

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

ANTECEDENTES

1) En estos autos, caratulados: “**MACHADO BADARACCO, Tranquilino - Un delito de homicidio - EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD - Arts. 1, 2 y 3 Ley N° 18.831 - (I.U.E. N° 2/42822/2008)**”, la Defensa del encausado opuso la excepción de inconstitucionalidad de los arts. 1, 2 y 3 de la Ley N° 18.831 (escrito de fs. 1061-1075).

El Sr. Juez Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 3° Turno resolvió suspender los procedimientos y elevar los autos, a la Suprema Corte de Justicia (Providencia 1353/2012 de 18 de mayo de 2012, de fs. 1076).

La Corporación, por providencia 1273/2012, dictada el 28 de mayo de 2012, de fs.1080, confirió traslado de la misma al Sr. Fiscal Letrado Nacional en lo Penal de 1er. Turno quien dictaminó que la referida Ley no es inconstitucional (Dictamen 1019/2012, de 4 de junio de 2012, de fs. 1081-1090).

Asimismo, le confirió vista a esta Fiscalía, lo que se efectivizó el 8 de junio último (fs. 1093 vto.).

2) La Defensa invoca, en primer término, la legitimación de su patrocinado por tener un interés directo, personal y legítimo en el planteamiento en vista (fs. 1061 vto.-1062).

Luego, señala que la Ley impugnada, por disponer, en materia penal, con carácter retroactivo, colide con el segundo inciso del artículo 10 de la Carta, que consagra el principio de libertad. Éste, dice, implícitamente veda la irretroactividad (debió decir retroactividad) de la ley penal por ser contraria al accionar libre de los seres humanos (fs. 1065).

Más adelante, fundamenta su posición basándose en las enseñanzas de Alberto Ramón REAL en su libro “Los principios generales de Derecho en la Constitución Uruguaya” quien sostuvo que se deducía del inciso 2º del art.10 de la Carta que las leyes penales retroactivas -y no sólo las penales- son inconstitucionales.

Agrega que la irretroactividad de la ley penal, en tanto garantiza que no se sancionen como ilícitas conductas que al tiempo de su comisión eran lícitas es, además, un derecho inherente a la personalidad humana amparado por el art. 72 de la Carta por lo cual la Ley impugnada también vulnera dicho artículo (fs. 1065).

Y también está establecido, dice, en el art. 15 del Pacto Internacional de los derechos Civiles y Políticos de la ONU de 1967, en el art. 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos y en el art. 23 del Estatuto de la Corte Penal Internacional por lo cual, concluye, este derecho forma parte del Derecho Internacional de los Derechos Humanos porque es inherente a la personalidad humana (fs. 1067-1069 vto.).

Entiende, asimismo, que viola el art. 7 de la Constitución pues afecta la seguridad jurídica que es el derecho a prever las consecuencias legales de su proceder y que por ello, las leyes no pueden suprimir, limitar ni modificar derechos adquiridos ya ejercidos en base a la normativa anteriormente vigente (fs.1070).

Expresa que desconoce el derecho adquirido de rango constitucional consagrado en el art. 10 de la Carta, de que las conductas que eran lícitas al tiempo de su comisión, no se transformen en ilícitos punibles por aplicación de leyes que proyectan sus efectos hacia el pasado.

Afirma que, quienes por su condición de militares o policías en actividad antes del 1º de marzo de 1985 podían ser imputados de los delitos comprendidos en el art. 1 de la Ley 15.848, fueran o no autores de alguno de ellos, tenían un derecho adquirido a no ser juzgados por su supuesta autoría, en razón de

haber caducado, por imperio legal, la pretensión punitiva del Estado, respecto a los mismos. Y que, además, eran titulares de otros dos derechos adquiridos: el de que los plazos procesales y de prescripción de dichos delitos, se computaran conforme a las leyes vigentes al tiempo de su comisión y del lapso transcurrido hasta la promulgación de la Ley 18.831 y de que los delitos no fueran considerados de lesa humanidad e imprescriptibles porque, antes del 1º de marzo de 1985 no existía dicha clase de delitos. Cita en su apoyo, la opinión emitida por el Dr. DURÁN MARTÍNEZ ante la Comisión de Constitución del Senado y jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia respecto a la vulneración de la seguridad jurídica (fs. 1070 vto.-1072 vto.).

Considera que el art. 3 de la Ley impugnada, al declarar que los delitos comprendidos en la Ley de Caducidad, cometidos antes del 1º de marzo de 1985, son crímenes de lesa humanidad, trae como consecuencia, su imprescriptibilidad. Pero, con ello, trae hacia el pasado, retroactivamente, los efectos de los arts. 7 y 29 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, aprobado por la Ley N° 17.510 de 27 de junio de 2002 y los arts. 7 y 19 a 25 de la Ley N° 18.026 de 25 de setiembre de 2006 y, al hacerlo, afecta la seguridad jurídica porque esos ilícitos se regían por las normas del Código Penal, los arts. 15, 16 y 117 a 123 (fs. 1065-1066).

Por último, aduce la inconstitucionalidad de la Ley impugnada por considerar que el Poder Legislativo no tiene competencia para derogar una ley confirmada dos veces por el Cuerpo Electoral.

Dice que el art. 1 de la Ley 18.831 colide con los arts.82 inciso 2º, 4 y 79 inciso 2º de la Carta y con el principio de que el ejercicio directo de la soberanía, en los casos del art.82, sólo compete al Cuerpo Electoral.

Señala que el art.4 atribuye a la Nación la titularidad de la soberanía y le asigna el derecho exclusivo de establecer sus leyes. Y que ese modo de ejercer la soberanía, está establecido en el art. 82 que, en su inciso 2º dispone que la soberanía será ejercida directamente por el Cuerpo Electoral en los casos de iniciativa y referéndum e indirectamente por los poderes representativos que establece la propia Carta.

El referéndum, agrega, de acuerdo al art. 79, es un recurso contra las leyes cuyo objeto es derogar la ley recurrida y el órgano competente para resolver dicho recurso, derogando o confirmando la ley recurrida, es el Cuerpo Electoral conforme a lo previsto en el art. 82 de la Carta y el art. 37 de la Ley 16.017 de 20 de enero de 1989, reglamentaria del recurso de referéndum. Por tanto, dice, su resolución es inmodificable por el Poder Legislativo porque

éste sólo puede ejercer la soberanía en forma indirecta (fs. 1066-1067 y 1072 vto.-1074 vto.).

CONSIDERACIONES JURIDICAS

I) Objeto del proceso.

