

**Juzgado Ldo.Penal 1° T°**  
DIRECCIÓN S/D

**CEDULÓN**

**CHARGOÑA, PABLO**  
**DE LOS SANTOS, NORMA**  
Montevideo, 1 de marzo de 2016

En autos caratulados:

**DE LOS SANTOS, NORMA ESTHER.DENUNCIA.DDHH**  
Ficha 87-134/2012

Tramitados ante esta Sede se ha dispuesto notificar a Ud. la providencia que a continuación se transcribe:

Decreto 256/2016,

Fecha :22/02/16

VISTOS:

Estos autos caratulados “NORMA ESTHER DE LOS SANTOS, DENUNCIA”, IUE 87 134 2012 seguidos con la fiscalía penal de 6° turno por el Ministerio Público y la defensa de las Dras R. Gavazzo y E. Arab.

RESULTANDO:

I) Una vez iniciada la instrucción a fs. 368 y sts compareció Julio Barrabino asistido de las Dras. Rosanna Gavazzo y Estela Arab D’Argenio, planteando incidentalmente la prescripción de la acción penal.

II) Del incidente se dio traslado, fs. 374.

III) El Ministerio Público evacuó el traslado a fs. 375 y sts.

IV) Por resolución 3159/2015 no se hizo lugar al incidente.

V) A fs. 399 y sts se presentaron recursos de reposición y apelación contra la resolución 3159/2015. De los recursos se dio traslado (fs. 412), el que fue

evacuado a fs. 413 y sts.

En la presentación con recursos las defensas esgrimieron diversos argumentos a favor de su tesis: el principio de irretroactividad, la normativa internacional, legislación nacional, jurisprudencia nacional, doctrina del Profesor Gonzalo Fernández, M. Foucault; se hizo consideraciones sobre las fuentes del derecho, sobre la seguridad jurídica, sobre el llamado derecho penal del enemigo, sobre las dificultades de instruir causas sobre hechos ocurridos hace cuarenta años; se arguyó la violación del principio de legalidad e irretroactividad y se pidió se revocara la atacada, por contrario imperio y en caso denegatorio se elevaran en alzada a esos efectos.

De los recursos, se confirió traslado Arguyó el Ministerio Público en su favor con la normativa internacional, las fuentes del derecho internacional, la jurisprudencia internacional en especial la de la Corte IDH, los principios de ius cogens, la normativa nacional, la jurisprudencia nacional, la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, la doctrina de Kai Ambos, López Goldaracena y de H. Arendt. Solicitó el mantenimiento de la impugnada. Arguyó la no violación del principio de legalidad, la no violación del principio de irretroactividad, la necesidad de proteger el sistema de derechos humanos. Sostuvo que los juicios justos por crímenes cometidos a través del ejercicio criminal de la soberanía estatal tienen la virtud de mostrar la superioridad del funcionamiento orgánico del Estado de Derecho sobre el sistema dictatorial impuesto por los acusados.

VI) Subieron al despacho a fs. 427v.

CONSIDERANDO:

I) Que se no se hará lugar al recurso de reposición presentado.

1. El despacho cree que la acción no ha prescrito, y que no pueden oponerse obstáculos a la instrucción pedida, por los siguientes fundamentos, por los cuales no hará lugar a los recursos de reposición.

2. El despacho hace remisión a la normativa internacional que basa la declaración de imprescriptibilidad de ciertos crímenes (fs. 380 y sts de estos autos).

3.

a) Existe una tesis doctrinaria, acompañable, que sostiene que la prescripción en este tipo de delitos corre, pero empieza a correr desde que asume la dirección política nacional un gobierno que sea capaz de perseguir este tipo de delitos cometidos por medio del gobierno y que además tenga voluntad política de no impedir su investigación, juzgamiento y castigo: “TEMAS ACTUALES DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL contribuciones de América Latina, Alemania y España” Konrad-Adenauer-Stiftung 2005: “Crímenes Internacionales y Prescripción” José Luis Guzmán Dálbora” pp.112,113. “Jurisprudencia latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional” Konrad – Adenauer – Stiftung, Georg – August – Universität – Göttingen, 2008, pp. 153,

154. En esta lógica la prescripción habría comenzado en 2005.

b) La doctrina argentina ha discutido arduamente estos temas y se ha inclinado por la no prescriptibilidad de los delitos como el denunciado.

En “Delitos de lesa humanidad – reflexiones acerca de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, Asociación argentina de profesores de Derecho Penal, Ediar, AAFD, Buenos Aires 2009, Juan Cianciardo, de la Asociación argentina de filosofía del derecho, pone de relieve el tema de la jurisprudencia en los casos de grave crisis social, política o económica y la diferencia entre normas de derecho y principios del derecho. Dice que las primeras necesitan una positivización de la que no requieren en igual medida los principios. Si bien estos principios necesitan también de algún grado de positivización, pp. 31 a 33. Destaca que los principios de derecho penal, si bien algunos son de cierta evidencia, pueden tener su comprobación en la experiencia social, esto es, por composición con el cotejo de las exigencias comunitarias y personales, p. 33. Que en el caso de los delitos de lesa humanidad el principio de *lex praevia* debe ponderarse con un principio de castigo de los delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra, delitos contra el derecho de gentes, que la comunidad mundial se ha comprometido a erradicar. Que existe un principio entonces de obligación estatal de perseguir y castigar los delitos de lesa humanidad, con aplicación retroactiva de la imprescriptibilidad, p. 34. Que hay que construir un concepto sustancial de justicia, un concepto universal de delitos de lesa humanidad. Que esta labor es posible, pp 34, 35.

En esta misma obra citada en el párrafo anterior María Laura Coronel, miembro de la Asociación argentina de Profesores de Derecho penal, Profesora de derecho penal en Córdoba, dice que en los casos de delitos de lesa humanidad existe el deber de investigar y sancionar y la prohibición de leyes de amnistía, disposiciones de prescripción, eximentes de responsabilidad, p. 38. Comenta positivamente el fallo de la CSJN en el caso “Simón” donde el alto cuerpo establece que los reatos juzgados ya estaban prohibidos por el derecho internacional especialmente con posterioridad a la segunda guerra mundial, reafirma la imprescriptibilidad de la acción penal en estos delitos, reconoce el principio de jurisdicción universal, p. 40. Y sostiene que debe irse a la protección efectiva y no solo formal o meramente literaria de los derechos humanos, pp. 40, 41.

4. Ahora bien. Existe doctrina que, analizando las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina en los casos Simón, Arancibia Clavel y otros desemboca en su apoyo. Así Matilde Bruera, de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal ha señalado que se puede ver ahora la aplicación de la jurisdicción universal para estos delitos, que no se afectan las garantías en tanto respecto de los delitos de lesa humanidad no concurren los elementos que hacen surgir la justificación de la prescripción, que estos delitos (de lesa humanidad) nunca dejan de ser vivenciados por la sociedad, que los delitos son cometidos por el propio Estado y desde él se organiza la impunidad de ellos, lo que es inaceptable y que esta impunidad se perpetúa en los gobiernos posteriores apelando a amnistías y perdones contrarios a la normativa de gentes y finalmente, luego de haber impedido que se hicieran los juicios en el tiempo debido, se invocan prescripciones, o se designan a ciertas personas senadores vitalicios para

asegurarles impunidad permaneciendo en esta calidad aun durante gobiernos democráticos lo cual pone en duda la existencia de un estado de derecho (“Delitos de lesa humanidad” reflexiones acerca de la jurisprudencia de la CSJN” Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal, Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2009 pp. 9, 10, 12, 13).

