

Procesamiento Nro. 792/2017

Montevideo, 6 de abril de 2017

VISTAS:

Las actuaciones tramitadas precedentemente en relación al indagado RODOLFO GREGORIO ALVAREZ NIETO, con intervención de la Fiscalía Letrada Nacional en lo Penal de 5° Turno y la Defensa de particular confianza a cargo de los Dres. Sergio Fernández Galván y Graciela Figueredo.

RESULTANDO:

1.- Del instructorio practicado surgen elementos de convicción suficientes que permiten colegir la ocurrencia de los hechos que se relatan a continuación. En el marco del plan de neutralización y eliminación de personas integrantes de partidos de izquierda, sindicatos y en general opositores al proceso de suspensión de garantías individuales, restricción y violación de derechos civiles y políticos perpetrados por el aparato represor al servicio de la cúpula del gobierno de facto (período dictatorial cívico militar comprendido entre los años 1973-1985), el 8 de mayo de 1980, Gerardo Riet Bustamante fue detenido por agentes de inteligencia policial-militar en la intersección de Avda. San Martín y Bulevar José Batlle y Ordóñez, que lo tomaron por la espalda e introdujeron en una camioneta policial colocándole una capucha en la cabeza. El objetivo primordial de aquella organización de represión, inspirada por la doctrina de la seguridad nacional, fincaba en el seguimiento, vigilancia, detención, interrogatorios con apremios psico-físicos, traslados entre países y desaparición o muerte de personas consideradas por dichos regímenes como “subversivas del

orden instaurado o contrarias al pensamiento político o ideológico” opuesto o no compatible con las dictaduras militares de la región.-

La “Comisión para la Paz”, sostuvo que “con el uso de las torturas, de los secuestros, de las desapariciones y de las muertes, se pretendió revertir el orden y cambiar el Estado de Derecho, por un régimen de terror” (Diario de Sesiones de la Cámara de Representantes N° 1856, Tomo 620, 7/11/1985).-

Riet Bustamante era perseguido por integrar la dirección sindical del SUNCA y ser el responsable de la propaganda del referido sindicato. Una vez detenido, se lo trasladó a dependencias del entonces denominado CGIOR sito en Daniel Muñoz y República, donde fue sometido a torturas y tratos degradantes, colgándolo en un gancho con los pies suspendidos y las manos atadas hacia la espalda. Mientras se encontraba colgado lo golpeaban por todo el cuerpo y al tocar el piso le suministraban choques de corriente eléctrica. De ahí fue trasladado por un día a otro centro clandestino de detención donde se lo interrogó sobre su vínculo con el PVP; el denunciante aseguró que en esta ocasión declaró encapuchado y no fue torturado. Luego de ese paréntesis de un día -refiere Riet a fs. 19 vto- cuando ya llevaba aproximadamente tres días detenido, fue trasladado al Cuartel de La Tablada lugar del cual mencionó *“allí conocí la tortura en serio, fue un régimen muy fuerte, me llevaban para arriba a la sala de torturas y me aplicaban gancho, caballete, picana o submarino y en algunas ocasiones plantones... me daban el desayuno y me subían; me bajaban al mediodía, me daban un baño de agua helada, me daban de comer, descansaba un rato y luego volvía a subir, supongo que de noche... en una ocasión, producto del caballete se me hizo una lesión, se me rompió el conducto seminal... el médico me revisó y me dijo no puede volver donde le hicieron eso,*

