición con una norma imperativa 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”.

La Convención sobre imprescriptibilidad de 1968, vigente desde 1970 y aprobada por Uruguay mediante Ley 17.347 del 2001, tiene efectos declarativos y reafirma la norma jurídica imperativa que existía previamente y que había ingresado a nuestro orden jurídico interno por la vía del art. 72 de la Constitución. Lo incuestionable del mandato normativo establecido en el artículo I de la Convención, disponiendo que los crímenes de lesa humanidad son imprescriptibles cualquiera fuese la fecha que hayan sido cometidos, *otorga certeza sobre la modificación del régimen de prescripción contenido en nuestro Código Penal, modificación que ya había operado por mandato de la norma jurídica imperativa de jus cogen que existía con anterioridad.*

Considerando el análisis precedente, el art. 2 de la Ley 18.831,⁵⁹ declarado inconstitucional por la Suprema Corte de Justicia, carece de relevancia en la especie, no obstante ser absolutamente concordante con la Constitución de la República siendo equivocada la decisión adoptada por la Suprema Corte de Justicia.

El régimen de imprescriptibilidad de las torturas, desapariciones forzadas, homicidios políticos y agresiones sexuales contra personas privadas de libertad no emerge de la Ley 18.881, ni de su artículo 2, sino que dimana directamente del derecho internacional (consuetudinario y convencional) con anclaje constitucional en los

⁵⁹ Ley 18.831, art. 2: “No se computará plazo alguno, procesal, de prescripción o de caducidad, en el período comprendido entre el 22 de diciembre de 1986 y la vigencia de esta ley, para los delitos a que refiere el artículo 1º de esta ley”.

artículos 72 y 239 de la Constitución. Por lo tanto, ni el art. 2 de la Ley 18.831, ni su declaración de inconstitucionalidad alteran el régimen de imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad que debe aplicarse para las violaciones de derechos humanos de la época. Ni los artículos 72 y 239 de la Constitución pueden ser declarados inconstitucionales, ni tampoco lo puede ser la Ley 17.347 que aprobó la Convención sobre Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de Crímenes de Lesa Humanidad. Por otra parte, si bien Uruguay podría teóricamente denunciar dicho tratado e intentar desvincularse de su compromiso convencional internacional, tal acto carecería de validez jurídica, por cuanto su disposición sobre imprescriptibilidad integra el *corpus iuris* del jus cogen y es, por naturaleza, inderogable por disposiciones de derecho interno. En adición, jamás podría desvincularse de la norma de jus cogen que estaba vigente previa a dicho instrumento declarativo.

4. Si se tratara de delitos comunes el plazo de prescripción se interrumpió. Se alteraron los fundamentos del marco legal de la prescripción y al justamente impedido no le corre el término

Queda absolutamente fuera de cuestión, a mi juicio, que los delitos cometidos por la dictadura militar que califican como crímenes de lesa humanidad son imprescriptibles por mandato del derecho internacional con recepción constitucional.

Sin perjuicio, conviene profundizar en el instituto de la prescripción para los delitos comunes, ante el escenario que equivocadamente presentó la mayoría de la Suprema Corte Justicia, en una mirada que excluye al derecho internacional y mutila el principio de legalidad limitándolo al derecho interno positivo.

Adelantamos desde ya la conclusión: no puede computarse término de prescripción alguna desde la fecha de vigencia de la ley de caducidad y la de la ley 18.831, siendo absolutamente constitucional el artículo 2 de la norma citada.

El instituto de la prescripción para delitos comunes y el transcurso del tiempo que lleva ínsito debe ser apreciado, a mi juicio, en tres dimensiones simultáneas: la del autor del delito, la de la víctima del delito y la del colectivo social.

Para el *autor* del delito, el devenir del tiempo una vez transcurridos los plazos establecidos en el derecho, le asegurará impunidad y su posición natural frente a la situación es de *inacción* para evitar ser castigado.

Para la *víctima* del delito o sus allegados, el interés lógico y natural es de urgir al sistema judicial para que haga justicia dentro de los plazos previstos, a sabiendas de que vencidos el delito quedará impune y su responsable no responderá por los actos cometidos. La posición natural de la víctima es de *acción* en la movilización de las denuncias urgiendo al sistema judicial.

Para el *colectivo social* el interés primario es la persecución de la infracción penal pero dentro del tiempo que el mismo colectivo social determinó para el tipo de delito. Vencido el plazo y en el entendido teórico de que entonces ya carecerá de utilidad el castigo del responsable y la justicia para la víctima, legitima la extinción del delito y de su pena. La posición natural del colectivo social es, entonces, de *acción* (al principio) y de *inacción* (vencido el plazo).