Esta referencia doctrinaria es importante y especialmente aplicable a Uruguay donde, desde 1985 a 2005 se opuso la ley 15848 a efectos de impedir las investigaciones.

Agrega Bruera que no es legítimo perseguir sólo a los débiles, dejando a los poderosos fuera del alcance del derecho, que las víctimas no son responsables de la paralización de los procesos porque han reclamado contra esa paralización (“Delitos de lesa humanidad” reflexiones acerca de la jurisprudencia de la CSJN” Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal, Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, Ediar, 2009 p 14).

En la misma obra dice José Antonio Buteler, Presidente de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal, que actualmente se ha impuesto la práctica de la jurisdicción universal respecto de estos crímenes, que se afecta más la credibilidad y confianza en la vigencia del orden jurídico y por ende el sentimiento de seguridad jurídica dictando la impunidad que juzgando estos hechos (“Delitos de lesa humanidad” reflexiones acerca de la jurisprudencia de la CSJN” Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal, Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, Ediar, 2009 p 19). Y Carlos Caramutti, miembro de la mencionada Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal dice que comparte el criterio de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, que el derecho está integrado por ciertos principios que exceden un estado meramente formal, que en derecho internacional rige el principio *nullum crimen sine iure* previo y no el principio *nullum crimen sine praevia lege*, que los delitos de lesa humanidad se caracterizan por el hecho de que son cometidos desde y al amparo del propio Estado del que emana esa legislación formal y que legitimar como derecho válido la utilización del propio Estado por los autores de estos delitos encierra una contradicción y una falta de consistencia, que la legislación formal es inválida si es usada para el aseguramiento de la impunidad de los peores delitos cometidos al amparo o usando el propio aparato del Estado, ob cit. pp. 22, 23, 24; estas líneas son especialmente aplicables al caso uruguayo si se aprecia que la legislación formal ha sido usada por los autores de los crímenes para impedir las investigaciones, para luego alegar la prescripción.

Agrega Caramutti que estos hechos eran ya prohibidos por el derecho internacional a la época en que fueron cometidos, que es necesario incluir a la víctima en la ecuación del delito, que las víctimas también tienen derecho a garantías; que en un conflicto donde uno de sus protagonistas ha usado el aparato del Estado para cometer delitos de lesa humanidad y luego pretende usar la fuente productora del derecho interno para generarse impunidad, tiene que haber un contrapeso para la protección de las víctimas, ob cit. pp. 25, 27, 28. Como se vio, el caso uruguayo es mismo así: los que cometieron estos hechos luego usaron el mecanismo legal formal para impedir las investigaciones y luego argüir

prescripción.

Juan Cianciardo, de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, dice que los casos judiciales que se plantean en épocas de grave crisis social, política o económica, plantean aspectos de los derechos fundamentales y de la teoría del derecho que no siempre se perciben con la misma claridad en situaciones normales, “Delitos de lesa humanidad” ob cit p. 31. Este autor distingue reglas jurídicas de principios jurídicos, ob cit p. 33. Las primeras necesitan positivización, más que los segundos. Los principios penales pueden obtener su comprobación de la experiencia social, por composición con el cotejo de las exigencias comunitarias y personales, p. 33. Hay que hacer entonces un nexo con la realidad social, p. 33. Uno de los principios, dice, del derecho internacional, es que los Estados no pueden dejar impunes delitos de lesa humanidad, p. 33, 34. De la mano de este principio se llega a aplicar la regla de la retroactividad de la imprescriptibilidad, p. 44. Postula, de la mano de los principios, ir a una justicia no formal sino sustancial, ante hechos aberrantes, p. 44.

María Laura Coronel, miembro de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal, Profesora de Derecho Penal, parte general en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, en esta misma obra sostiene que en relación a los delitos de lesa humanidad existe deber de investigar y sancionar, sin posibilidad de amnistías o prescripciones ni eximentes de responsabilidad que obstaculicen la investigación y sanción, p. 38. Trae a colación la posición que sostiene que los hechos investigados ya constituían, al tiempo de su comisión, conductas desvaloradas por el derecho penal interno y por el internacional, especialmente con posterioridad a la segunda guerra mundial, que la acción es imprescriptible porque el paso del tiempo no atempera sus efectos, que la letra de la ley no debe ser un formalismo vacío sino continente material del sustrato humano, p. 40.

Javier Augusto De Luca, Miembro de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal, Profesor en la Universidad Nacional de Buenos Aires, en la misma obra dice que los hechos que se juzgan fueron enmarcados en un plan premeditado, reglamentado secretamente, 43, 44. Que el derecho internacional no funciona como las ramas codificadas, que tienen una fuerte preponderante positivización, p. 45. Que los tribunales alemanes solucionaron el problema de las leyes que fueron prorrogando los plazos de prescripción por delitos cometidos durante la segunda guerra mundial, p. 46. Que en el art. 29 de la Constitución Nacional ya existen delitos imprescriptibles, p. 47. Que este art. 29 de la CN establece un principio: la insalvablemente nula consecuencia de los actos llevados a cabo bajo la suma del poder público, p. 47. Que los organismos internacionales a los cuales se ha afiliado el país, han resuelto que los obstáculos que se pusieron en los ámbitos locales, a la persecución penal, son inválidos. Que hay que pensar y argumentar desde las razones jurídicas de los tribunales internacionales (aunque no gusten) y no desde el derecho procesal penal y penal locales, p. 48. Que desde el derecho internacional de los DDHH hay que redefinir los conceptos de cosa juzgada, pp. 48, 49. Que razones de prevención general negativa concurren para que quien se vea tentado a repetir estos actos aberrantes, sepa que pase el tiempo que pase, en algún momento, en algún lugar, será juzgado. Que acude también como fundamento de la no impunidad la re dignificación de

las víctimas, que estos delitos, pues, no prescriben, que no son amnistiables, que no son indultables, pp. 49, 50.

En la obra que se viene comentando María Virginia Duffy, miembro de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal, Docente de Derecho Penal, parte general en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Tucumán, releva lo siguiente. Que en un principio hubo oposición a la aplicabilidad, en el ámbito interno, de los principios y normas emergentes del derecho penal internacional. En particular ante las implicancias del principio de legalidad penal internacional. Ante la jurisprudencia de la CSJN, que consideraba a los delitos de lesa humanidad dentro de un sistema jurídico distinto y no necesariamente contradictorio al nacional o interno, se pasó a decir que el derecho penal es inepto para solucionar la problemática relativa a los crímenes de lesa humanidad (“Delitos de Lesa Humanidad, Reflexiones acerca de la jurisprudencia de la CSJN” Ediar 2009 pp. 51, 52). Se aseguró así que el derecho internacional no está encargado de juzgar a los responsables de los crímenes de lesa humanidad, que las víctimas sólo tienen derecho a saber la verdad y a una compensación, que los procesos restaurativos, no penales, aseguran mejor un alcance de la verdad para las víctimas y el logro de la paz. Se cita al criminólogo John Braithwaite, quien dice que el derecho represivo no induce a la paz ni a la reconciliación y alienta la negación y reproducción del delito, que los que cometen delitos estarían más dispuestos a confesar si a cambio se le da una solución restaurativa y no la prisión, pp. 52, 53. En este mismo camino, el doctrino argentino Daniel Pastor, pp. 53, 54. Pero Duffy contesta que la comunidad internacional reconoce a las víctimas el derecho a la verdad, el derecho a la reparación y también el derecho a la justicia, p. 54 (colaciona normativa de derecho internacional) y que la comunidad internacional ha concluido que hay que luchar contra la impunidad en este campo (destaca la jurisprudencia de la Corte IDH en los casos Velázquez Rodríguez, Godínez Cruz, Cantos, Barrios Altos y otros, desautorizando las amnistías; y la Conferencia Mundial de DDHH de 1993 donde casi todos los Estados del mundo, 171 países miembros de ONU, asumen un compromiso contra la impunidad de estos crímenes). Duffy relevó que en la transición democrática latinoamericana los gobiernos han mostrado una débil voluntad política de aplicar la normativa internacional, dictando normas que impidieron la investigación y castigo: leyes de obediencia debida y punto final, caducidad, autoamnistías, amnistías, indultos, sobreseimientos en Argentina, Uruguay, Guatemala, Chile, Brasil, Honduras, Salvador, Perú, pp. 55 y 59.