El objeto del presente proceso, entendiendo por tal un sector de la vida asumido como problema tendiente a su satisfacción jurídica, ha quedado circunscripto a la elucidación de la procedencia o no de la pretensión de la impugnante de que no se apliquen en la presente causa los arts. 1, 2 y 3 de la ley 18. 831 por ser contrarios a la Constitución de la República.

Previo al ingreso a la cuestión de fondo, corresponde analizar si las normas cuya inaplicabilidad al caso de autos se pretende, son verdaderamente aplicables al mismo. Ello por cuanto si se entiende que las disposiciones jurídicas cuestionadas no son aplicables al proceso de autos, no corresponde ingresar al análisis de si las mismas son o no contrarias a la Constitución de la República (art. 508 del C.P.P.).

En la opinión de ésta Fiscalía de Corte, más allá de las afirmaciones formuladas por el Tribunal de Apelaciones en la providencia que confirmó parcialmente el auto de enjuiciamiento, por el Sr. Fiscal Letrado Nacional interviniente en su demanda

acusatoria y por la propia Defensa al presentar el recurso de inconstitucionalidad, las normas cuestionadas no deben aplicarse al procedimiento jurisdiccional en curso, por lo que no corresponde ingresar al análisis de sí su contenido vulnera o no las disposiciones constitucionales que se afirma vulneradas.

En efecto, en la opinión de ésta Fiscalía en el proceso de autos no son aplicables las normas cuya inaplicabilidad se pretende por parte de los impugnantes y los agentes del Estado intervinientes -Fiscal, Juez y Ministros del Tribunal de Apelaciones – sino lo que corresponde es cumplir la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 24 de febrero de 2011, dictada en el caso “Gelman vs. Uruguay” por los argumentos que se expondrán.

II) Marco normativo aplicable.

II.I) Sometimiento voluntario de la República Oriental del Uruguay a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La República Oriental del Uruguay ratificó la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante la Convención), a través de la ley 15.737 aprobada por el Parlamento Nacional el 8 de marzo de 1985. Dicha ley fue promulgada por el

Poder Ejecutivo encabezado por el Dr. Julio María Sanguinetti el mismo día de su aprobación por el Parlamento Nacional y publicada en el Diario Oficial el 22 del mismo mes y año.

Por otra parte en el instrumento de ratificación, fechado 26 de marzo de 1985 y depositado el 19 de abril del mismo año en la Secretaría General de la OEA, la República Oriental del Uruguay reconoció de pleno derecho la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Comisión) y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la CIDH), para entender en todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención, por tiempo indefinido, de acuerdo a lo establecido en sus artículos 45 párrafo 3 y 62 párrafo 2 de la misma.

Este acto del Poder Ejecutivo de la época, fue realizado en forma absolutamente voluntaria, puesto que el país no estaba obligado a a hacerlo.

II.II) La fuerza normativa de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Desde que la República Oriental del Uruguay reconoció de pleno derecho y en forma obligatoria la competencia de la CIDH para todos los casos de interpretación o aplicación de la Convención por tiempo indefinido, corresponde determinar la fuerza

normativa de sus resoluciones, lo que a juicio de esta Fiscalía incide en la elucidación del caso de autos.

De conformidad con lo establecido en la Convención, la CIDH puede actuar en forma abstracta, en la interpretación de los tratados relativos a los derechos humanos o sobre la compatibilidad del derecho interno de los estados con los tratados de derechos humanos. En las funciones de interpretación la CIDH actúa a solicitud de cualquiera de los Estados miembros de la O.E.A. o de cualquiera de los órganos enumerados en el capítulo VIII de la Carta (Asamblea General, Reunión de Consulta de los Ministros de Relaciones Exteriores, Consejos, Comité Jurídico Interamericano, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Secretaria General, Conferencia y Órganos Especializados). Y en las funciones de compatibilidad lo hace a solicitud de un Estado parte (Vide Ayala Corso, Carlos M. – La ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos – Estudios Constitucionales – Año 5 – N° 1 - pág. 128).

Y puede actuar en ocasión de decidir los casos concretos de víctimas de violaciones a los derechos humanos, que son sometidos a su conocimiento por la Comisión o un Estado parte. Ello por cuanto en función de lo dispuesto por el art. 61 de la Convención, las demandas ante la CIDH solo pueden ser presentadas

por la Comisión o un Estado, no por las personas. Estas solamente pueden presentar sus denuncias ante la Comisión.

Por su parte la Comisión, tanto a la hora de expedir sus Recomendaciones como a la de presentar las demandas ante la CIDH, no se encuentra limitada por el contenido de las denuncias de los particulares. Puede y de hecho así ha sucedido, que las demandas de la Comisión tengan un contenido general, que excede la denuncia concreta presentada originalmente ante aquella. Esta circunstancia amplía el objeto del proceso y congruentemente de las sentencias de la CIDH (Vide Riso Ferrand, Martín – Cumplimiento de las Sentencia de la Corte Interamericano de Derechos Humanos – Estudios Jurídicos – pág. 71).

De conformidad con el art. 63.1 de la Convención, la competencia de la CIDH en los casos contenciosos, si decide que ha existido una violación de un derecho o libertad protegido, es amplia y comprende la facultad de disponer que se le garantice a la víctima el goce de su derecho o libertad conculcados; y si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

Los fallos de la CIDH son definitivos e inapelables y la Convención establece la obligatoriedad de las

sentencias al establecer expresamente el compromiso de los Estados miembros de cumplir las decisiones dictadas en todo caso en que sean partes (arts. 67). De esta forma, las sentencias dictadas por la CIDH son de cumplimiento obligatorio para las partes del juicio (Comisión, Estado demandado y condenado y víctimas) y se deben ejecutar en forma inmediata y directa, sin que haga falta para ello ningún procedimiento de pase a derecho interno o exequátur (Vide Ayala Corso, Carlos M. – Ob. Cit. – pág. 130).

Debe señalarse además que el cumplimiento de las sentencias de la CIDH es una obligación en virtud de los principios generales de derecho y de cumplimiento de buena fe de las obligaciones internacionales (Vide Nogueira Alcalá – Los desafíos de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Almonacid Arellano – pág. 298).

Las sentencias de fondo de la CIDH para cumplir su objetivo reparador de la víctima, disponen en su parte dispositiva una serie de mandatos específicos que normalmente tienen como destinatarios a las víctimas y sus familiares. Pero muchas veces tienen efectos reparadores generales, que van más allá de las víctimas y sus familiares y por lo tanto se proyectan a la sociedad toda.

