

El argumento de la no consideración de los delitos cometidos por militares y policías durante la dictadura como crímenes de lesa humanidad radica en el principio de irretroactividad de la ley penal menos benigna.

Este principio se basa además en el de legalidad, esto es, solo se castigan las conductas que, al momento de cometerse, la ley penal prevé como tipos criminales.

Si bien en nuestro país las consideraciones sobre algunas conductas han sido revaloradas o renombradas por la normativa citada, también es verdad que las conductas descritas en esa normativa ya estaban previamente contenidas en el código penal oriental.

Esto es, provocarle la muerte, lesionar, a una persona, era y es delito. Singularizar las razones, describirlas detalladamente para identificarlas inequívocamente con la estrategia de los represores, no es más que descubrir que el delito cometido por las fuerzas de seguridad de una Nación, cuando se hace con claro abuso de poder, en claro ejercicio de terrorismo de estado, era y es un delito aberrante.

Además, cuando quienes cometían esos delitos ocupaban a su vez ilegítimamente el poder de gobierno, el Estado de Derecho no existía, sino que nos encontrábamos ante un Estado de Excepción. Esta situación indicaba básicamente que los derechos de los ciudadanos quedaban censurados a merced de la voluntad de la fuerza gobernante, y que esta no se regiría por la Ley, en este caso civil, ya que los juzgamientos de sus objetivos militares eran de jurisdicción militar aún tratándose, los justiciables de civiles.

Nadie puede imaginar en esta situación de excepción, la introducción de un estatuto que implique la categórica incriminación de quienes cometían delito en nombre del poder que ostentaban, esto es, no se regían por la Ley.

Esta impunidad de hecho, mantenida por el poder bélico usurpado a la Nación, pretendió perpetuarse en el tiempo a través de acuerdos con civiles que encarnarían la nueva política, de amenazas a la ciudadanía para el caso de reclamos judiciales, de actos terroristas que incluyeron atentados con explosivos, todo lo que culminó en la ley de caducidad.

Sometida esta ley a referéndum, la ciudadanía, inmersa aún en el contexto de impunidad refrendada por la propia clase política al votar la mencionada Ley, se mantuvo en el elenco normativo nacional.

Pero súmesele a todo esto el incumplimiento contumaz de la Ley por cuanto el Poder Ejecutivo de turno entre los años 1985 y 2005 le negó a los jueces avanzar en el esclarecimiento de los hechos que se denunciaban ante la Justicia, en cumplimiento del propio artículo 4º de la Ley de caducidad.

Es más, tampoco se autorizó el ingreso a los diferentes lugares de naturaleza Militar en los que pudiese encontrarse algún indicio de los hechos que se denunciasen.

Mientras tanto, las fuerzas militares destruyeron, ocultaron, aniquilaron los medios de prueba (otro delito en plena democracia).

Todo esto es clara prueba del Estado de impunidad en que algunos integrantes de la sociedad vivían, pretendiendo la existencia de su estado de libertad en la garantía dada por el “estado de derecho” en el que se vivía.

Justamente es este el punto de quiebre que la sociedad uruguaya no ha reconocido, talvez por falta de claridad de los operadores, o por las confusas pruebas a las que han sometido al conocimiento popular acerca de la cuestión.

Este punto de quiebre produce dos postulados que inciden directamente sobre el futuro de la situación planteada:

a).- se trata de crímenes de lesa humanidad y por lo tanto imprescriptibles, dada la naturaleza de los mismos y ya que estos actos eran delitos en el momento de haber sido cometidos, lo fueron en un estado donde rige la normativa referente a los derechos del hombre y la humanidad, y por ello no se violenta el principio de irretroactividad en el sentido de que no convierte una conducta legal en ilegal, sino que determina que quienes cometieron una conducta que era y es ilegal, amparado en diferentes circunstancias que le permiten mantener la impunidad de sus actos, una vez desaparecidas esas injustas y anormales condiciones de privilegio, serán juzgados como debieron serlo siempre.

Tales consideraciones además pretenden encausar nada más ni nada menos que el proceso democrático hacia la verdadera vigencia del estado de derecho; atacar el estado de derecho creando privilegios a unos pocos es un claro delito de lesa humanidad el que al perpetuarse en el tiempo podrá ser juzgado una vez en que las condiciones socio políticas lo permitan.