Ante esto, señala, los movimientos sociales de DDHH y de víctimas provocaron la aplicación de las normas internacionales de DDHH y de Derecho Internacional Humanitario, p. 56. Destaca que de esta forma se preservó la prueba y se actuó el derecho a conocer la verdad, p. 56.

Releva también que a pesar de los mandatos constitucionales, internacionales e interamericanos se asiste a un fortalecimiento de la impunidad. Menciona fenómenos como el Tribunal Russell reunido en 1967 para juzgar los crímenes cometidos por las tropas norteamericanas en Vietnam y luego para juzgar a las dictaduras latinoamericanas y las causas económicas de la violación de los derechos fundamentales mediante la actividad de empresas multinacionales, p. 57. Recalcó que este tipo de

soluciones, meramente éticas, no pueden interponerse entre la víctima y su verdugo, por lo cual es irrenunciable el ejercicio de la sanción penal, que no meramente moral, p. 58.

Concluye Duffy que el mero conocimiento de los hechos aberrantes sólo genera impotencia y fortalece la impunidad, gestando el terreno propicio para nuevos crímenes, p. 59.

Gustavo Daniel Franceschetti, de la Asociación Argentina de Derecho Penal, profesor adjunto de derecho penal I en la Facultad de Derecho de la Universidad de Rosario sostuvo que los fallos de la CSJN en los casos “Simón”, “Arancibia”, “Videla”, “Mazzeo” etc no violan la normativa interna de garantías porque los hechos acaecidos estaban regidos por el Derecho Internacional penal, que tiene sus propias reglas y principios, que la costumbre internacional y los tratados deben ser admitidos con su importancia como fuentes del derecho en este tema, que se debe salir de lo estrecho del iuspositivismo para ir al iusnaturalismo porque el apego a las normas vigentes demostró ser el óbice para poder hacer justicia, que el derecho no puede quedar al margen de la idea de justicia, se basó en la idea de Radbruch de que el injusto no es derecho, que entre la justicia y la utilidad debe elegirse la justicia, que la verdad y la justicia no pueden ser relegadas por la seguridad y certeza cuando los hechos han adquirido una dimensión que la ley interna no previó ni podía prever, que sólo el derecho internacional puede impedir o sancionar los abusos de personas que están detentando el poder desde el gobierno; que existe un consenso social respecto a que ciertas conductas asumidas como políticas de Estado no deben quedar impunes y que esto justifica erigir una nueva rama del derecho para juzgar estas conductas; que el derecho internacional está construido para vencer las barreras vigentes en los derechos internos, invocadas por los que hicieron abuso de poder al margen de toda ley pretendiendo legitimar amnistías o con el simple argumento de mantenerse en el poder por el tiempo suficiente para que opere la prescripción, que los límites del derecho penal liberal fueron concebidos ante un poder punitivo legitimado mientras que el derecho internacional penal busca evitar que esos límites se invoquen en toda su extensión cuando se hizo uso del poder punitivo sin pretensiones de legitimación, como un Estado paralelo; que este derecho penal internacional norma que la costumbre es fuente de derecho penal, la imprescriptibilidad, relajación de las garantías típicas del derecho penal común; y que los delitos de terrorismo, tráfico de estupefacientes, etc, no serán alcanzados por este derecho penal internacional sino que se mantendrán en su parquet local; que los valores de justicia y verdad han logrado, desde el consenso valorativo, romper el hermetismo del positivismo, “Delitos de lesa humanidad...”, pp 61, 62, 63, 64, 65 (subrayado del proveyente).

Roberto Gargarella, Profesor de derecho constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires, señala que no se puede aceptar como derecho válido a cualquier norma dictada bajo cualquier circunstancia, por el solo hecho de que cuenta con el respaldo de la fuerza detrás; que la autoamistía militar en Argentina contó con el respaldo de la fuerza y llegó con “vigencia” a la democracia, que este tipo de normas puede alcanzar una facticidad pero no validez, no son derecho porque son meramente normas respaldadas por la fuerza estatal pero carecen del sostén del consenso, son normas meramente fácticamente vigentes; no se puede aceptar como derecho válido lo que es fuerza pura, , p. 67 a 70, “Delitos de lesa humanidad...” (subrayados del

proveyente).

Guillermo Llaudet Mazza, miembro de la Asociación argentina de Profesores de derecho penal ha recordado que el discurso jurídico de los DDHH, encarnado en el plano del Derecho positivo universal y regional a partir de 1945, produce efectos directos e inmediatos en el plano normativo, ideológico y político, instituye límites que ninguna mayoría nacional puede desconocer y legitima o deslegitima las acciones y omisiones estatales relativas a las personas, que los derechos humanos no frenan la omnipotencia de los Estados imperiales pero sí los deslegitiman y les recuerdan que cuando dicho poder cese, el derecho y la justicia los estarán esperando sin que exista ninguna norma interna que pueda impedirlo; que la teoría de Radbruch acerca de que la injusticia extrema no es derecho tiene en la actualidad una fuente positiva y claro legado histórico del iusnaturalismo que intenta limitar la voluntad absoluta del poder de turno; trae a colación las teorías que dicen que la Constitución debe interpretarse evolutivamente, conforme el cambio de los valores de la sociedad y la atención que requieren aquellos momentos históricos en los que operan cambios sustanciales de los paradigmas valorativos y por consiguiente interpretativos; el autor celebra el dictado de las sentencias en los casos “Simón” y similares, desde la idea de protección de los DDHH, p. 77 a 85.