Por último, como lo ha señalado la propia CIDH, ya en el caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá de diciembre de

2003, la CIDH tiene la facultad inherente a su función jurisdiccional de supervisar el cumplimiento de sus fallos con el fin de comunicar a la Asamblea General de la O.E.A. los incumplimientos detectados (Vide Nogueira Alcalá – Ob. Cit. – pág. 298).

II.III) La sentencia de la CIDH del 24 de febrero de 2011 en el denominado caso Gelman vs. Uruguay.

Por primera vez desde el año 1985, fecha en que el país ratificó la Convención y reconoció la competencia de la CIDH en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de los tratados de derechos humanos por tiempo indefinido, el 21 de enero de 2010 fue demandado por la Comisión por graves violaciones a los derechos humanos. Dicha demanda, si bien fue tramitada como consecuencia de la petición presentada por María Macarena Gelman García y Juan Gelman, por sí y en representación de María Claudia García Iruretagoyena de Gelman ante la Comisión, tenía un contenido mucho más amplio que los hechos mencionados en ella y en la misma se solicitaban medidas reparatorias particulares para la víctima y sus familiares y generales que se proyectaban en la sociedad toda.

La CIDH por sentencia del 24 de febrero de 2011, declaró a la República Oriental del Uruguay responsable de graves violaciones a los derechos humanos y de no adecuar su

ordenamiento jurídico interno a las normas de la Convención (numerales 1 a 7 del contenido dispositivo de la sentencia).

En la sentencia dispuso además que el Estado debe cumplir con una serie de medidas reparatorias particulares para la víctima y sus familiares y generales para la sociedad toda (numerales 8 a 18 del mencionado contenido dispositivo).

Dentro de las medidas reparatorias generales, que la República Oriental del Uruguay debe cumplir deben señalarse dos, en cuanto esta Fiscalía entiende que tienen incidencia en la elucidación del caso de autos.

En el numeral 9 la CIDH le ordena al Estado uruguayo que:

“En un plazo razonable debe conducir y llevar a término eficazmente la investigación de los hechos del presente caso, a fin de esclarecerlos, determinar las correspondientes responsabilidades penales y administrativas y aplicar las consecuentes sanciones que la ley prevea, de conformidad con los párrafos 252 a 256, 274 y 275 de la sentencia”.

Y en el numeral 11 la CIDH dispone que:

“El Estado debe garantizar que la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, al carecer de efectos por su incompatibilidad con la Convención Americana y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en cuanto puede impedir u obstaculizar la investigación y eventual sanción de los responsables de graves violaciones a los derechos humanos, no vuelva a presentar un obstáculo para la investigación de los hechos materia de autos y para la identificación y, si procede, sanción de los responsables de los mismos, de conformidad con los párrafos 253 y 254 de la Sentencia”.

Como ya se dijo, en la opinión de esta Fiscalía el contenido de las medidas tiene efectos mucho más amplios, que comprenden a todos los casos de graves violaciones de los derechos humanos durante el régimen de facto. Se trata de medidas generales que exceden ampliamente la situación particular de las víctimas concretas que realizaron la petición ante la Comisión y comprende a la sociedad uruguaya toda.

A tal conclusión se llega, siguiendo las enseñanzas del profesor compatriota Risso Ferrand, a través de la precisa determinación del objeto del proceso, de argumentos de texto

de la propia sentencia y del análisis de la jurisprudencia constante de la CIDH.

Es claro que el objeto del proceso consiste en la procedencia o no de la pretensión incoada en la demanda. Resulta imprescindible analizar el contenido de la misma para determinar el objeto del proceso en cuestión y consecuentemente los alcances de la sentencia.

La demanda en el proceso antes referido fue presentada por la Comisión – como se señaló ut supra los particulares no pueden presentar demandas ante la CIDH – y en ella se formuló un petitorio muy claro y preciso:

“144. En razón de las conclusiones de este caso, la Comisión Interamericana se permite solicitar a la Corte que ordene al Estado uruguayo:

a. Determinar la responsabilidad por la desaparición forzada de María Claudia García de Gelman y la sustracción de su hija recién nacida, María Macarena Gelman, mediante el debido proceso de la ley y una investigación judicial completa sobre los hechos, a fin de identificar a los responsables de las violaciones a los derechos humanos referidos en el presente caso para que los culpables puedan ser debidamente sancionados.

b. Adoptar las medidas legislativas y de otra índole necesaria para que, de acuerdo con sus procesos constitucionales y las disposiciones de la Convención Americana, quede sin efecto la ley 15.848 o Ley de Caducidad.

c. Crear un mecanismo interno efectivo, con poderes jurídicos vinculantes y autoridad sobre todos los órganos del Estado, para asegurar el cumplimiento cabal de lo que ordene la Corte en su sentencia.

d. Otorgar una reparación plena a los familiares de las víctimas que incluya, no sólo una indemnización por los daños materiales y morales y la costas y costos del litigio, a nivel nacional e internacional, sino también la celebración de ciertos actos de importancia simbólica que garanticen la no reiteración de los delitos cometidos en el presente caso, actos que sólo pueden ser determinados a través de negociaciones entre los peticionarios y el Estado, como la celebración de un día anual de conmemoración y memoria de las víctimas del gobierno de facto”.

Como se observa, la pretensión incoada en la demanda presentada contiene la solicitud de dejar sin efecto la Ley de Caducidad con efectos generales, en forma absolutamente coincidente con las Recomendaciones que la Comisión había realizado en forma previa al Estado Uruguay. Así las cosas los

argumentos referidos al objeto del proceso y al principio de congruencia, que tienden a limitar las facultades de la CIDH al caso Gelman debe ser desestimados (Vide Risso Ferrand, Martín – ob. Cit. – pág. 88).

Por otra parte en el párrafo 253 de la sentencia, al que se remite expresamente el numeral 11 del contenido dispositivo antes mencionado se establece:

“253. Para ello, dado que la Ley de Caducidad carece de efectos por su incompatibilidad con la Convención Americana y la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas, en cuanto puede impedir la investigación y eventual sanción de los responsables de graves violaciones de derechos humanos, el Estado deberá asegurar que aquélla no vuelva a representar un obstáculo para la investigación de los hechos materia del presente caso ni para la identificación y, si procede, sanción de los responsables de los mismos y de otras graves violaciones de derechos humanos similares acontecidas en Uruguay”

Como señala Risso Ferrand del texto ***“...y de otras graves violaciones de derechos humanos similares acontecidas en Uruguay”*** emerge claramente que no puede interpretarse el numeral 11 del contenido dispositivo de la sentencia

como limitado al caso Gelman, puesto que de la referencia expresa surge exactamente lo contrario (Ob. Cit. – pág. 89).