diciéndome que tenía que decir las cosas". Según el informe de la Secretaría de Derechos Humanos para el pasado reciente (Centros de reclusión y enterramiento de personas detenidas desaparecidas – 5 de febrero de 2013), “La Tablada” o “Base Roberto”, lugar donde operaba el Organismo Coordinador de Operaciones Antisubversivas (OCHOA), se ubicaba en la intersección de Camino Melilla y Camino de las Tropas (actual Camino de la Redención), departamento de Montevideo, y funcionó entre enero de 1977 y 1983 inclusive. Era un galpón de 20 metros de ancho por 30 metros de largo, con techo de zinc. El piso estaba revestido de baldosas ocre y azules. En la planta baja se ubicaban las trece celdas, cuyas medidas eran aproximadamente de 2 por 3 metros. A la planta alta se accedía por una escalera doble, desembocando en un hall. Allí estaban ubicadas las habitaciones donde se realizaban los interrogatorios a los detenidos. En la planta baja, estaban todas las celdas y calabozos que daban a un patio principal con un piso cubierto de baldosones rojos y amarillos, era el único lugar donde había luz natural que penetraba por una claraboya. Las paredes exteriores “incluyendo la oficina del comandante” tenían las ventanas tapiadas. Se ascendía al primer piso por una escalera ancha de mármol cuyas paredes tenían pajaritos pintados a relieve. En la planta alta existían diferentes piezas. En una se les sacaba fotos a los presos y se les hacía la ficha. En otras se torturaba; estaba la del “gancho”, en otra el “tacho” para el submarino, en otra se “picaneaba”, en todas había aislamiento para el sonido; además, había una habitación con un colchón donde tiraban a los presos que debían “reponerse”. En esta planta había cortinados de terciopelo rojo y una terraza exterior desde donde sólo se veía campo y algunos árboles a lo lejos.

En ese ámbito en que se perpetraron sistemáticamente los castigos permanentes y sesiones de tormentos físicos que superaban cualquier umbral de abyección, con el propósito de obtener información para desarticular el colectivo al que pertenecía el detenido Riet Bustamante, el 18 de junio de 1980 éste debió declarar y firmar un acta y su ampliación en la que se consignaron conceptos arrancados por la fuerza al deponente y que por cierto no condecían con la realidad por ejemplo que durante el interrogatorio no fue objeto de malos tratos; que la atención médica y alimentación fueron buenas; y que durante el reinterrogatorio no fue objeto de presiones psíquicas ni físicas (vide fs. 6 a 10 del sumario instruido a María de los Angeles Michelena Bastarrica y Gerardo Felicio Riet Bustamante – causa N° 195/81 L.N° 12 F° 392 – Supremo Tribunal Militar – Archivo General).

El 26 de junio de 1980 el entonces capitán Rodolfo Gregorio Alvarez, Juez Sumariante perteneciente al Grupo de Artillería N° 1, concurrió al establecimiento La Tablada, siendo recibido por el Coronel Gustavo Taramasco, jerarca de aquella repartición. Pese a que el acta labrada a Riet da cuenta que compareció ante el Juez de la Unidad (Grupo de Artillería N°1 donde prestaba servicios Alvarez), fue el indagado Alvarez quien se constituyó en el propio centro de reclusión donde se encontraba ilegítimamente detenido Riet, tomándole declaración en el mismo lugar en que había sido sometido a apremios físicos y psicológicos. Riet aseveró a fs. 20 “...*en la sala de torturas el juez militar que se llamaba Gregorio Alvarez, fue el que me hizo ratificar las declaraciones que me hizo firmar e hicieron una simulación de muerte de mi hermana que me la creí, me dio una crisis nerviosa...*”. En la comparecencia ante el Juez sumariante, Riet debió ratificar aquellas deposiciones arrancadas

como corolario de las sistemáticas sesiones de torturas a las que fue sometido, dando cuenta que era integrante del PVP y el SUNCA y que con María de los Angeles Michelena Bastarrica realizaron tareas de propaganda para el PVP. Pero el texto de su declaración ya venía redactado por Alvarez quien le mencionó, a propósito de la firma del documento “usted sabe lo que hace”, en franca amenaza al detenido pues de no hacerlo persistirían las torturas a las que era sometido (fs.245).- La Sra. Michelena refirió ante esta Sede que fue secuestrada en la calle Domingo Aramburú, entre Gral. Flores y José L. Terra, el 26 de mayo de 1980 e introducida en un vehículo, encapuchada y esposada con las manos hacia atrás. Con el tiempo y tras el cotejo con otros testimonios, María de los Angeles Michelena supo que había sido trasladada a La Tablada donde permaneció desde el 26 de mayo de 1980 hasta fines de junio o principios de julio de dicho año. Aseguró que sufrió torturas y aunque no vio que torturaran a Gerardo Riet, precisó que el tratamiento era de torturas a todos, sin excepción, adunando en sus aserciones: *“plantones, permanecer parados con las piernas y los brazos abiertos, golpes en caso que se bajase un brazo, colgadas de una arandela en el techo, con los brazos hacia atrás y elevándonos desde las muñecas... esa modalidad algunas veces la combinaban con golpes; la picana eléctrica la aplicaban en la cara, los genitales y básicamente era en los lugares donde sabían que producía más dolor... para dar picana a veces tiraban agua en el piso, los pies a veces rozaban el piso, que bajaban un poquito la cuerda y allí se producían shocks eléctricos más fuertes”*. La Sra. Michelena confirmó que el 27 de junio de 1980 la subieron al piso de la tortura y señaló con meridiana precisión: *“me metieron en una oficina diferente a las puertas que me habían torturado, había un hombre vestido de militar que era el juez sumariante, de apellido Alvarez, sobrino de Gregorio Alvarez, que yo lo conocía*