Carlos Mahiques, de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal, Profesor de la Pontificia Universidad Católica de Buenos Aires, recuerda la dicotomía entre derecho penal social y derecho penal liberal, que el derecho penal liberal nació para controlar los desbordes del poder estatal a partir de la Revolución Francesa. Dice que el derecho penal liberal no conservó su forma pura por mucho tiempo, que apenas el Estado asumió la tarea de protección de la sociedad y de su entramado, surgió la idea de protección de la sociedad, que los totalitarismos del S. XX mostraron lo peligroso que era entender el derecho penal como social y que por esto apareció el derecho penal democrático, pp 87, 88 obra que se viene citando “Delitos de lesa humanidad, reflexiones acerca de la jurisprudencia de la SCJN” Ediar 2009. Agregó que el derecho penal democrático protegía a la sociedad mediante la protección de los bienes jurídicos pero con respeto de las garantías individuales. Recordó que el Tribunal de Nüremberg apeló al argumento moral contra la aplicación escandalosa de la legalidad formal, p. 89. Recuerda que toda Constitución establece las normas básicas de convivencia social que responden a consensos básicos y valores culturales comunes; que la base fundamental de reglas contenidas en la Constitución es actualizada permanentemente por la actuación de los actores sociales, que los consensos valorativos materiales pueden denunciar la necesidad de modificar los consensos valorativos formales; que entre las normas valorativas formales están las de garantía individual pero entre las valorativas materiales está la que exige la no impunidad de ciertas conductas; que a partir de la jurisprudencia de la Corte y de los Tribunales internacionales aparece un consenso valorativo material de preeminencia de los postulados del Derecho internacional penal por sobre los principios básicos del derecho penal, cuando se presentan hipótesis de colisión; en el Estado de derecho contemporáneo pareciera que el consenso valorativo material relativo a los principios y garantías propios de la concepción liberal del derecho estaría trasuntando un cambio de paradigma, en la misma concepción del derecho penal democrático, por cuanto se ha comenzado a habilitar el relajamiento de garantías esenciales cuando se trata de crímenes contra la humanidad, ob.

cit. pp. 89 93.

Renato Rabbi-Baldi Cabanillas, de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho en p. 101 y sts de esta misma obra dice que el fallo “Simón” de la SCJNA descansa sobre un núcleo indisponible para el legislador y universalmente cognoscible por la sociedad, cual es el del derecho natural, que cada fallo tiene un fundamento filosófico, que la obediencia debida se excluye en los delitos graves o atroces (trajo a colación el derecho romano, el derecho de Atenas, a los glosadores y post glosadores Baldo y Bartolo y a los principios cristianos, la normativa internacional actual), 102, 103, 104. Recogió definiciones del derecho natural como aquel que contiene las exigencias objetivas de justicia que el legislador no puede desconocer y que son anteriores al ordenamiento jurídico, superiores o fundantes de éste, independientes de su reconocimiento por ciertos órganos o individuos, que el fallo Simón se basó en normas de derecho natural, 105, 106; trae a colación la distinción que hace el Juez Lorenzetti, en su voto, entre enunciado normativo –p.e. el art. 79 CP- y norma –p.e. no matarás, no aplicarás prescripción a infracciones que conculcan la esencia de la persona humana- y habla del derecho de gentes, que es reconocido por el derecho positivo argentino y abarca las violaciones a los DDHH y el genocidio; trae a colación la concepción de Lorenzetti sobre el derecho consuetudinario, 106, 107; dice que el Juez Boggiano hace caudal del derecho de gentes y del derecho consuetudinario; trajo a colación la doctrina de Francisco Vitoria sobre el derecho natural, que los enunciados normativos que van contra estas normas van contra el bloque de constitucionalidad y son inconstitucionales, que son contrarios al Pacto de San José de Costa Rica, que no se puede argumentar la ultraactividad de la ley penal que libra de castigo tales crímenes, que la retroactividad debe funcionar para el castigo de estas conductas, 107, 108; concluye Rabbi que esto no es derecho penal del enemigo sino que es cumplimiento del derecho natural, que reconoce el Juez Zaffaroni en su voto, que Zaffaroni dice que apelar al derecho natural no es peligroso siempre que se especifique que se opta por la variante racional, común a toda la humanidad, y no totalitaria de ese derecho, 109, 110, 111; trajo a colación la doctrina de Hassemer –además Juez del Tribunal Constitucional alemán- que sostiene que existe un moderno derecho natural positivizado, 112; recordó que Radbruch descalificó el sistema positivo nacional socialista: si el derecho es injusto debe respetarse pero si es insoportablemente injusto debe ceder ante la justicia, que este principio es seguido por la jurisprudencia alemana en el caso de los “tiradores del muro” y con confirmación del Tribunal europeo de DDHH, 2001, 113, 114.

Ahora bien. El despacho no cree en la validez del relajamiento de las garantías individuales. Cree en que el derecho logrado con violencia, con extorsión, como el de la ley 15848 (tal cual surge de la discusión parlamentaria y del propio texto legal) no habilita la producción de las consecuencias jurídicas normales del paso del tiempo, entre las que está la prescripción. Esto sin perjuicio de lo polémico que se ha tornado esta problemática. Polémica conocida y apoyada por enjundiosas argumentaciones.

5.

a) El despacho hace remisión a mas jurisprudencia que establece la imprescriptibilidad de algunos crímenes, en virtud de su gravedad ontológica (fs. 382 y sts

de estos autos).

b) No obstante es oportuno recordar la batalla jurisprudencial y doctrinaria a que ha dado lugar los problemas que se discuten en el caso. Como ejemplos se cita lo que sigue en este numeral. Está claro que el problema planteado no es de fácil resolución y es muy controvertido.

Los juicios de Nüremberg y Tokio marcan uno de los ejemplos de juicio basado en tipos penales internacionales consuetudinarios. Porque los tipos penales que se imputaron a los perdedores de la segunda guerra mundial no estaban escritos previamente. Lo cual conllevó una crítica doctrinaria. De todas maneras la doctrina nunca quiso ser vinculada con algún tipo de defensa de los crímenes nacional socialistas.

La aplicación retroactiva de fuentes convencionales, que establecen delitos y sanciones (genéricas en la mayor parte de los casos) para la persecución penal de crímenes de derecho internacional, por los Tribunales penales internacionales, Tribunal de Nüremberg, Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia, Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Corte Especial para Sierra Leona, se ha fundamentado en la existencia de tales crímenes al tiempo de su comisión en la costumbre internacional, considerando así la inexistencia de violación del principio de legalidad, p. 73, “Jurisprudencia latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional” Konrad – Adenauer – Stiftung, Georg – August – Universität – Göttingen, 2008.

Oscar López Goldaracena en “Derecho Internacional y Crímenes contra la humanidad” Serpaj 2006, expone que, en cuanto a la definición de crímenes contra la humanidad del Estatuto de Nüremberg, en el art. 6 se dice que es el asesinato, entre otras conductas, cometido antes o durante la guerra o también las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, cuando esos actos o persecuciones, que hayan constituido o no una violación del derecho del país donde hayan sido cometidos, hayan sido realizados a continuación de todo crimen que se encuentre bajo la jurisdicción del Tribunal, o en relación con ese crimen, p. 31. La definición del Estatuto de Nüremberg no es taxativa. Se castigan los actos aunque no sean delitos en el ordenamiento interno del gobierno que los lleva delante. Que los parámetros temporales enunciados por el Estatuto de Nüremberg han sido desbordados por la evolución del concepto. Los crímenes de lesa humanidad son tanto en tiempos de guerra como en tiempos de paz, p. 33. La Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio, de ONU 1948, afianza la tipificación de crímenes contra la humanidad, tanto en tiempos de guerra como en tiempos de paz, p. 53. De igual forma el Proyecto de Código de Delitos contra la Paz y Seguridad de la Humanidad, de la Comisión de Derecho Internacional, que independiza el concepto del factor guerra o paz y que incluye la motivación política, p. 33. Agrega el autor que 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 y que pueda cometerse en guerra o paz, y en el marco de gobierno de un régimen tiránico, p. 54.