Y en el párrafo 254 de la sentencia, al que también se remite el numeral 11 del contenido dispositivo antes mencionado establece:

“En consecuencia, el Estado debe disponer que ninguna norma análoga, como prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, non bis in ídem o cualquier excluyente de responsabilidad, sea aplicada, y que las autoridades se abstengan de realizar actos que impliquen la obstrucción del proceso investigativo”.

Como bien enseña el profesor Riso Ferrand, el párrafo comienza diciendo ***“En consecuencia...”*** (en consecuencia del párrafo 253), lo que también confirma los efectos generales de la sentencia (Ob. Cit –pág. 89)

Corroborando la conclusión anterior la jurisprudencia constante que viene desarrollando la CIDH desde el caso Barrios Altos, que es muy firme en cuanto a los efectos generales anteriormente afirmados.

En efecto, en la sentencia del 14 de marzo de 2001 en el caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros) vs. Perú la CIDH señaló:

“Esta Corte considera 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 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”.

Incluso como señala Risso Ferrand **“no puede pasar desapercibido que la Corte hace remisión expresa a estos antecedentes y que algunos párrafos de la sentencia son copia casi idéntica de otros contenidos en los pronunciamientos anteriores”** (Ob. Cit. – pág. 89).

Además, como se señaló ut supra, desde el año 2003 la CIDH hace el seguimiento del cumplimiento de sus sentencias y llegada esa instancia de nada valdrán las interpretaciones restrictivas que la República Oriental del Uruguay intente hacer valer

de la sentencia del 24 de febrero de 2011, que difieran de la posición que la propia Corte ha reiterado hasta el cansancio.

En ese sentido debe tenerse presente, entre otras, la sentencia del 15 de junio de 2005, en el caso Comunidad Moiwana vs. Suriname la CIDH señaló:

“Como el Tribunal ha afirmado en repetidas ocasiones, ninguna ley o disposición interna – incluyendo las leyes de amnistía y plazos de prescripción – podría oponerse al cumplimiento de las decisiones de la Corte en cuanto a la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de los derechos humanos. Si no fuera así, los derechos consagrados en la Convención Americana estarían desprovistos de protección efectiva”.

Así las cosas la sentencia del 24 de febrero de 2011 de la CIDH tiene disposiciones que obligan al Estado uruguayo a adoptar medidas generales, que incluyr a todas las causas de derechos humanos y que comprenden la investigación de los hechos y la no aplicación de la ley de caducidad u otra norma análoga, sea de prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, non bis in ídem o que establezca cualquier excluyente de responsabilidad que impida la sanción de los responsables.

En la opinión de ésta Fiscalía, lo anterior incide directamente en la elucidación del objeto del proceso de autos, puesto que éste versa sobre cuestiones que fueron objeto de pronunciamiento expreso de la sentencia de la CIDH.

III.IV) Cumplimiento de la Sentencia de la CIDH del 24 de febrero de 2011.

Se ha sostenido que la sentencia no debe ser aplicada pues es contraria a la voluntad mayoritaria de la población, manifestada en dos pronunciamientos populares.

Esta Fiscalía sostiene que tal posición es insostenible, puesto que no existe ningún principio que le otorgue a los Estados el poder de sustraerse a los fallos adversos mediante la invocación de su impopularidad (Vide Ochs Olazabal – El fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Gelman contra Uruguay – Estudios Jurídicos N° 9 – pág. 107). Ello por cuanto los tribunales de justicia integran el sistema de control contramayoritario, en el cual las controversias se resuelven a través de la aplicación del derecho objetivo en forma independiente, técnica e imparcial y frente al que no sirven los argumentos democráticos (Vide Risso Ferrand, Martín – Ob. Cit. – pág. 77).

Así como nada impidió que la Suprema Corte de Justicia declarara inaplicable la ley de caducidad de pretensión punitiva del estado por ser contraria a la Constitución de la República y a nadie se le ocurrió decir que dicho fallo no debía ser acatado; nada impidió que la CIDH declare inaplicable la precitada norma legal por ser contraria a la Convención y no puede sostenerse que su resolución no debe ser cumplida.

Tanto la Suprema Corte de Justicia como la CIDH en sus sentencias tomaron debida nota de tal circunstancia.

La Suprema Corte en su sentencia del 19 de octubre de 2009 expresó:

“Cabe poner de manifiesto que no se puede desconocer que los arts. De la ley 15.848 tachados de inconstitucionalidad fueron ratificados por el Cuerpo Electoral, al rechazarse el recurso de referéndum promovido contra dicha ley en el año 1989, extremo a partir del cual se pueden formular varias consideraciones”.

“No obstante, la Corporación considera que la ratificación popular que tuvo lugar en el recurso de referéndum promovido contra la ley 1989 no proyecta consecuencia relevante

alguna con relación al análisis de constitucionalidad que debe realizar”.

Y la CIDH en la sentencia del 24 de febrero de 2011 expresó:

“238. El hecho de que la ley de caducidad haya sido aprobada en un régimen democrático y aún ratificada o respaldada por la ciudadanía en dos ocasiones no le concede, automáticamente ni por sí sola, legitimidad ante el Derecho Internacional. La participación de la ciudadanía con respecto a dicha ley, utilizando procedimientos de ejercicio directo de la democracia – recurso referéndum (párrafo 2 del art. 79 de la Constitución del Uruguay) – en 1989 y – plebiscito (literal del art. 331 de la Constitución del Uruguay) sobre un proyecto de reforma constitucional por que se habrían declarado nulos los arts. 1 a 4 de la ley – el 25 de octubre de 1989, se debe considerar entonces, como hecho atribuible al Estado y generador, por tanto, de la responsabilidad internacional de aquél”.

La sentencia de la CIDH del 24 de febrero de 2011, tal como se señaló ut supra, es de cumplimiento obligatorio para la República Oriental del Uruguay en tanto ratificó la Convención y reconoció por acto voluntario la competencia de la CIDH para todos los casos de interpretación y aplicación de los

tratados de derechos humanos, de pleno derecho y en forma indefinida; y fue dictada en un proceso en el que el país fue parte.

II.V) Forma de cumplimiento de la sentencia de la CIDH EL 24 de febrero de 2011 por la República Oriental del Uruguay. Control de convencionalidad.

Mucho se ha discutido en el país, sobre que órganos deben cumplir con las obligaciones que se le impusieron a la República Oriental del Uruguay en la Sentencia de la CIDH del 24 de febrero de 2011.