Esta consideración no se basa en la existencia de un gobierno de derecha, centro o izquierda, sino en los principios constitucionales que rigen el sistema jurídico nacional el cual se encuentra vigente desde 1967.

b).- como se deviene del análisis anterior, ante la inexistencia de un estado de derecho pleno, donde un poder, el ejecutivo, somete al otro, el judicial, los justiciables no encuentran, en este último, la garantía de ser respaldadas sus denuncias.

Esta situación hace a la existencia de un impedimento absoluto, insoslayable, que provoca a su vez la interrupción de cualquier proceso de prescripción.

Esto es, cuando se ha negado conocer la verdad, de aquellos hechos denunciados, el poder judicial no actuó, y esa omisión lo fue por la acción del ejecutivo, basado en una ley inconstitucional, y violatoria de los tratados internacionales suscritos por la República.

Decir ahora que los apremios físicos y psíquicos cometidos mediante claros actos de terrorismo de estado han prescripto porque se trata de delitos con penas cortas como ser el abuso contra los detenidos, lesiones graves y gravísimas, o la violación, es ignorar los hechos, y cuando estos hechos sucedían, en el resto del mundo ya se condenaban a torturadores y violadores por delitos de lesa humanidad, basta recordar los informes de Amnistía Internacional de fines de los años 70 y comienzos de los 80. Sería ridículo pretender que el Uruguay asumiese dicha calificación de los tipos penales que se estaban cometiendo en esos años, en claro reconocimiento de esa actividad criminal.

Quien reventó los testículos de una persona, o sus dedos, o lo asfixió en excremento, lo mutiló, quien manoseo las partes íntimas de una mujer, la violó, o le reventó el cuerpo y el alma, ¿su motivación en la obediencia

debida era mayor que la de proteger a un ser humano detenido, indefenso, atado, encapuchado? Estas conductas eran delitos, y lo son, y la motivación junto con la forma de comisión determinan la gravedad de los hechos.

Aquellos que han arrancado a las madres y padres sus hijos para darlos a terceros, mientras estos niños, ahora adultos, no fueron identificados, o no la han sido aún, ¿no están perpetuando el crimen día a día?

Las consecuencias físicas y psíquicas de los torturados también perduran, y perpetúan la comisión del delito respecto de quienes lo cometieron, u omitieron impedir su comisión.

Las construcciones jurídicas que se hacen sobre este tema giran en torno a evitar la impunidad de estas aberrantes conductas, no porque se prefiera, se elija, o se tuerza la interpretación hacia esa dirección, sino porque las construcciones jurídicas deben basarse en el ideal universal de justicia, no es justo matar por religión, creencia, ideología política, no es justo torturar, violar, secuestrar un hijo, y no es justo que quien lo hizo no enfrente las consecuencias jurídicas, **máxime cuando utilizó su posición de garante para convertirse en un criminal.**

Además no puede haber cosa juzgada sobre hechos que no se juzgaron, ya que no se juzgaron no por una decisión judicial sino por un mandato del ejecutivo cometido por: omisión, comisión, directamente o a través de su órgano judicial Ministerio Público de la época.

Modestamente considera que este es el terreno de discusión sobre la cuestión presentada, una cuestión judicial que se politizó, y que ahora, la

clase política en clara dirección de esta interpretación intenta volver a judicializar a través de la revocación de los actos administrativos que impidieron las investigaciones.

Escribe Eugenio Raúl Zaffaroni “EN TORNO DE LA CUESTION PENAL”, Colección Maestros del Derecho Penal N° 18, Ed. BdeF 2005, Pág. 264 y ss. y titula el capítulo como:

LA IMPRESCRIPTIBILIDAD FUNDADA EN LA IMPOTENCIA

LIMITADORA DEL DERECHO PENAL

1. “El fundamento de la imprescriptibilidad de las acciones emergentes de estos crímenes no logra argumentarse adecuadamente a través de una legitimación del poder punitivo, sino que es mucho más diáfano cuando se lo explica justamente a partir de una concepción agnóstica de éste y, por ende, de su deslegitimación. El poder punitivo no es nunca del todo racional y tampoco lo es cuando se lo aplica a autores de crímenes contra la humanidad. Su irracionalidad emerge ante todo de que los crímenes contra la humanidad son generalmente practicados por las mismas agencias del poder punitivo, operando fuera del control del derecho penal, es decir huyendo del control y de la contención jurídica. Las desapariciones forzadas de personas en nuestro país fueron cometidas por fuerzas de seguridad o fuerzas armadas operando en función policial;

los peores crímenes nazis los cometió la GESTAPO (...policía secreta del Estado); la KGB stalinista era un cuerpo policial. No es muy razonable la pretensión de legitimar el poder genocida mediante un ejercicio limitado del mismo poder con supuesto efecto preventivo.