porque en 1972 también fui detenida en Artillería N° 1 y fui torturada por él y otros, por eso también lo conocía, porque se había mostrado en esa oportunidad por lo tanto Alvarez era el juez sumariante de Riet; yo lo cuento porque en el mismo lugar que nos torturaban nos hicieron el sumario” (fs.32 vto).- El testigo Miguel Angel Muyala refirió a fs. 34 que con Riet “compartimos los métodos de tortura en la Tablada que eran donde se practicaban. En las conversaciones surge que nos hacían lo mismos métodos... en las conversaciones que tuvimos en el Penal dedujimos que era La Tablada donde primero se procedía al aislamiento total del prisionero... los interrogatorios comienzan con aplicación sistemática de golpes, el detenido es desnudado inmediatamente, queda solo con capucha y las torturas son picana eléctrica, caballete, inmersión en tachos de agua conocidos vulgarmente como submarino... los interrogatorios se hacían por períodos de cuatro días continuados, permaneciendo en la noche sin interrogatorio, desnudo de plantón y con media hora alternada de caballete o colgado”. Muyala precisó a fs. 35 “al único oficial que tuve oportunidad de ver sin capucha en la Tablada, luego que yo firmé un acta en ese lugar en 1980, se constituyó en el propio lugar de la Tablada un Juez sumariante acompañado de un sargento escribiente para la ratificatoria del acta; esa persona se dio a conocer como juez sumariante capitán Rodolfo G. Alvarez, cuyo nombre surge del expediente mío que se me siguió”

El indagado Alvarez Nieto señaló a fs. 217 que fue juez sumariante estando en artillería en el año 1980 o 1981 y que una sola vez se le dispuso la concurrencia a realizar información sumariante a la Tablada, “eso pudo haber sido en 1980”. Se constituyó con un escribiente, un sargento cuyo nombre no recuerda y fue recibido por el Teniente Coronel Gustavo Taramasco el que lo condujo “a una

sala, no recuerdo donde era, no tengo idea, tal vez planta baja e hice la información sumaria y me retiré". Alvarez refirió no recordar a quién indagó, utilizando expresiones como *"una sola persona, no recuerdo más... un hombre, no recuerdo más..."*; tampoco recuerda si fue una sola vez a la Tablada y si fue por primera vez a investigar. Para Alvarez, un interrogatorio en aquel centro clandestino de detención ofrecía garantías. El indiciado fue impuesto de las declaraciones de Riet Bustamante cuando a fs. 20 aseguró que en la sala de torturas el juez militar que se llamaba Gregorio Alvarez fue el que me hizo ratificar las declaraciones, que me hizo firmar e hicieron una simulación de muerte de mi hermana; y ante ello expresó *"no presencié absolutamente nada de eso. Yo no hice nada; no recuerdo nada... no recuerdo nada"*. Luego, impuesto de las declaraciones de Michelenea (fs.32) y Muyala (fs.35), tampoco recordó haberles tomado declaraciones a ellos. Lo que sí tiene presente el Sr. Alvarez Nieto, a propósito de la pregunta formulada por la Sra. Fiscal a fs. 218, es que fue una sola vez a la Tablada pero no recuerda si ese día realizó más de una actuación, *"no recuerdo a qué cantidad de personas"* le tomó declaración en ese día. Empero, el encartado no brindó una explicación razonable de por qué se trasladó a la Tablada para recabar el o los interrogatorios en aquella ocasión, cuando en la generalidad de los casos los detenidos eran trasladados al despacho del juez sumariante y este no se constituía en los centros clandestinos de detención en que se torturaba a los presos. En otro orden, también signado por la amnesia, dijo no recordar si al detenido lo condujeron con la cabeza cubierta (encapuchado) pero sí recordó a la perfección que no tenía dificultades para firmar el acta (vide fs. 247-248).