En la opinión de esta Fiscalía todos los órganos del Estado deben cumplir con la sentencia de la CIDH, actuando dentro de su competencia. Como bien señala el Profesor Riso Ferrand, **“No es aceptable que un órgano deje de cumplir en aquello que está a su alcance, en aquello que pueda ayudar o remover obstáculos para cumplir la sentencia”** (Vide ob. Cit. – pág. 85).

Para ello debe realizarse por parte de los jueces y fiscales intervinientes un juicio de convencionalidad y determinar si existen normas del derecho interno que corresponde aplicar al caso concreto, que sean incompatibles con las disposiciones de la

Convención, en la interpretación que a la misma le dio el fallo de la CIDH.

En efecto, a partir de la sentencia del 26 de setiembre de 2006, en el caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, la CIDH definió claramente, dentro del marco de la vigencia de la Convención, el control de convencionalidad a practicarse por los jueces nacionales (Vide Sagües, Néstor Pedro – Obligaciones Internacionales y Control de Convencionalidad – Estudios Constitucionales – Año 8 – N° 1 – pág. 118).

En esa sentencia la CIDH estableció:

“124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que obliga a velar porque los efectos de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos

Humanos. En esa tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.

“125. En esa misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno. Esta regla ha sido codificada en el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969”.

Esta doctrina fue reiterada en la sentencia del 29 de noviembre de 2006, en el caso La Cantuta vs. Perú y en la sentencia de 20 de diciembre de 2007 en el caso Boyce y otros vs Barbados.

Pero en la sentencia del 24 de noviembre de 2006, en el caso Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, la CIDH dio un paso más y pasó de “una especie de control” al “control” de convencionalidad liso y llano (Vide Sagües, Néstor Pedro – Ob. Cit. – pág. 120). En efecto en esa sentencia la CIDH estableció:

“Cuando un Estado ha ratificado un tratado de derecho internacional como la Convención Americana, sus jueces están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes complementarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad, ex officio, entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control debe ejercerse siempre, sin considerar otros supuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de este tipo de acciones”.

Los fundamentos jurídicos del control de convencionalidad los ubica la CIDH en dos normas de derecho internacional. Primero el art. 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece: **“Pacta sunt servanda. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”**. Y segundo el art. 27 de la mencionada Convención reza: **“El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno**

como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.”

Y el art. 46 mencionado solo permite, como excepción, alegar el derecho interno para eximirse del cumplimiento de un tratado, si su consentimiento al elaborarlo hubiera sido viciado por una violación manifiesta, en materia de competencia para celebrar el tratado y ello afectare una norma fundamental de ese derecho interno.

La CIDH realiza un control de convencionalidad cuando en sus veredictos descarta normas locales, incluso constitucionales opuestas a la Convención. A esta actividad se le ha denominado “control de convencionalidad en sede internacional”. Pero a partir de la sentencia del 26 de setiembre de 2006, en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, la CIDH encomendó a los tribunales nacionales efectuar el control de convencionalidad nacional (Vide Sagües, Néstor Pedro – Ob. Cit. – pág. 121).

No cabe dudas que la directriz obliga a los Tribunales Constitucionales, se encuentren éstos dentro o fuera del Poder Judicial, puesto que el fallo de la CIDH le reclama a éste organismo el doble control: de constitucionalidad y de convencionalidad. Tampoco caben dudas que en los países en los que existe un control difuso de constitucionalidad y cualquier tribunal

puede no aplicar las normas opuestas a la Constitución, estos deben realizar también el doble control. Pero en los países donde existe un control concentrado de constitucionalidad como el nuestro, existen dos posiciones. Por un lado, están quienes afirman que el control de convencionalidad es difuso y debe ser igualmente realizado por cada tribunal. Y por otro quienes sostienen que lo debe realizar el mismo tribunal que realiza el control de constitucionalidad, al que le debe remitir los autos la sede que entienda que en un asunto sometido a su decisión existe un problema de convencionalidad (Vide Sagües, Néstor Pedro – Ob. Cit. p – págs. 121 y 122).

En la especie estamos en sede de control de constitucionalidad, por lo que la duda planteada en doctrina carece de objeto, pudiendo esta Representación y la Suprema Corte de Justicia realizar en esta instancia el control de convencionalidad.

Conforme a la doctrina del control de convencionalidad, el material normativo controlado son todas las normas jurídicas domésticas incluyendo la Constitución de la República, no exceptuada en los fallos de la CIDH mencionados. Señala el profesor argentino Néstor Pedro Sagües: **“El pacto asume así, agrade o no esta conclusión, y por más que algunos la quieran edulcorar, condición de supraconstitucionalidad. Por ello, como en el caso de la “La última tentación de Cristo, la**

CIDH reclamó a Chile modificar una cláusula de la Constitución local opuesta al Pacto, como efectivamente se hizo después”. “... Desde luego esta afirmación no será fácil de digerir por Estados para los cuales los tratados internacionales son leyes comunes, a aquellos otros en los que, en el mejor de los casos, resultan superiores a las leyes ordinarias, pero siempre inferiores a la Constitución. Quizás es más potable para naciones donde el Pacto de San José de Costa Rica cuenta con rango constitucional, pero aun así el problema subsiste porque el control de convencionalidad esta partiendo del supuesto de que el Pacto predomina sobre la Constitución y no que es igual que ella” (Ob. Cit. – págs.. 124 y 125).

El material normativo controlante lo constituye la propia Convención, más la exegesis que de la misma ha hecho hasta la fecha la CIDH tal como surge del fallo de fecha 26 de setiembre de 2006 en el caso denominado “Almonacid Arellano vs. Chile”. Señala Sagües que **“...esta tesis importa una interpretación mutativa por adición realizada sobre el Pacto por la CIDH, en su condición de intérprete última. El tribunal ha agregado algo al contenido inicial del Pacto aunque el contenido de éste no ha variado. Así un Estado puede verse obligado por la doctrina sentada en la CIDH, en una causa en al que él no ha sido parte, ni obviamente**

tenido oportunidad para alegar en pro de una interpretación diferente a la formulada en aquel expediente” (Ob. cit. pág. 126).

Conforme a la doctrina del control de convencionalidad, su efecto se traduce en un deber judicial concreto de inaplicación del precepto normativo objetado, por carecer de valor jurídico. El control de convencionalidad es asimilable en sus efectos al control de constitucionalidad, la norma repudiada es inaplicada por se incompatible con el derecho superior, pero no derogada (Cf. Sagües, Néstor Pedro – Ob. cit. – pág. 128).