2. A ello se sigue que es un poder punitivo extremadamente selectivo: no alcanza más que a unos pocos criminales y cuando ya han perdido el poder; casi nunca se extiende a sus cómplices y menos aún a sus instigadores (intelectuales, ministros, formadores de opinión, magistrados, etc.); rara vez abre el camino para reparaciones justas (en el caso alemán, las que recibieron las víctimas del Holocausto fueron magrísimas y para evitar las reparaciones por las muertes de homosexuales, mantuvieron tipificada la conducta hasta 1975).
3. Nuestra civilización industrial puede enorgullecerse de varios logros, pero no puede negar que la *pérdida de la paz* o expulsión de la comunidad universal aún existe. El criminal contra la humanidad excede con mucho en su conducta el contenido ilícito de cualquier otro delito. No puede ni siquiera pensarse en una retribución, porque no hay forma humana de retribuir el dolor provocado por un crimen de esta naturaleza, o sea que, las propias teorías retributivas deben reconocer su fracaso ante estos hechos. El derecho penal,

aún montado sobre una idea retributiva, no lograría contener el poder punitivo lanzado contra el criminal de lesa humanidad, por mucho que éste fuera irracional. No se trata de que el poder punitivo ejercido contra los criminales de lesa humanidad se halle legitimado, sino que **no se halla legitimado el derecho penal para contenerlo** más allá de ciertos requisitos básicos fundamentales. (el destaque y subrayado nos pertenece).

4. No puede sostenerse razonablemente que sea menester garantizar la extinción de la acción penal por el paso del tiempo, en crímenes de esta naturaleza, en razón de una intolerable irracionalidad en caso contrario. No hay una irracionalidad intolerable en el ejercicio de una acción penal contra un criminal de lesa humanidad por mucho que hayan pasado los años; sólo existe la irracionalidad propia de todo poder punitivo, que es extremadamente selectivo y productor del mismo hecho sobre cuyo autor recae. El derecho penal no está legitimado para exigir la prescripción de las acciones emergentes de estos delitos; por el contrario: si lo hiciese, sufriría un grave desmedro ético.
5. La imprescriptibilidad que hoy consagran las leyes y las costumbres internacionales y que otrora no establecían, pero que también deben considerarse imprescriptibles, es fruto de la carencia de legitimidad del derecho penal para contener el

poder punitivo en estos casos. No hay argumento jurídico (ni ético) que le permita invocar la prescripción. En los crímenes recientes, esta consagrada en la ley internacional y en los más lejanos, en la costumbre internacional; en los crímenes de lesa humanidad remotos, tampoco puede el derecho penal invocar la prescripción, porque ésta estaría consagrada como una norma fundante de autoimpunidad (legitimarían las consecuencias de un crimen los propios autores, para ellos mismos y para sus descendientes).

6. El derecho penal, privado de su viejo narcisismo omnipotente, es decir, un derecho penal más adulto y maduro, puede plantear mejor este problema, como todos los que considera la decisión judicial federal que invalida los obstáculos a la punición de crímenes contra la humanidad. El propio TPA (Tribunal Penal Internacional) que se promete funcionaría de modo más acorde con la realidad del poder y, por ende, más respetuoso de las estructuras del mundo, requisito indispensable para toda eficacia. El narcisismo legitimante no hace más que generar ilusiones que, en ocasiones devienen alucinaciones, como las contenidas en la llamada *Ley de Obediencia Debida*. En cualquier caso, es menester neutralizar las alteraciones de la sensopercepción jurídica, porque conducen a graves errores de conducta que

producen daños sociales graves y desprestigian el saber penal.”

Solo agregar que en donde se lee *Ley de Obediencia Debida*, perfectamente podría decir *Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado*, alucinación auténticamente uruguaya.