En aquel ámbito donde se le recabó declaración a Riet -habitáculo en que se perpetraron los tormentos denunciados- el deponente compareció encapuchado, conducido por dos soldados, uno de cada lado y logró determinar que se trataba de la sala de torturas por su orientación tras subir la escalera. Cuando le extrajeron la capucha se encontró con Alvarez y de ahí en más la audiencia de ratificación bajo presión... si no firma “uste sabe lo que hace”. El denunciante fue conducido visiblemente dolorido dado que había sido sometido a “colgadas por la espalda” que limitaron la motricidad de sus brazos. Como argumenta la Fiscalía, debía tener todo tipo de lesiones visibles producto de las torturas corporales como de las “colgadas” y demás tratos crueles que se realizaban a los detenidos, hechos plenamente probados, corrientes de la época y en todos los centros de detención, donde incluso tuvo lugar el fallecimiento por torturas de varios compatriotas a manos de represores.

En la sala de torturas, donde el indagado Rodolfo Alvarez constituyó despacho como juez sumariante, Riet Bustamante “declaró” (leyó un acta que estaba confeccionada con anterioridad) tras ser sometido a coerción psicológica, pues le hizo ratificar y firmar las declaraciones agregando “*y me hicieron una simulación de muerte de mi hermana (Gabriela Riet) que me la creí...*”.- Las deposiciones de la Sra. Gabriela María Riet Bustamante son coincidentes con las aserciones de su hermano y las de María Michelena, confirmando que estuvieron contemporáneamente detenidos en La Tablada. Gabriela Riet depuso que fue detenida el 26 o 27 de mayo de 1980 y llevada encapuchada a La Tablada donde permaneció por un mes, período en que fue sometida a tormentos y tratos crueles adunando en sus expresiones: “*me subían al primer piso para torturarme... me dieron picana, me preguntaron por mis hermanos, todos*

militantes de izquierda... no recuerdo el orden pero hicieron un simulacro de violación, un submarino de agua y después golpes”.

En definitiva la Sra. Riet asegura la contemporaneidad del “simulacro” de violación o de muerte -pero al fin simulacro de tormentos- que relató el denunciante Gerardo Riet, extremo que se robustece con la coincidencia de la fecha de liberación de Gabriela Riet (hacia fines de junio de 1980), pudiendo perfectamente situarse el 26 de junio de 1980, fecha en que Gerardo Riet fue conducido encapuchado ante el entonces juez sumariante Rodolfo Gregorio Alvarez. En efecto, una vez que Riet firmó lo que el aparato represor pretendía, sometido a la coerción psíquica que se entronizaba en el simulacro de la muerte de su hermana Gabriela Riet, ésta fue liberada, quedando empero en el sentir de Gerardo Riet la sensación de un desenlace fatídico. De ahí que, luego de cuatro meses, cuando Gabriela Riet fue a visitar a su hermano Gerardo con sus padres, con la pareja y con la hija del denunciante (que aún no conocía), sorprendiera la actitud del todavía detenido que lo primero que hizo fue confundirse en un abrazo con su hermana e irrumpir a llorar. Así lo declara la Sra. Gabriela Riet a fs. 100: *“estaba con el brazo creo que el izquierdo que no lo podía extender, estaba sin fuerza ninguna, ni siquiera podía tomar en brazos a su hija, lo vi en la Paloma, varios meses después de su privación de libertad porque él continuaba recluso y yo había salido en libertad... fue todo muy especial porque yo fui con mis padres, su mujer y su hija y a la primera que me abrazó fue a mí y se puso a llorar. A mí me sorprendió que me abrazara primero que a mis padres o a su mujer... me dijo que lo habían colgado y había estado mucho tiempo en esa situación”*