En la opinión de esta Representación, no existe inconveniente alguno en aplicar por parte de los jueces y fiscales uruguayos, sin necesidad de ningún acto de pase al derecho interno ni procedimiento de exequátur, la Convención en la forma que es interpretada por la CIDH en el caso Gelman, puesto que la República Oriental del Uruguay fue parte demandada en el proceso y condenada por graves violaciones a los derechos humanos a cumplir varias medidas reparatorias particulares y generales.

Al menos no pueden existir dudas en que en casos como el de autos, que estamos en sede de control de constitucionalidad, corresponde realizar también el de convencionalidad.

Y en función del precitado análisis de convencionalidad no aplicar la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, por ser contraria a la Convención, tal como esta dispuesto en el fallo de la referida sentencia.

Ahora bien en nuestro derecho es pacíficamente admitido hoy día, que los tratados de derechos humanos, entre ellos la Convención, se integran a la Constitución de la República. Así lo ha reconocido la propia Suprema Corte de Justicia cuando afirmó:

“La Corporación comparte la línea de pensamiento según la cual las convenciones 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 la misma dirección, Risso Ferrand, citando a Nogueira, observa que “en América Latina hay una poderosa corriente cada vez más generalizada que reconoce un bloque de derechos integrado por los derechos asegurados explícitamente en el texto constitucional, los derechos contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos y los derechos implícitos, donde el operador jurídico debe interpretar los derechos buscando preferir aquella fuente que mejor protege y garantiza los derechos de la persona humana (Risso Ferrand,

Martín – Derechos Constitucional – Tomo 1° - Segunda edición ampliada y actualizada – octubre 2006, pág. 114)” (Sentencia 365/2009 del 19 de octubre de 2009).

Pero al menos hasta ahora la jurisprudencia no ha aceptado que los tratados de derechos humanos, incluida la Convención, tenga un valor supraconstitucional como reclama la CIDH en su doctrina del control de convencionalidad. La duda se plantea entonces, que pasa cuando las normas de la Convención, en la interpretación que de ellas ha realizado la CIDH, son contrarias a las disposiciones de nuestra Constitución, como acontece en el caso de autos.

En efecto, el fallo de la CIDH le ordenó al Estado no sólo que no aplique la ley de caducidad - hasta allí no hay problemas porque esta norma es, además de inconvencional, inconstitucional y así ha sido declarada por la SCJ –, sino que no se aplique ninguna norma análoga, como prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, non bis in ídem o cualquier excluyente de responsabilidad, a los casos de graves violaciones a los derechos humanos.

Como se ve, el fallo de la CIDH, al menos en la opinión de esta Fiscalía, entraña agravios a varios derechos fundamentales de los indagados e imputados en las causas llevadas

adelante en el país por graves violaciones a los derechos humanos, reconocidos en nuestra Constitución política y en la propia Convención, en tanto ordena que en ellas no se apliquen las normas de prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, non bis in ídem o que establezcan cualquier excluyente de responsabilidad.

Pues bien, aun cuando tal disposición del fallo en cuanto ordena la inaplicación de las normas de irretroactividad de la ley penal, la cosa juzgada y el non bis in ídem violenta la conciencia jurídica del titular de ésta Fiscalía, ello no impide que la sentencia de la CIDH deba cumplirse.

Como señaló la Suprema Corte de Justicia de la República Argentina en la sentencia del 23 de diciembre de 2004, en el denominado caso Bulacio:

“14) Que, en cambio, el fallo de la Corte Interamericana soluciona la colisión entre los derechos del imputado a una defensa amplia y a la decisión del proceso en un plazo razonable —íntimamente relacionado con la prescripción de la acción penal como uno de los instrumentos idóneos para hacer valer ese derecho (conf. citas de Fallos: 322:360, voto de los jueces Petracchi y Boggiano, considerando 9°)—, a través de su subordinación a los derechos del acusador, con fundamento en que se ha constatado en el caso una violación a los derechos humanos

en los términos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Ello, por cierto, bien puede bastar para generar la responsabilidad internacional del Estado infractor, pero no para especificar cuáles son las restricciones legítimas a los derechos procesales de los individuos que resulten imputados penalmente como autores o cómplices del hecho que origina la declaración de responsabilidad internacional”.

“15) Que a ello se suma, en el caso, que la restricción de los derechos del imputado que deriva de la inoponibilidad de la prescripción es consecuencia de los hechos reconocidos por el gobierno argentino, en el marco de un procedimiento de derecho internacional en el que el acusado no ha tenido posibilidad alguna de discutirlos. Por otro lado, la fijación de las circunstancias de hecho de las que deriva la declaración de responsabilidad se produjo por medio de un procedimiento formal —consecuencia del reconocimiento de su responsabilidad internacional por parte del Estado— desvinculado del principio de averiguación de la verdad real que rige en materia procesal penal (conf. la decisión de la Corte Interamericana de omitir la consideración de los peritajes presentados por el Estado Argentino que se dirigían a desvirtuar los hechos de fondo, § 59)”.

“16) Que, en consecuencia, se plantea la paradoja de que sólo es posible cumplir con los deberes impuestos al Estado Argentino por la jurisdicción internacional en materia de derechos humanos restringiendo fuertemente los derechos de defensa y a un pronunciamiento en un plazo razonable, garantizados al imputado por la Convención Interamericana. Dado que tales restricciones, empero, fueron dispuestas por el propio tribunal internacional a cargo de asegurar el efectivo cumplimiento de los derechos re-conocidos por dicha Convención, a pesar de las reservas señaladas, es deber de esta Corte, como parte del Estado Argentino, darle cumplimiento en el marco de su potestad jurisdiccional”.

Como se dijo ut supra, la República Oriental del Uruguay ratificó la Convención y en forma voluntaria reconoció la competencia de la CIDH para todos los casos de interpretación y aplicación de los tratados de derechos humanos en forma indefinida. La CIDH falló y condenó a la República Oriental del Uruguay como responsable de graves violaciones a los derechos humanos y le impuso el cumplimiento de una serie de medidas reparatorias particulares para las víctimas y generales para la sociedad toda. La sentencia de la CIDH es definitiva e inapelable y su cumplimiento es obligatorio para la República Oriental del Uruguay.

III) Aplicación de la sentencia del 24 de febrero de 2011 de la CIDH al caso concreto.

III.I) Inaplicabilidad al proceso jurisdiccional en trámite del art. 1 de la ley 18.831.

En la opinión de ésta Representación el art. 1 de la ley 18.831 no es aplicable en la especie y por ende no corresponde pronunciarse sobre su constitucionalidad y/o convencionalidad en la especie.