Ha dicho la doctrina alemana que una violación de la prohibición de la retroactividad es negada, unánimemente, porque ésta no habría de entenderse de modo estrictamente formal, esto es, como un principio que exige un tipo penal escrito al momento de la comisión del hecho. La prohibición de retroactividad del Derecho Penal Internacional se orienta al carácter del Derecho Internacional como un ordenamiento jurídico autónomo. Por ello es suficiente si la acción en cuestión es punible según los principios no escritos del Derecho Consuetudinario. Por lo general esto es afirmado con el argumento de que los hechos en cuestión, guerra de agresión, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra, ya eran punibles en el momento del hecho según la costumbre internacional. De esto se sigue que el autor de tales hechos no podría invocar su confianza protegida, esto es, que él confiaba en que los hechos no eran punibles. Antes bien él hubiera debido saber que su conducta era punible. Una violación de la prohibición de irretroactividad no existe, por tanto, si esta es entendida como una mera norma de protección de confianza, p. 85, Kai Ambos, “La Parte General del Derecho Penal Internacional” Conrad Adenauer, Temis 2005.

Oscar López Goldaracena en la obra citada supra trae a colación jurisprudencia que reconoce la validez de los tipos penales internacionales consuetudinarios cuando se trata de los hechos criminales más graves: Caso Simón, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Argentina, voto del Dr. Boggiano, p. 120: no se presenta en el caso una cuestión de conflicto de leyes en el tiempo pues el crimen de lesa humanidad lesionó antes y ahora el Derecho Internacional, antes el consuetudinario, ahora también el convencional, codificador del consuetudinario. Caso Simón voto del Dr J C. Maqueda, p. 122: 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, Tratados Internacionales, Derecho Consuetudinario, opiniones de los juristas y 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 estado actual del desarrollo de la comunidad internacional; es posible señalar que existía, a la fecha de comisión de los actos precisados, un orden normativo formado por 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, p. 122 – 123; en este contexto la ratificación en años recientes de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, sólo ha significado una manifestación más del proceso de codificación del preexistente Derecho Internacional no contractual, pp. 123 – 124. Que los delitos contra la humanidad pertenecen al *ius cogens*, que el *ius cogens* se encuentra sujeto a un proceso de evolución que ha permitido incrementar el conjunto de crímenes de tal atrocidad que no pueden ser admitidos y cuya existencia y vigencia opera independientemente del asentimiento de las autoridades de estos Estados. Que el *ius cogens* antes castigaba conductas que impedían la buena relación entre los Estados como los atentados contra los embajadores y la piratería pero hoy castiga el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad (colaciona doctrina de M. Cherif Bassiouni, Antonio Cassese). 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 internacional, que las fuentes del Derecho Internacional imperativo consideran como aberrantes la ejecución de ciertas clases 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. Que es posible sostener que existía, al momento de la 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 actos aberrantes, p. 122 – 123.

Caso Scilingo, sentencia 16/2005, Madrid, 19 de abril de 2005, Audiencia Nacional, Sala en lo Penal, Sección Tercera, Sumario 19/1997, Juzgado C. Instrucción nº 5: los delitos de lesa humanidad se encontraban ya en el Derecho Internacional Público, en el ius cogens internacional, en forma no escrita. Que recibida en el derecho interno la norma internacional preexistente para posibilitar su aplicación, no parece lógico que la norma interna olvide que la norma internacional era ya obligatoria “per se” o de que por sus características y universalidad, con la finalidad de proteger valores superiores de la humanidad, son el conjunto de la Humanidad y la totalidad de los Estados en que ésta se organiza, y no un Estado concreto, los que tienen un interés equivalente en el enjuiciamiento y sanción de dichos delitos. Que los Tribunales de Nüremberg fueron los primeros en definir, en su Estatuto, los crímenes contra la humanidad. Que con la Resolución de la AG ONU 95 de 11 de diciembre de 1946 se procedió a la confirmación de los Principios de Derecho Internacional reconocidos por el régimen jurídico del Tribunal de Nüremberg y por la sentencia de este Tribunal. Los delitos contra la humanidad eran reconocidos como integrantes del Derecho Internacional Consuetudinario, 131, 132, 133. Que esto fue ratificado por la Resolución de la AG ONU 3074 XXVIII, de 3 de diciembre de 1973. Que los Tribunales penales internacionales ad hoc han establecido y aceptado la tesis de que desde el Estatuto de Nüremberg el carácter consuetudinario de la prohibición de los crímenes contra la humanidad y la imposición de la responsabilidad penal individual por su perpetración no han sido seriamente discutidos (Tribunal Penal para Yugoslavia). La sentencia española releva que este concepto del art. 6 c) del Tribunal de Nüremberg ha sido aplicado por el Tribunal del Distrito de Jerusalén y el Tribunal Supremo de Israel en el caso Eichmann en 1961, por los Tribunales de Bangladesh en caso de solicitud de extradición a la India de oficiales de Pakistán por actos de genocidio y crímenes contra la humanidad en 1971, por el Tribunal Supremo de los Países Bajos en el asunto “Menten” en 1981, por el Tribunal de Casación de Francia en el caso Barbie, en 1983, por el Tribunal Superior de Justicia de Ontario en el caso “Finta”, en 1989, pp. 134, 135. Dijo el Tribunal español también que el principio nullum crimen sine lege es un principio de justicia superior, que expresa ante todo un principio de justicia y no puede haber mayor injusticia que hacer interpretaciones estrictas conducentes a la impunidad del sujeto; que desde una perspectiva internacional existían en el momento de la producción de los hechos normas internacionales consuetudinarias de aplicabilidad general que prohibían claramente las conductas llevadas a cabo por la dictadura argentina, aunque ciertamente la tipificación de dichas conductas basadas fundamentalmente en el art. 6 c) del Estatuto de Nüremberg 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. Que 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 le era exigible a sus autores y partícipes responsabilidad penal internacional por ese tipo de conductas, pp. 136 a 139. Que no se puede negar el respeto al 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, p. 139, “Derecho Internacional y Crímenes contra la humanidad” Serpaj 2006.

Sobre este mismo punto, p. 83 “Cooperación y Asistencia Judicial con la Corte Penal Internacional” Konrad – Adenauer – Stiftung, 2007.

Ahora bien. Este caso ventilado ante la jurisdicción española es importante en varios aspectos que se relacionan con los delitos de lesa humanidad. Los jueces españoles, en este caso adhirieron a la jurisdicción internacional o universal para las hipótesis de crímenes de lesa humanidad (Oscar López Goldaracena, “Derecho internacional y crímenes contra la humanidad” FCU 2008 pp. 128 y sts, 133, 135, 136, 162). Adhirieron a la aceptación del tipo penal consuetudinario de derecho internacional (López Goldaracena ob cit. pp. 132, 135, 138, 139, 140).

6. Y existe una jurisprudencia que ampara la tesis de la imprescriptibilidad de los delitos del tenor de los que se denuncian.

Caso Simón, fundamento de voto del Ministro Dr. Raúl E. Zaffaroni, sentencia de la Corte Suprema de la Nación, Argentina, 14 de junio de 2005, S. 1767. XXXVIII. Simón, Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de libertad, etc. Causa N° 17768. El Dr. Zaffaroni se basó en el criterio de aplicación obligada sostenido por la Corte Interamericana de DDHH sobre la inaceptabilidad de obstáculos para la investigación y castigo de los delitos de lesa humanidad, p. 124, 125. Igual el voto del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti en la misma sentencia, misma causa, p. 125, 126, “Derecho Internacional y Crímenes contra la humanidad” Serpaj 2006.