Los intereses manifiestos en las tres dimensiones son respuestas legítimas que el derecho reconoce, emergentes de considerar al instituto de la prescripción tal cual está normativizado en nuestro orden jurídico para delitos comunes. El fundamento del marco legal de la prescripción presupone que los intereses se encuentran en equilibrio y los que se manifiestan en *acción* (tanto por las víctimas como por el colectivo social), puedan efectivamente ejercerse.

El equilibrio se genera entre la tensión de la *inacción* del autor del delito para un lado y la *acción* de la víctima y del colectivo social –a través del sistema judicial– para el otro, durante un plazo predeterminado.

Ahora bien, si por alguna razón de hecho o de derecho, estando vigente el plazo de prescripción, la víctima no puede formular la denuncia o el sistema judicial que el colectivo social ha previsto no puede actuar, se rompe notoriamente el equilibrio en favor del autor del delito antes del tiempo previsto. Nótese que al único que siempre le sirve la *inacción* es al criminal. Se alteran entonces los cimientos mismos del instituto de la prescripción y el derecho ampara que se reestablezca el equilibrio.

Es indudable que a partir de la sanción de la Ley 15.848 de 22 de diciembre de 1988 (ley de caducidad) se interrumpió el funcionamiento del sistema judicial para los delitos comprendidos en esta. Luego del año 2005 y en los específicos casos en que se consultó al Poder Ejecutivo dentro de lo previsto en la misma ley de caducidad, se habilitó el inicio o prosecución de indagatorias. Asimismo, las sucesivas declaraciones de inconstitucionalidad de la Ley 15.848 dictadas por la Suprema Corte de Justicia a

partir de la sentencia N.º 365/2009 tornaron inaplicable la norma referida únicamente para aquellas causas en las que tales recursos se dedujeron. Es obvio que la respuesta de *acción* del colectivo social a través del sistema judicial después de décadas de parálisis, no lo fue a nivel general dado que continuó rigiendo en el derecho interno la Ley 15.848 (ley de caducidad).

El Poder Ejecutivo, por resolución adoptada en Consejo de Ministros el 30 de junio de 2011, excluyó de la ley de caducidad todos los casos que previamente se habían dispuesto incluir y, consecuentemente, aquellas indagatorias archivadas pudieron reabrirse.⁶⁰ Sin perjuicio, la Ley 15.848 se mantuvo vigente. El decreto referido fue comunicado a la Suprema Corte de Justicia y esta notificó a todos los jueces penales. Por tratarse de delitos perseguibles de oficio, en muchos casos los tribunales reabrieron las investigaciones; en otros, por estar los expedientes archivados desde años atrás y no existir registro en los juzgados penales o letrados del interior sobre las causas que habían sido archivadas en aplicación del art. 3 de la Ley 15.848, los obrados se mantuvieron inactivos a la espera de que denunciantes, víctimas o interesados pudieran movilizar su desarchivo.

No obstante el decreto precitado, si una denuncia fue presentada luego de que el mismo entrara en vigencia, igualmente el Poder Ejecutivo debía pronunciarse en virtud de lo dispuesto por el art. 3 de la Ley 15.848 ya que esta norma (ley de caducidad) todavía existía.

Fue precisamente con el artículo 1 de la Ley 18.831 que se desbloqueó con carácter general el funcionamiento del sistema judicial respecto de los delitos comprendidos en la ley de caducidad, al reestablecerse la pretensión punitiva del Estado.⁶¹

Consecuentemente estimamos que el tiempo transcurrido entre la entrada en vigencia de la Ley 15.848 de 22 de diciembre de 2006 y la entrada en vigencia de la Ley

⁶⁰ Artículo 1.º “Revocáanse por razones de legitimidad todos los actos administrativos y Mensajes emanados del Poder Ejecutivo, en aplicación del artículo art. 3 de la Ley 15.848 de 22 de diciembre de 1986, que consideraron que los hechos denunciados estaban comprendidos en el artículo 1.º de la referida Ley y en su lugar declárase que dichos hechos no estaban comprendidos en la citada norma legal”.