CONSIDERANDO

1.- En esta etapa del proceso se trata de resolver si se configura prueba suficiente que legitime el enjuiciamiento impetrado sin que ello implique prejuzgar o emitir una conclusión definitiva (art. 125 inc.4 literales a y b y art. 132 del CPP). Tres son los grados de convicción del Juez una vez analizado el material probatorio incorporado: la certeza, la probabilidad y la duda. Enseña Lino Palacio que mientras la certeza se caracteriza como el estado psicológico del juzgador en cuya virtud éste llega a abrigar la plena convicción sobre la existencia o inexistencia del hecho incriminado y de la participación o no del imputado en su producción, la probabilidad entraña en cambio una suficiente aproximación a ese estado, que excede por lo tanto a la apreciación de una mera posibilidad. La duda, por el contrario, aparece conformada cuando el Juez, frente a la ausencia o insuficiencia de prueba, no se encuentra en condiciones de formular un juicio de certeza ni de probabilidad, positivo o negativo, acerca de los mencionados extremos. Al estado que debe llegar el Magistrado en esta etapa del proceso es a la probabilidad positiva y ella se configura siempre que hubiere elementos de convicción suficientes para estimar que existe un hecho delictivo y que el indiciado es partícipe del mismo. La resolución se halla supeditada al requisito que los datos positivos o incriminantes emergentes de la prueba colectada, excedan, objetivamente, a los negativos o desincriminantes, de forma tal que la probabilidad positiva resultante de la sospecha inicial cobra mayor intensidad (Cfme. Lino Enrique Palacio – La Prueba en el Proceso Penal – Abeledo Perrot – Buenos Aires – pág.25).

2.- Para la Fiscalía Letrada Nacional en lo Penal de 5° Turno, de autos surgen elementos de convicción suficientes para imputar a Rodolfo Gregorio Alvarez la coautoría del delito de Torturas dispuesto en el art. 22 de la Ley 18026 de 25 de setiembre de 2006. El fundamento más prístino de su petitorio abrevia en la situación en que Riet fue interrogado por Alvarez, en el mismo lugar donde era sometido a torturas y demás tratos crueles, oportunidad en que debía tener todo tipo de lesiones visibles que evidenciaban las torturas corporales como las colgadas. Destacó asimismo el simulacro de muerte de la hermana de Riet al momento que era interrogado, cuando le hicieron ratificar las declaraciones, citando las propias aserciones del denunciante que obran a fs. 20.

3.- Para la Defensa, no puede responsabilizarse a alguien por el hecho de ostentar un cargo y un grado en una Unidad Militar, debiendo en caso de duda fallarse a favor del indagado. En el expediente no existe probada la acción ni la conducta de Rodolfo Alvarez; según los dichos del denunciante, quien lo torturó fue Taramasco y sólo menciona a Alvarez como el juez sumariante. Los hechos han demostrado que Rodolfo Alvarez es persona de bien, nunca fue incriminada bajo ningún concepto, nunca fue nombrado por nadie ni señalado como responsable de torturas. Tiene 67 años, con una familia constituida, de altos valores morales y religiosos, que no condicen con la acusación que la Fiscalía realiza contra él, argumentos en que fundamentó la clausura y archivo de las actuaciones.

4.- La ratio del auto de procesamiento es un juicio de probabilidad acerca de la comisión de un hecho ilícito y de la participación de un sujeto en el mismo. Tal juicio está dirigido a establecer la posibilidad de un objeto en el proceso penal constituido por una pretensión que si bien no se ha ejercido en forma plena por el Ministerio Público, sí lo es en forma preliminar, requiriendo al Juez se someta

un sujeto a proceso, con una definición precaria de los elementos propios de cualquier pretensión: sujeto, objeto y causa. El objeto de la incidencia está constituido estrictamente por la sujeción del imputado y la causa es la simple apariencia delictiva de la conducta que preliminarmente se le atribuye, con independencia del tipo que únicamente sirve para la constatación de la sumaria cognitio, justificando aquella sujeción. De esta manera se atribuye de modo provisorio, la calidad de imputado de un sujeto y se expresa, también provisoriamente, un objeto de prueba; pero en forma alguna existe un pronunciamiento vinculante (que “cause estado”) sobre la calificación jurídica de los hechos porque ésta no es más que “incidenter tantum” y al sólo efecto de un juicio de probabilidad que permita la existencia del proceso. (Cfme. Fernando Cardinal Piegas – “Reflexiones acerca de la función y utilidad del auto de procesamiento con respecto al objeto del proceso, su trascendencia en el principio ne bis in idem y la clausura del trámite por desaparición del ilícito penal que lo sustenta” – Revista de Derecho Penal N° 20 pág. 445-455). Para el proveyente, la versión del denunciante se vio corroborada por la glosa significativa de documentos concordantes con testimonios recabados. En este contexto, el informativo colectado permite sostener prima facie que convergen elementos de convicción que a la luz de la sana crítica informan acerca de la verosimilitud o probabilidad positiva de la participación de Alvarez Nieto en el crimen de Tortura y el delito de Abuso de autoridad contra los detenidos.