En este mismo fallo se sostuvo que los crímenes que aquí se juzgan, en virtud de tratarse de crímenes contra la humanidad, no están sujetos a plazos de prescripción (imprescriptibilidad) y, por lo tanto, no resulta aplicable al caso lo dispuesto en el art. 62 del CP. El Derecho Penal Internacional, a través de normas imperativas, establece (y ya lo hacía a la fecha de comisión de los hechos) que los crímenes contra la humanidad no prescriben, esto es, la acción penal no se extingue. Y ello es así con independencia de la voluntad de los Estados individuales y con independencia de la naturaleza nacional o supranacional del Tribunal que tome intervención. El recurso a la ley doméstica de un Estado sólo es válido, cuando se juzgan delitos contra la humanidad, en la medida en que dicha ley sea compatible con las normas imperativas que rigen la cuestión. No es lícito aplicar disposiciones nacionales sobre prescripción: auto de procesamiento de 2 de abril del Juzgado Federal 4 de la Capital Federal causa 8686/2000, p. 41 “Jurisprudencia

latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional” Konrad – Adenauer – Stiftung, Georg – August – Universität – Göttingen, 2008.

En el caso Schwammberger, solicitud de extradición de un militar nazi, el Juez argentino Schiffrin sostuvo que los hechos imputados son crímenes contra la humanidad y por ende imprescriptibles, p. 72 “Persecución Penal Nacional de Crímenes Internacionales en América Latina y España” Max Planck – Konrad Adenauer 2003.

En el asunto Priebke se trató de otro caso de extradición de un militar nazi. La Suprema Corte de Justicia de la Nación argentina calificó los hechos como crímenes internacionales y concedió la extradición, p. 72, 73, “Persecución Penal Nacional de Crímenes Internacionales en América Latina y España” Max Planck – Konrad Adenauer 2003.

En el caso Poblete se calificó las conductas como crímenes contra la humanidad y se declaró que el Estado argentino no puede eludir su deber de persecución y castigo, p. 73, 74, ob. cit. supra.

En el caso Bohne la Suprema Corte de Justicia de la Nación rechazó la defensa de prescripción en otro caso de extradición pasiva, referida a un militar nazi, p. 32, 33, “Cooperación y asistencia judicial con la Corte Penal Internacional” Konrad – Adenauer – Stiftung, 2007.

En el caso “Arancibia Clavel, 2004, la Suprema Corte de Justicia de la Nación sostuvo la imprescriptibilidad de los crímenes de derecho internacional. Esta vez en relación no a un caso de extradición sino a un caso estrictamente penal, p. 23 “Jurisprudencia latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional” Konrad – Adenauer – Stiftung, Georg – August – Universität – Göttingen, 2008.

La jurisprudencia argentina subsume los hechos en los tipos penales nacionales y luego califica los hechos como crímenes contra la humanidad, para a continuación declarar la imprescriptibilidad, p. 24, “Jurisprudencia latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional” Konrad – Adenauer – Stiftung, Georg – August – Universität – Göttingen, 2008. La jurisprudencia actualmente dominante afirma que la norma consuetudinaria que establece la imprescriptibilidad ya estaba vigente en el momento de comisión de los hechos respecto de los cuales tal regla es aplicada. La jurisprudencia mayoritaria entiende que el art. 118 CN recepta en el plano constitucional las normas consuetudinarias referidas a los delitos contra el derecho de gentes, entre ellas la que consagra la imprescriptibilidad. Esta recepción constitucional implicaría un aval para el uso de una fuente que no puede cumplir todas las exigencias que el art. 18 de la CN establece para la legislación penal. Se ha dicho que el art. 18 es directamente inaplicable en el momento de juzgar delitos contra el derecho de gentes dado que las condiciones de punibilidad deben regirse por lo que disponga el CPI, ámbito en el cual el principio de legalidad tiene un alcance propio y diferente del nacional, 31. Otras posiciones matizadas también desembocan en el resultado de la punición de estas conductas. La jurisprudencia mayoritaria ancla en la imprescriptibilidad basada en el Derecho Penal Internacional, p. 31,

32. Los fallos usan la categoría consuetudinaria de crímenes contra la humanidad como un presupuesto de aplicación de la norma consuetudinaria que consagra la imprescriptibilidad, p. 33, 34. La semejanza de un tipo penal nacional con uno internacional, o la conexión entre uno y otro, basta para que la jurisprudencia argentina argumente la imprescriptibilidad de la conducta. Otras veces simplemente se constata que los hechos imputados son delitos de lesa humanidad a la luz del Derecho Internacional, a continuación se concluye la imprescriptibilidad, pp. 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, “Jurisprudencia latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional” Konrad – Adenauer – Stiftung, Georg – August – Universität – Göttingen, 2008.

Releva Pablo Parenti que la jurisprudencia argentina ha fundado también la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad en la aplicación de la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, ONU 1968. Que el principal argumento para aplicar la Convención a hechos anteriores a su ratificación se apoya también en la costumbre internacional. Que estos argumentos pueden verse en los votos de Zaffaroni y Highton de Nolasco en los fallos de Arancibia Clavel y Simón. El Juez Zaffaroni también usó el argumento de los juicios de Núremberg, en su voto del caso Simón. Que el considerando 26 del voto común de los Jueces Zaffaroni y Highton en Arancibia Clavel releva que la existencia previa de la regla de imprescriptibilidad en la costumbre internacional despeja cualquier cuestionamiento basado en la prohibición de retroactividad, pp. 43, 44. En el mismo caso el Juez Boggiano sostuvo que la Convención sobre Imprescriptibilidad debía aplicarse en forma retroactiva, se basó en la costumbre inmemorial, pp. 44, 45. Que la aplicación retroactiva de la Convención sobre Imprescriptibilidad también fue defendida por la Juez Argibay en el caso Simón, sostuvo que la retroactividad era material, no ya tan solo formal (como decía Boggiano) y no usa nunca el argumento de la costumbre internacional, p. 45. Argibay dijo que la aplicación retroactiva de la Convención no produce ninguno de los males que el principio de legalidad pretende evitar, dijo que la ratificación de la Convención de Imprescriptibilidad en 1995 no puede tomarse como una manipulación del derecho que afecte su imparcialidad al instaurar una persecución selectiva o discriminatoria pues la Convención se encontraba aprobada por la Asamblea General de la ONU desde 1968 y en cualquier momento que hubiese sido ratificada por Argentina, antes o después de la comisión de los hechos de esta causa, el efecto hubiera sido el mismo, el de implantar la imprescriptibilidad retroactiva y prospectiva para los delitos de lesa humanidad cometidos en territorio argentino, por tanto al ser indiferente el momento de su ratificación, no puede alegarse manipulación alguna por el hecho de habérsela llevado a cabo con posterioridad a la comisión de los hechos de la causa, también dice que el fundamento político del principio de legalidad se observa en el caso dado que el Congreso intervino tanto en la aprobación de la Convención como en el otorgamiento de la jerarquía constitucional y alegó que no se viola el principio de culpabilidad dado que no se altera el marco de ilicitud que el autor pudo tener en cuenta al momento de realizar las conductas que se investigan, ni hay frustración de la confianza en el derecho que cabe asegurar a todo ciudadano fiel a las normas porque la prescripción de la acción penal no es una expectativa con la que, al momento del hecho, el autor del delito pueda contar, mucho menos con el carácter de una garantía de carácter constitucional, considerando 16 del voto de Argibay, pp. 45, 46. Releva Parenti que la jurisprudencia argentina ha utilizado el argumento de la Convención IDDH