⁶¹ Artículo 1.º.- Se restablece el pleno ejercicio de la pretensión punitiva del Estado para los delitos cometidos en aplicación del terrorismo de Estado hasta el 1º de marzo de 1985, comprendidos en el artículo 1º de la Ley N° 15.848, de 22 de diciembre de 1986. Nota: la constitucionalidad de esta norma fue confirmada por la Suprema Corte de Justicia al no hacer lugar a los recursos de inconstitucionalidad oportunamente deducidos.

18.831 del 25 de octubre de 2011, no debería tomarse en consideración para los términos de prescripción de los delitos comprendidos en la primera. Acotamos: siempre que estos no califiquen como crímenes de lesa humanidad que son por naturaleza imprescriptibles o ante la hipótesis de que se haga tendencia la tesis equivocada de la Suprema Corte de Justicia que les niega tal carácter y la imprescriptibilidad.

El propio colectivo social ha previsto la respuesta para esta situación protegiendo especialmente la posición general de quien quiere ejercer un derecho pero no puede, existiendo un tiempo para efectivizarlo. En el caso se interrumpe el plazo de prescripción, conforme al principio de que “al justamente impedido no le corre el término”.

Tal el parámetro general que debería ser adoptado por nuestros jueces ante el supuesto que consideramos, ya que impedidos estaban de ejercer sus derechos y sus competencias, tanto las víctimas como el sistema judicial, lo que es decir el colectivo social.

Durante el tiempo en que estas dos dimensiones del fenómeno de la prescripción (víctimas por un lado y sistema judicial por otro) estuvieron “justamente impedidas”, no debería computarse el término de prescripción. El equilibrio de la ecuación base de la prescripción se modificó por circunstancias extraordinarias.⁶²

Se tendrá en cuenta que pudieran existir situaciones concretas en las cuales, a pesar de estar vigente la ley de caducidad, la víctima pudo acceder a la justicia y el sistema judicial respondió porque el Poder Ejecutivo excluyó el caso de la ley de caducidad o porque esta fue declarada inconstitucional. En este supuesto, igualmente el término de prescripción debe considerarse interrumpido entre la vigencia de la ley de caducidad y la fecha de exclusión del caso o la declaración de inconstitucionalidad, según lo que hubiera ocurrido primero. El decreto del Poder Ejecutivo relacionado ut supra adquiere relevancia para los casos que pudieran ser reabiertos de oficio pero carece de incidencia para aquellas causas archivadas que los juzgados penales desconocían que estaban clausuradas y no se reabrieron como hubiera correspondido a derecho.

⁶² Téngase en cuenta la génesis de la sanción de la ley de caducidad, bajo presión militar, absolutamente nula desde el punto de vista jurídico por su incompatibilidad con normas de jus cogens y, finalmente, declarada inconstitucional por la Suprema Corte de Justicia.

La Fiscal Dra. Ana María Telechea se ha expedido recientemente sobre el punto de punto de manera concordante: “Para que opere el cómputo de la prescripción, como para otros institutos del derecho, deben operarse en la plena vigencia de los mismos. De manera que no puede obviarse que durante la vigencia de la ley referida, el Estado no cumplía la función de garantizar los derechos esenciales de los ciudadanos, aún de aquellos que no pueden suspenderse bajo regímenes de excepción, como lo son las garantías judiciales para la protección de los derechos individuales en igualdad para todos. Ello evidentemente fue cercenado por la Ley de Caducidad, que impidió, como dijéramos, la investigación de los delitos cometidos por el aparato represivo del Estado, o con apariencia delictiva, aprovechándose, precisamente, de la protección del Estado. Durante la vigencia de la misma, no pudo operar los efectos del plazo de prescripción, siendo una opinión unánime en la doctrina nacional e internacional”.⁶³

5.- Conclusión sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad cometidos por dictadura. Constitucionalidad del art. 2 de la Ley 18.831

En conclusión:

1. Las desapariciones forzadas de personas, torturas, homicidios políticos y agresiones sexuales a personas privadas de libertad, ocurridas durante la dictadura cívico militar (1973 a 1985) son imprescriptibles por calificar como crímenes de lesa humanidad y ser la imprescriptibilidad un atributo inherente del régimen de punibilidad de estos delitos.

2. La imprescriptibilidad deriva de una norma de derecho internacional general con naturaleza de *jus cogen* consolidada a partir del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945, confirmado por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946.