5.- La adscripción del tipo penal Tortura en tanto crimen de lesa humanidad, sugiere incursionar en el análisis de la regulación de la categoría y su vigencia a la época en que se registraron los hechos historiados.

La sentencia de la Suprema Corte de Justicia N° 365 de 19 de octubre de 2009, aceptó la aplicación directa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos dentro del ámbito interno, incorporándolas en un rango normativo supralegal, similar a la Constitución de la República. La aceptación de la noción del “bloque de los derechos fundamentales”, ahora reconocido judicialmente, se define como el conjunto de derechos de la persona asegurados por fuente constitucional o por fuente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (tanto el derecho convencional, como el derecho consuetudinario y los principios de “ius cogens”) y los derechos implícitos, expresamente incorporados a nuestro ordenamiento jurídico por vía del artículo 29 literal “c” de la Convención Americana de Derechos Humanos y del artículo 72 de la Constitución de la República. También puede definirse el bloque, desde el punto de vista normativo, como el conjunto de disposiciones constitucionales e internacionales referidas a los derechos fundamentales, sin perjuicio de la aceptación de los derechos implícitos (vide Martín Risso Ferrand en Revista de Derecho Público N° 45 Julio 2014 – El Juez Constitucional en Uruguay)

Humberto Nogueira, en “Los derechos esenciales o humanos contenidos en los Tratados Internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: Doctrina y jurisprudencia” (Ius et Praxis, Derecho de la Región, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Año 9, N° 1, 2003, pág. 422) refiere a “bloque de derechos” y “bloque constitucional de los derechos fundamentales”, como el “conjunto de derechos de la persona (atributos) asegurados por fuente constitucional o por fuentes del derecho internacional de los derechos humanos (tanto el derecho convencional, como el derecho consuetudinario y los principios de “ius cogens”) y los derechos implícitos,

expresamente incorporados al ordenamiento jurídico por vía del artículo 29 literal “c” de la CADH, todos los cuales, en el orden constitucional chileno, constituyen límites a la soberanía, como lo especifica categóricamente el artículo 5 inciso 2 de la Constitución chilena vigente”. Esta noción también fue propiciada en Uruguay, a tenor de lo establecido en los artículos 7 y 72 de la Constitución uruguaya, bajo la denominación de “bloque de los derechos humanos” (similar a bloque de los derechos fundamentales o bloque de constitucionalidad de derechos fundamentales) como se puede leer en Sentencias de la Suprema Corte de Justicia, a partir de la emblemática N° 365 de 19 de octubre de 2009.

6.- En el marco referencial que antecede se trata de determinar si los hechos historiados, ocurridos en un período durante el cual existían normas de derecho penal internacional que prohibían hechos que las mismas normas califican de crímenes de lesa humanidad, son alcanzables por las normas de rango *ius cogens* y si estas eran obligatorias para el Uruguay en el entendido que nuestro ordenamiento interno aún no las implementó, sino hasta la promulgación de la ley 18026.

Las torturas y demás tratos inhumanos perpetrados contra personas ilegítimamente privadas de libertad durante la dictadura militar en el período comprendido entre los años 1973 y 1985, constituyen crímenes de lesa humanidad a tenor de lo dispuesto en normas de derecho internacional, ora consuetudinario, ora convencional, obligatorias y vigentes al año 1980 en que se verificó el delito de marras, a partir de lo establecido en el artículo 6 literal c) del Estatuto de Nuremberg.

La Carta Magna habilita a juzgar los delitos contra el Derecho de Gentes (delitos contra el Derecho Internacional) y las víctimas de los mismos tienen derecho a acceder a la justicia (arts. 72 y 239 numeral 1 inc. 1 de la Constitución de la República).