como argumento de imprescriptibilidad a partir del caso Barrios Altos, en que la Corte Interamericana de DDHH sostuvo 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 DDHH. Los votos de los jueces Maqueda, Highton, Lorenzetti, Zaffaroni en el caso Simón se basan en la Convención IDDHH. Se dice que la aplicación de normas de prescripción constituiría una violación del deber de perseguir y comprometería la responsabilidad internacional del Estado. En el voto del Juez Petracchi la Convención IDDHH se vuelve el argumento principal para sostener la inaplicabilidad de las reglas de prescripción del art. 62 del CPA. Petracchi utiliza a la Convención IDDHH como argumento para aplicar retroactivamente la Convención sobre la Imprescriptibilidad, pp 46, 47. En el caso Priebke, Petracchi había rechazado la imprescriptibilidad consagrada en el derecho de gentes dado que los delitos definidos en ese ámbito no tenían una pena prevista en tal derecho, vacío que no podía llenarse mediante la remisión a las penas de los delitos ordinarios, que no era posible combinar ambas categorías, esto es, los del Derecho de Gentes con la legislación nacional; por otro lado Petracchi había rechazado la aplicación de la Convención sobre Imprescriptibilidad a los delitos afines con las figuras del Derecho de Gentes, por entender que operaba la prohibición de retroactividad, p. 47. Que en Arancibia Clavel y Simón, Petracchi argumentó que el rechazo a la aplicación retroactiva de la Convención sobre Imprescriptibilidad sostenido en el caso Priebke, a la luz de la evolución de la jurisprudencia de la Corte IDDHH, ya no podía ser mantenido, frente al Derecho Internacional, pp. 47, 48. Petracchi resolvió al final que las reglas de prescripción previstas en el CPA quedaban desplazadas por la Convención sobre Imprescriptibilidad: considerandos 24 y 30 de los votos de este Juez en los casos Arancibia Clavel y Simón, p. 48. La jurisprudencia posterior de la Corte IDDHH le ha dado la razón a Petracchi al dejar establecido que las obligaciones que emanan de los arts 1.1, 8 y 25 de la Convención IDDHH impiden aplicar reglas sobre prescripción también a casos cometidos antes de la ratificación de la Convención IDDHH por el Estado, consideró obligatoria la aplicación interna de la norma de ius cogens que establece la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad: por ejemplo sentencia de 26 de setiembre en el caso Almonacid Arellano y otros contra Chile. La Corte IDDHH ha establecido la obligación de aplicar el Derecho Penal Internacional al menos las normas imperativas de ius cogens, como parte del deber de investigar y sancionar que surge de la Convención IDDHH. Y ha dicho que ese deber se aplica con relación a los hechos ocurridos antes de la ratificación de la Convención IDDHH por el Estado de que se trate, p. 48. El Juez Petracchi sostuvo en el caso Simón que la sujeción del Estado argentino a la jurisdicción interamericana impide que el principio de irretroactividad de la ley penal sea invocado para incumplir los deberes asumidos en materia de persecución de violaciones graves de derechos humanos, afirmó que la Convención IDDHH tiene rango constitucional, que está en juego la responsabilidad internacional del Estado, pp 48, 49 “Jurisprudencia latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional” Konrad – Adenauer – Stiftung, Georg – August – Universität – Göttingen, 2008.

II) Ahora bien. La doctrina y jurisprudencia mencionadas son criticables a la luz de los principios de no retroactividad y legalidad. Por ello muchos las pondrían en tela de juicio. Pero existe un principio general del derecho que nadie pondrá en

duda. La violencia vicia los actos jurídicos. Esto es una de las derivaciones del principio de libertad (art. 7° de la Constitución uruguaya). Los arts. 272 y sts del Código Civil uruguayo establecen la nulidad de los actos afectados por violencia moral o física. El CGP establece en su art. 114 que los actos procesales fraudulentos son nulos. Con más razón lo son los actos violentos, obviamente. El art. 111 del CGP establece la nulidad de los actos que carecen de alguno de los requisitos indispensables para su validez. El art. 62 del mismo cuerpo normativo establece que los actos procesales deben ser voluntarios; ergo, si falta la voluntad porque existe violencia, vis moral o absoluta, el acto es nulo. Nuestro código penal consagra un gran número de conductas que incluyen como medio típico la violencia moral o física, directa o indirecta sobre las personas o aun la esperanza de vida sobre la vida o sobre el honor o la libertad, indicador otro de que en estos casos no sólo la voluntad no vale y no existe sino que la propia acción conculcatoria merece la sanción más severa: arts. 132 número 1, 2, 5, 6, 133 1; 138; 139, 140; 141 a 145; 149 ter; 151, 1; 156, 168; 169; 171; 172; 173; 187; 198; 206; 207; 209; 210; 212; 213; 214; 216; 217; 218; 219; 220; 221; 222; 224; 225; 226; 266; 267; 268; 270; 272; 273; 274; 280; 281; 282; 283, 284; 285; 286; 288; 289; 290; 291; 293; 294; 303; 304; 305; 307; 308; 309; 310 a 324; 325 a 332; 333 a 339; 344; 344bis; 345; 346; 349; 355; 356; 359 número 4; 360 1; 360bis; 361 números 2, 3; 365; ; todo esto además de los delitos que contemplan las instigaciones a conductas violentas, los actos preparatorios de estas conductas, los delitos de peligro relacionados con posibles y futuras conductas violentas sobre personas, las colaboraciones a conductas violentas sobre personas o cosas, las conductas culpables que pueden contribuir a la lesión sobre personas o derechos de personas, las agravantes cuando los derechos de una persona resultan efectivamente conculcados; amén de lo dispuesto por las normas penales especiales.

De la propia redacción de la ley 15848 y particularmente de su discusión en las cámaras surge que este texto fue arrancado al parlamento, por el poder de turno. Que se había retirado de los cargos de gobierno más altos pero conservaba la tutela sobre el poder civil. De modo que una pretendida prescripción en base a la aplicación de esta norma no es argumentable. Visto desde otro ángulo el problema, el Estado ha procurado su impunidad y la impunidad de sus agentes mediante esta norma. Este intento no puede ser validado, desde la plataforma de los principios generales del derecho.

El art. 1° de la ley 15848 sostiene que a diciembre de 1986 no existía la plena vigencia del orden constitucional. No es posible admitir que una fuerza social conculcatoria de la constitución imponga y logre la consagración efectiva de normas cuya aprobación ha sido lograda por la amenaza de la fuerza y por el desacato de las citaciones judiciales, cual ocurrió en la época que se menciona.

El art. 1° de la ley 15848 sostiene que a diciembre de 1986 no existía la plena vigencia del orden constitucional. No es posible admitir que una fuerza social conculcatoria de la constitución imponga y logre la consagración efectiva de normas cuya aprobación ha sido lograda por la amenaza de la fuerza y por el desacato de las citaciones judiciales, cual ocurrió en la época que se menciona.