3. La Convención sobre Imprescriptibilidad de Crímenes de guerra y de Crímenes de Lesa Humanidad, aprobada el 26 de noviembre de 1968, con entrada en vigor el 11 de noviembre de 1970, tiene naturaleza declarativa y reafirmó por el derecho internacional convencional una norma del derecho internacional consuetudinario que ya

⁶³ Fiscal Letrado Nacional en lo Penal de 5.º Turno, en autos caratulados “Fernández Mendieta, Oscar – Su muerte – IUE 88-208/2011. La Dra. Telechea adopta la posición de que el cómputo de prescripción estuvo interrumpido hasta la primera sentencia de la Suprema Corte de Justicia que declaró inconstitucional la ley 15.848 en el caso de Nibia Sabalsagaray.

existía. El Uruguay ratificó la Convención sobre Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de Crímenes de Lesa Humanidad y la aprobó por Ley 17.347 del 5 de junio de 2011.

4. El artículo 239 de la Constitución otorga al Poder Judicial competencia para juzgar crímenes internacionales. Asimismo, por el artículo 72 de la Constitución, la norma de derecho internacional general (*jus cogens*) que estaba vigente al momento en que ocurrieron los hechos (1973 a 1985) y la expresa previsión de la Convención de que los crímenes son imprescriptibles cualquiera sea la fecha en que hayan sido cometidos son de aplicación directa en nuestro ordenamiento jurídico.

5. No se viola ni el principio de legalidad ni el principio de irretroactividad de la ley penal, por cuanto el régimen de imprescriptibilidad integraba el orden jurídico del Uruguay al momento en que ocurrieron los hechos (1973 a 1985). En adición y para despejar cualquier duda se tendrá presente que la fecha de aprobación de la Convención por la comunidad internacional (26 de noviembre de 1968) otorga una fecha certera para asegurar que, a ese día, ya existía la norma preexistente de derecho internacional consuetudinario.

6. Especialmente en relación con los supuestos de desaparición forzada de personas, por tratarse de un delito permanente que se sigue cometiendo aún en la actualidad, el supuesto categoriza en el art. 21 de la Ley 18.026 y no ha empezado a correr aún el término de prescripción.

7. El art. 2 de la Ley 18.831 es irrelevante para los crímenes de lesa humanidad, porque su régimen de imprescriptibilidad fue definido y establecido por el derecho internacional. La declaración de inconstitucionalidad del art. 3 de la Ley 18.831 no representa, por lo tanto, un obstáculo para la continuidad o inicio de indagatorias penales respecto de crímenes de lesa humanidad cometidos por la dictadura cívico militar.

8. Considerando que en teoría pudieran existir delitos cometidos por la dictadura que no califiquen como crímenes de lesa humanidad, el art. 2 de la Ley 18.831 es pertinente y goza de concordancia constitucional, al restablecer con carácter general las garantías legales que posibilitan el ejercicio del derecho de acceso a la justicia para las víctimas y el poder-deber del sistema judicial expresión del colectivo social, habida cuenta que durante la vigencia de la Ley 15.848 el sistema judicial y las víctimas

estuvieron justamente impedidos de ejercer sus derechos. La norma tiene, por consiguiente, naturaleza declarativa y es por tanto plenamente concordante con la Constitución de la República, no violentando derechos adquiridos de los autores de los delitos, porque las situaciones ilegítimas no generan válidamente derechos.

9. Aun en los casos en que artículo 2 de la Ley 18.831 sea declarado inconstitucional (o en la hipótesis de que este no existiera) el término de prescripción para los delitos comunes que hubieran sido incluidos en la ley de caducidad debe considerarse interrumpido desde la vigencia de la ley de caducidad (22 de diciembre de 1986) hasta, según el caso, la fecha del decreto del Poder Ejecutivo que los excluyó o la declaratoria de inconstitucionalidad de la ley 15.848, lo que hubiera ocurrido primero.

En virtud de los fundamentos analizados y a las conclusiones de los capítulos II y III del presente artículo, entiendo que los argumentos que pretenden sustentar la inconstitucionalidad de los artículos 2 y 3 de la Ley 18.831 ceden desde sus cimientos.

El derecho vigente al momento en que ocurrieron los hechos, anclado en normas consuetudinarias y convencionales de derecho internacional con rango de jus cogens y con recepción constitucional, obliga al juzgamiento necesario e irrenunciable de las graves violaciones a los derechos humanos perpetradas por la dictadura cívico militar (1973-1985), bajo la imputación penal de crímenes de lesa humanidad y por ende, imprescriptibles.

Corresponderá a la jurisprudencia futura evitar repetir la desviación jurídica en la que recientemente incurrió la Suprema Corte de Justicia porque, a su pesar, el derecho internacional de los derechos humanos así lo impone (*eppur si mouve*).