El art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Resolución 2200 A – XXI de la Asamblea General aprobada el 16 de diciembre de 1966), en nuestro país Ley 13.751 del 11 de junio de 1969, en torno al principio de legalidad señala que nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Y en el numeral 2, precisa: “nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”. Por ende, aún en ausencia de tratado, no se viola el principio de legalidad si la conducta delictiva estaba establecida por principios de derecho reconocidos por la comunidad internacional.

Lo trascendente es que al momento de verificarse los hechos exista una norma jurídica, de derecho interno o de derecho internacional, que establezca la conducta como criminal y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, interpretado armónicamente con lo dispuesto en los artículos 7, 12, 18, 72 y 239 de la Constitución de la República y los arts. 15 inc. 2 y 85 del Código Penal, confirma que el alcance del principio de legalidad penal no se restringe exclusivamente al derecho interno, lo que desbroza absoluta concordancia constitucional.

7.- La Suprema Corte de Justicia en Sentencia 1381 de 8 de setiembre de 2016 señaló que el Estado ha reconocido por Ley N° 18596 (art.1), el

quebrantamiento del Estado de Derecho que impidiera el ejercicio de derechos fundamentales a las personas en violación a los Derechos Humanos o a las normas del Derecho Internacional Humanitario, en el período comprendido desde el 27 de junio de 1973 hasta el 28 de febrero de 1985. Por la misma ley se ha reconocido la responsabilidad del Estado uruguayo en la realización de 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, en el período comprendido desde el 13 de junio de 1968 hasta el 26 de junio de 1973, marcado por la aplicación sistemática de las Medidas Prontas de Seguridad e inspirado en el marco ideológico de la Doctrina de Seguridad Nacional. Las conductas señaladas -agrega la Corporación- constituyen delitos de lesa humanidad, por su gravedad, sistematicidad y generalidad de su reiteración. En aplicación a la interpretación pro homine de los Derechos Humanos conforme al bloque de constitucionalidad cuya aplicación es imperativa para todos los órganos jurisdiccionales, es perfectamente compatible con la Constitución la admisión de un orden normativo comprendido por un único bloque de constitucionalidad... Es menester interpretar y aplicar dicho orden jurídico por los Jueces Nacionales, sin violentar la Constitución de la República ni los Tratados de Derechos Humanos (vide fs. 242 vto-243). Los Tratados de Derecho Internacional aplicables consagran determinados principios que hacen a la protección de los derechos humanos en su integralidad, situación jurídica de raigambre constitucional para el Uruguay en virtud de lo establecido en el art. 239 numeral 1 de la Constitución de la República (fs. 244)

8.- La Sala Penal de 1er. Turno, citando el voto de Zaffaroni en “Arancibia Clavel” (vide fs. 178), señaló que la Convención de Crímenes de Guerra y Lesa

Humanidad (1968) se limita a codificar como tratado lo que antes era *ius cogens* en función del derecho internacional público consuetudinario, siendo materia pacífica que en esta rama jurídica, la costumbre internacional es una de sus fuentes. En consecuencia, la prescripción establecida en la ley interna y por tanto su ejercicio en función de la misma, no importa una aplicación retroactiva de la ley penal.

La Suprema Corte de Justicia en su decisorio de fs. 244 señaló: “corresponde al intérprete y no al tribunal de constitucionalidad, determinar si los hechos investigados integran el elenco del art. 3, de los delitos de lesa humanidad por encontrarse en los tratados firmados por la República”.

El art. 3 de la Ley 18.831 en tanto norma declarativa, refiere al reconocimiento de una situación jurídica preexistente pues declara que los delitos incluidos en la Ley 15.848 (ley de caducidad), son crímenes de lesa humanidad de conformidad con los tratados internacionales de los que la República es parte. Con ello reconoce una categorización jurídica que el derecho internacional ya había establecido. Así, estas normas y tratados internacionales son concordantes con lo dispuesto por el art. 72 de la Constitución; de ahí que no exista violación alguna al principio de legalidad penal ni al de irretroactividad.

9.- La Tortura como crimen de Lesa Humanidad.-

El artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que “Nadie será sometido a tortura o a otros tratos crueles, inhumanos o degradantes”. No se brinda una definición precisa de los distintos comportamientos a los que refiere el Pacto.