Al aplicar el principio de que la violencia invalida los actos jurídicos, no se atenta contra el principio de legalidad sino que se lo consagra. Porque violencia y

legalidad son conceptos no compatibles. No se puede fundar la legalidad en la violencia, aunque todo régimen injusto ha tratado y tratará de hacerlo.

El art. 1º de la ley 15848 se refiere a la lógica de los hechos originados por el acuerdo celebrado entre los partidos políticos y las FFAA -y a efectos de concluir la transición hacia la plena vigencia del orden constitucional –vamos al texto de la ley, arts 16, 17 y 18 del C. Civil (la sentencia 275/2014 del TAP 1er turno hace referencia crítica a esta lógica de los hechos por sobre la Constitución). Y bien, el texto de la ley reconoce que su aprobación fue fruto de la imposición de un grupo social poderoso. Reconoce el texto de la ley, implícitamente, que si no se otorga esta solución legal a este grupo poderoso no se podrá transitar hacia la plena vigencia del orden constitucional. Es necesario profundizar, yendo a la historia fidedigna de la sanción de la ley. De la historia fidedigna surge que esta ley fue arrancada por la coacción, por la amenaza a las propias instituciones democráticas.

Para comprobar si un acto jurídico es nulo por violencia, podemos ir a su texto y a los antecedentes de su discusión y aprobación.

En el Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores tomo 304, Montevideo 1986, sesiones de 18 al 21 de diciembre de 1986, concretamente en las sesiones de 20 y 21 de diciembre de 1986 los senadores reconocieron que votaban esta ley para salvar las instituciones de la violencia del grupo amenazante.

El senador Aguirre se refirió al grave problema político e institucional, p. 76. Se refirió a la situación de hecho que obligaba a la Cámara, 76. Que las instituciones democráticas no están afirmadas aun por lo que es necesario evitar la violencia que las derribe, 77. Anunció que las FFAA iban a desacatar a los jueces y que para evitarlo había que votar la ley, 77. Precisó que el desacato iba a ser a todas las instituciones, que las FFAA, que la institución castrense toda iba a desacatar a las instituciones y que iba a haber crisis institucional, 78. Mencionó al legislador Paz Aguirre que relevaba también la existencia de un problema institucional, 78. Dijo que los militares tiene 65.000 fusiles y que no van a concurrir a los juzgados a declarar, 78, 79. Dijo que había que ceder ante los hechos (elemento que quedó incluso plasmado en el texto legal). Dijo que había que ceder ante la presión de los que tienen la fuerza en sus manos para evitar la crisis institucional, 79, 80, 81. Señaló que el Comandante en Jefe del Ejército tenía las citaciones judiciales en su escritorio y que no las iba a entregar, 81; insistió en el desacato inminente a las instituciones, habló de un desacato para el lunes, 80; dijo que las FFAA iban a desacatar a las instituciones, 80, 81.

El Senador Lacalle Herrera dijo que había que votar la ley para volver a la normalidad democrática, p. 86.

Zumarán habló de la grave crisis institucional, p. 94.

Ortíz dijo que la democracia no estaba consolidada, las instituciones no estaban consolidadas tampoco, las leyes no se pueden aplicar igual a todos, pues; que

hay que ir hacia la normalidad institucional, con el voto de esta ley, p. 97.

Cersósimo dijo que había que evitar la crisis institucional.

Batalla dijo que se estaba cediendo frente a la presión de los militares que iban a desacatar, que se estaba inclinando la cabeza ante los militares, p. 103.

Zumarán agregó que “votamos por presión”, “nunca estuve más coaccionado que ahora” pp. 105, 106. Que los militares van a desacatar al Presidente de la República, 106.

Traversoni hizo referencia a la fuerza de los 65.000 fusiles militares, 106.

Posadas dijo que los militares tenían poder, podían negarse a concurrir a las citaciones judiciales, que los militares tenían poder de hecho y que los civiles no, que estaban en un período de transición, p. 112.

Ferreira dijo que en el país aun no funcionaba cabalmente la institucionalidad democrática y que había que poner final al período de transición, p. 119.

Mederos dijo que había que votar por esta ley para proteger el orden institucional, para que éste perdure, p. 120.

Tarigo que dijo que había que poner fin a la difícil situación e hizo referencia al problema institucional, p 124.

Tourne hizo referencia a los anuncios del Tte Gral Medina en el sentido de que el revisionismo no iba a ser permitido, que no se había logrado que compareciera ningún militar ante los juzgados, que había que ser realista; habló de la crisis institucional y del peligro para el funcionamiento democrático mismo y la estabilidad institucional, p. 128.

Araújo hablo del fantasma y “cuco” del golpe de estado.

Flores Silva dijo que había que votar la ley para consolidar la democracia, p. 133.

Zorrilla dijo que había que superar el momento excepcional y sacrificar la propia rebeldía en aras de un país con futuro venturoso, p. 133.

Zumarán agregó que había que superar la grave crisis institucional, p. 133. Evitarle al país días muy tristes.

Se puede apreciar de las intervenciones de los Senadores que aun el golpe de Estado sobrevolaba como amenaza de un actor social que tenía aun mucho poder y

que coaccionaba, obligaba al voto; de lo contrario la violencia podría sobrevenir, el quiebre institucional nuevamente.

Del Diario de Sesiones de la Cámara de Representantes del 16 de diciembre de 1986 a abril de 1987, tomo 627 números 1921 a 1930, surgen las intervenciones de los diputados y de ellas surge que la ley 15848 fue impuesta por la coacción, por la amenaza y el miedo, la violencia moral:

El Diputado Fau habló del peligro institucional, p. 171, al igual que Lescano, p. 172.

Santoro dijo que votaba sin opción, para mantener las instituciones del país. Igual dijo Porras Larralde, p. 178. Habló Porras de la supervivencia del régimen institucional, del orden institucional, del desacato de las FFAA, 179. Del peligro que corrían las instituciones, pp. 179, 180, 181.

Si el Estado tolera el desacato obviamente es porque la fuerza de un grupo social se le impone, ejerciendo violencia.

Lorenzo Rovira agregó que el Parlamento estaba de rodillas ante el poder militar y deploró esa situación, p. 184.

De las intervenciones de Porras, González, Morelli, surgen deposiciones en el mismo sentido que se viene revistando.

García a p. 190, 191 dijo que estaban ante una crisis, ante riesgo institucional, ante desacato, subversión de las FFAA, p. 192.

Jaunarena habló de desacato de las FFAA, igual que Cassina y Sturla, pp. 184, 195, 210.

Heber dijo que estaban enfrentados a los fusiles, p. 210. Dijo que había un enfrentamiento institucional y temía un golpe de estado, p. 210. Dijo que había que afianzar la democracia, 210.

Aguirre dijo que debían evitar una crisis institucional, 211.

III) Por lo repasado, se concluye que la ley 15848 fue fruto de la violencia ejercida sobre el sistema político y un acto jurídico tal no adquiere validez conforme los principios generales del derecho.

IV) Por los argumentos expuestos

SE RESUELVE:

AL RECURSO DE REPOSICIÓN PRESENTADO A FS. 399 Y STS. NO SE HACE LUGAR.

FECHO, ELÉVENSE EN APELACIÓN ANTE EL TRIBUNAL DE APELACIONES EN LO PENAL QUE CORRESPONDA, CON LAS FORMALIDADES DE ESTILO EN VIRTUD DEL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO SUBSIDIARIAMENTE.

PREVIAS LAS NOTIFICACIONES A LAS PARTES.