En efecto, el art. 1 de la ley 18.831 establece: **“Se restablece el pleno ejercicio de la pretensión punitiva del Estado para los delitos cometidos en aplicación del terrorismo de Estado hasta el 1° de marzo de 1985, comprendidos en el artículo 1° de la Ley N° 15.848, de 22 de diciembre de 1986.”**

En opinión de ésta Fiscalía la norma citada es inaplicable en la especie, por dos razones: primero, porque de su propio texto surge que solo se aplica a los delitos comprendidos en el art. 1° de la ley 15.848 y segundo, porque corresponde aplicar el fallo de la CIDH multicitado.

En efecto, de la simple lectura de la norma en cuestión surge que tiene un ámbito de aplicación restringido: **“...los delitos comprendidos en el artículo 1° de la Ley N° 15.848, de 22**

de diciembre de 1986". Y de autos surge que el presente caso no está, ni estuvo nunca comprendido en el art. 1° de la ley 15848, en tanto el Poder Ejecutivo de la época lo excluyó expresamente por resolución del 1 de diciembre de 2008 que luce a fs. 104.

Es por esa razón que ni el Sr. Juez de 1° Instancia al dictar el auto de procesamiento, ni el Tribunal de Apelaciones Penal al confirmar parcialmente el mismo, ni el Sr. Fiscal al deducir la demanda acusatoria aplican el art. 1 de la ley 18.831 cuya inaplicabilidad solicita la Defensa.

Además, en la opinión de ésta Fiscalía debe tenerse presente que la CIDH dispuso en el fallo del 24 de febrero que no corresponde aplicar la ley 15848, a los casos de graves violaciones a los derechos humanos, por ser contraria a la Convención, circunstancia que tornaría inaplicable la norma en estudio.

III.II) Inaplicabilidad al proceso jurisdiccional en trámite del art. 2 de la ley 18.831.

El Tribunal de Apelaciones Penal de 4° Turno, al confirmar parcialmente el auto de procesamiento, a fs. 1043 vto. y 1044 expresó: **"I) Que en primer lugar, corresponde analizar el agravio referido a que, en autos, ha operado la prescripción. La**

discusión referida a este punto y en relación a los hechos vinculados a la ley 15.848, ha sido dilucidada en vía legislativa. En efecto, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 2° de la ley 18.831, “...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 la ley (27 de octubre de 2011) para los delitos a que se refiere el art. 1° de ésta ley...”. Y el Sr. Fiscal al deducir su demanda acusatoria transcribió los conceptos emitidos por el Tribunal de Segunda Instancia interviniente.

De lo expuesto parece fluir sin hesitaciones que el art. 2 de la ley 18.831 es aplicable en la especie y corresponde pronunciarse sobre su constitucionalidad.

Esta Fiscalía no tiene el honor de compartir las afirmaciones del Tribunal de Apelaciones y del Sr. Fiscal intervinientes.

En efecto el art. 2 de la ley 18831 establece: **“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 1° de esta ley.**

Del propio texto de la norma en cuestión surge que su ámbito de aplicación es restringido y comprende solamente **“...los delitos a que refiere el artículo 1° de esta ley”**. Es decir alcanza solamente **“...los comprendidos en el art. 1° de la ley 15848, de 22 de diciembre de 1986”**, entre los que no se encuentra el caso de autos, por haber sido excluido expresamente por el Poder Ejecutivo como ya se señaló.

Por otra parte, se trata de una norma de prescripción (suspensión del plazo de prescripción) de cierto tipo de delitos: los delitos comprendidos en el art. 1 de la misma ley, que no son otros que los comprendidos en el art. 1° de la ley de caducidad del Estado como ya se señaló y que comprenden graves violaciones a los derechos humanos.

Y como se señaló ut supra, las normas de prescripción, al igual que las non bis in ídem, cosa juzgada, irretroactividad de la ley penal y eximentes de responsabilidad, no son aplicables a los casos de graves violaciones a los derechos humanos ocurridos en Uruguay, entre los que se encuentra el de autos, conforme a lo dispuesto por la Sentencia de la CIDH del 24 de febrero de 2011. En cumplimiento de la sentencia internacional mencionada, no puede aplicarse al caso de autos, ni a ningún caso de

graves violaciones a los derechos humanos las normas de prescripción nacionales, entre ellas, la disposición en estudio.

Como se observará se comparte la solicitud de la Defensa en cuanto a la inaplicación al caso de autos de la disposición legal en estudio, pero con consecuencias distintas. Ello por cuanto la Defensa pretende su inaplicación, para que se apliquen las normas de prescripción del Código Penal vernáculo. Pero a juicio de ésta Fiscalía estas últimas también son inaplicables a los casos de graves violaciones de los derechos humanos, entre los que se encuentra el de autos, en cumplimiento de lo dispuesto por la sentencia de sentencia de la CIDH, del 24 de febrero de 2011.

III.III) Inaplicabilidad al proceso jurisdiccional en trámite del art. 3 de la ley 18831.

Esta Fiscalía entiende inaplicable al caso de autos la disposición cuestionada, la que por otra parte no ha sido mencionada ni por el Tribunal de Apelaciones al confirmar parcialmente el auto de procesamiento, ni por la Fiscalía al deducir su demanda acusatoria, circunstancias que por sí solas son suficientes para no ingresar al análisis de su constitucionalidad o convencionalidad.

Y la entiende inaplicable por las mismas razones de texto de la propia norma antes mencionada. En efecto el art. 3° en cuestión establece:

”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”.

De la simple lectura surge que el ámbito de aplicación de la norma en cuestión lo constituyen **“...los delitos a que refieren los artículos anteriores...”**. Y como se ha señalado éstos no son otros que **“...los comprendidos en el art. 1° de la ley 15848...”**, entre los cuales como ya se adelantó no se encuentra el del caso de autos, por haber sido excluido del mismo por el Poder Ejecutivo en forma expresa.

Sin perjuicio de lo expuesto, a juicio de ésta Fiscalía el hecho de que la disposición en análisis no sea aplicable al presente, no impide la conceptualización del delito de autos como un crimen de lesa humanidad en tanto el mismo encaja con precisión en la tipificación que de los mismos hace el derecho internacional.

En efecto, según la imputación formulada en la demanda acusatoria, el homicidio de autos fue cometido por un

funcionario público, perteneciente a las fuerzas armadas de la República Oriental del Uruguay, por razones políticas (evitar disturbios ocasionados por las protestas contra el golpe de estado), el 6 de julio de 1973, en circunstancias en que conforme al propio Estado ha reconocido, se impedía **“...el ejercicio de los derechos fundamentales a las personas...”** y se llevaban a cabo **“...prácticas sistemáticas de tortura, desaparición forzada y prisión sin intervención del Poder Judicial, homicidios, aniquilación de personas en su integridad psicofísica, exilio político o destierro de la vida social...”** (arts. 1 y 2 de la ley 18.596).

Uruguay ratificó la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, por ley 17347, del 19 de junio de 2011.

El art. 1 de la referida convención establece:

“Los crímenes siguientes son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido:

a) **Los crímenes de guerra según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, 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,**

sobre todo las "infracciones graves" enumeradas en los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas de la guerra;

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 Nüremberg, 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”.

Y el art. 6 del Estatuto del Tribunal Militar de Nüremberg, del 8 de agosto de 1945, que fuera confirmado por las resoluciones mencionadas de la Asamblea General de las Naciones Unidas establece:

a) **CRIMENES CONTRA LA PAZ: A saber, planificar, preparar, iniciar o librar guerras de agresión, o una guerra que constituya una violación de tratados, acuerdos o**

garantías internacionales, o participar en planes comunes o en una conspiración para lograr alguno de los objetivos anteriormente indicados;

(b) CRIMENES DE GUERRA: A saber, violaciones de las leyes o usos de la guerra. En dichas violaciones se incluye el asesinato, los malos tratos o la deportación para realizar trabajos forzados o para otros objetivos en relación con la población civil de un territorio ocupado o en dicho territorio, el asesinato o malos tratos a prisioneros de guerra o a personas en alta mar, el asesinato de rehenes, el robo de bienes públicos o privados, la destrucción sin sentido de ciudades o pueblos, o la devastación no justificada por la necesidad militar, sin quedar las mismas limitadas a estos crímenes;

(c) CRIMENES CONTRA LA HUMANIDAD: A saber, el asesinato, la exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra población civil antes de la guerra o durante la misma; la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna de país donde se perpetraron.

Estas definiciones, así como el interés de la comunidad internacional de que estos crímenes fueran sancionados quedaron reflejados en las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) del 13 de febrero de 1946 y 170 (II) del 31 de octubre de 1947.

La Convención se aprobó por una serie de razones que quedaron plasmadas en su preámbulo y que tienen gran significación a los fines hermenéuticos de la misma, puesto que constituyen la expresión del consenso sobre cuestiones que fueron ampliamente discutidas en el seno de los debates internacionales (artículo 31.2. de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados). En el preámbulo se observó que 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. Se consideró que los éstos figuran entre los delitos de derecho internacional más graves y que su represión efectiva es un elemento importante para prevenir esos crímenes y proteger los derechos humanos y libertades fundamentales. Se consideró además que la aplicación a su respecto de las normas de derecho interno relativas a la prescripción de los delitos ordinarios suscita grave preocupación en la opinión pública mundial, pues impide el enjuiciamiento y castigo de sus responsables. Y concluyó 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".

Con relación a éste último párrafo del preámbulo, cabe señalar que el verbo "enunciar" contenido en el proyecto original fue sustituido por "afirmar", como resultancia del consenso logrado para consagrar la recepción convencional de un principio ya existente en el derecho internacional referente a la imprescriptibilidad tanto de los crímenes de guerra como de los crímenes de lesa humanidad (Ver Informes de la Comisión de Derecho Internacional, Resolución 3 (XXII) de la Comisión de Derecho Internacional aprobada por el Consejo Económico y Social por resolución 1158 (XLI) del 5 de agosto de 1966 y Resolución 2338 (XXII) de la Asamblea General del 18 de diciembre de 1967).

Podrá decirse y es cierto, que al momento en que ocurrieron los hechos de autos la República Oriental del Uruguay no había ratificado la Convención. Pero también es cierto que entre la serie de normas fundamentales que conciernen a los derechos inalienables reconocidos por la comunidad internacional se encuentran los crímenes de lesa humanidad. Estas reglas establecidas consuetudinariamente no pueden ser dejadas de lado por tratados ni

derogadas sino por la formación de una norma posterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

En suma:

1) La sentencia de la CIDH del 24 de febrero de 2011, dictada en el caso “Gelman vs. Uruguay” dispuso el cumplimiento de medidas reparatorias particulares que comprenden a las víctimas y reparatorias generales que se proyectan a la sociedad toda.

2) Dentro de las medidas reparatorias generales se encuentra la inaplicación a los casos de graves violaciones a los derechos humanos de la ley de caducidad del estado y cualquier norma análoga, tales como prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, non bis in ídem o cualquier excluyente de responsabilidad.

3) La sentencia es definitiva, inapelable y de cumplimiento obligatorio para la República Oriental del Uruguay, que reconoció en forma voluntaria y de pleno derecho la competencia de la CIDH para entender en todos los casos de interpretación y aplicación de la Convención, en tanto fue dictada en un proceso en el que fue parte demandada y condenada.

4) El art. 1 de la ley 18831 es inaplicable al caso de autos porque dicha norma solo es aplicable a los delitos comprendidos en el art. 1 de la ley 15848 y el Poder Ejecutivo excluyó el delito imputado al acusado en la demanda acusatoria de la mencionada disposición legal.

5) El art. 2 de la ley 18831 es inaplicable al caso de autos porque dicha norma solo es aplicable a los delitos del art. 1 de la misma, que no son otros que los comprendidos en el art. 1 de la ley 15848 y el Poder Ejecutivo excluyó el delito imputado al acusado en la demanda acusatoria de la mencionada disposición legal. Por otra parte se trata de una norma de prescripción, inaplicable a un caso de grave violación a los derechos humanos como el de autos, por disposición de la sentencia de la CIDH.

6) El art. 3 de la ley 18831 es inaplicable al presente caso porque dicha norma solo es aplicable a los delitos del art. 1 de la misma, que son los comprendidos en el art. 1 de la ley 15848 y el Poder Ejecutivo excluyó el delito imputado al acusado en la demanda acusatoria de la mencionada disposición legal. Sin perjuicio de ello el delito de autos es un delito de lesa humanidad en tanto el mismo encaja con precisión en la tipificación que de los mismos hace el derecho internacional.

CONCLUSION

A criterio de esta Fiscalía por los fundamentos antes expuestos no corresponde pronunciarse sobre la constitucionalidad o no de las disposiciones legales cuestionadas por ser inaplicables al caso, salvo mejor opinión de la Corporación.

Montevideo, junio 27 de 2012.

JDA

*Dr. Jorge Díaz Almeida
Fiscal de Corte y Procurador
General de la Nación*