El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, órgano encargado de monitorear el cumplimiento del Pacto, ha tendido a aproximarse de una forma global a la definición de tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes,

como cuando intervino en la denuncia presentada por José Luis Massera contra Uruguay en el año 1979 según la cual el denunciante fue forzado a permanecer de pie durante largas horas con la cabeza cubierta hasta que perdió el equilibrio y se lesionó una pierna al caer contra el piso. Si bien el Comité no definió en modo alguno el concepto de tortura, en su decisión parece haber influido el hecho de que el maltrato le haya provocado a la víctima un daño físico permanente como significó en el caso citado, una secuela permanente en la motricidad al haber resultado con una pierna más corta que la otra.

En el caso Miguel Ángel Estrella, pianista uruguayo que fue secuestrado y sometido a torturas físicas y psicológicas (golpes, shocks eléctricos, obligado a permanecer de pie con las piernas separadas y los brazos levantados, sumergido en agua, amenazas de torturar o ejercer violencia sobre amigos o aún de cortarle ambas manos con una sierra eléctrica), constituyeron daños psicológicos permanentes, que influyeron en la decisión del Comité de Derechos Humanos al determinar que el Estado de Uruguay había violado el artículo 7 del Pacto (véase Human Rights Committee - Estrella vs. Uruguay Communication No. 74/1980 - 29 March 1983).

La palabra “tortura” es usualmente utilizada para describir un trato inhumano que tiene un propósito y es una forma agravada de tratamiento inhumano. El tratamiento o castigo de un individuo puede ser considerado degradante si lo humilla de forma grosera frente a otros o lo lleva a actuar contra su voluntad o conciencia. De acuerdo con esta definición, es el grado de sufrimiento que se provoca sobre el individuo lo que distingue a la tortura de los tratos inhumanos y a estos últimos de los tratos degradantes.

Según la Comisión Europea, para que un acto llegue a ser calificado como tortura, debe atravesar tres niveles. Primero, debe subsumirse dentro de alguno

de los supuestos que definen a un trato degradante. Luego, para ser categorizado como trato inhumano, debe causar un sufrimiento mental o físico severo, aplicarse deliberadamente y carecer de justificación en las circunstancias particulares del caso. Por último, para ser calificado como tortura, el acto debe ser una forma agravada de trato inhumano y perseguir un propósito determinado. El art. 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dispone que toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral y que “Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.

La Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Resolución 3452 del año 1975) define a la tortura como todo acto por el cual un funcionario público, u otra persona a instigación suya, inflija intencionalmente a una persona penas o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidar a esa persona o a otras. Expresamente califica a la práctica de torturas como una ofensa a la dignidad humana y quien la realice será condenado por violación de los propósitos de la Carta de las Naciones Unidas y de los derechos humanos y libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos. El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, suscripto por la República Oriental del Uruguay el 19 de diciembre de 2000 y aprobado por Ley 15.710 de 27 de junio de 2000, en su artículo 7 describe las conductas que constituyen crímenes de lesa humanidad, precisando en el literal f) la Tortura y en el literal k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente

grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

Estos actos que hoy constituyen crímenes de lesa humanidad, ya habían sido reconocidos como crímenes comprendidos en el derecho internacional por el derecho consuetudinario y por convenios previos y otros instrumentos internacionales, ya sea en forma expresa o dentro de la categoría de otros actos inhumanos (especialmente las prácticas sistemáticas y generalizadas de desapariciones forzadas, torturas y homicidios políticos cometidas en la región por las dictaduras militares durante la década del setenta). Se trata de la confirmación, en el plano convencional, de normas con rango de *jus cogens* que ya eran obligatorias para los Estados (Cfme. Oscar López Goldaracena - “Las violaciones a los derechos humanos de la dictadura deben juzgarse por ser crímenes de lesa humanidad. Crímenes de lesa humanidad, principio de legalidad y régimen de imprescriptibilidad - LJU tomo 147).

Para la Corte Internacional de Justicia , el derecho a no ser sometido a torturas constituye no solo una norma que no admite limitaciones sino que además posee una especial calidad dentro del derecho internacional público, a saber, es una norma de *jus cogens* (CIJ case East Timor – Portugal vs. Australia) es decir una norma imperativa del derecho internacional respecto del cual ningún Estado puede sustraerse, por ejemplo, haciendo una reserva al momento de obligarse por un tratado de derechos humanos. La tortura debe ser un acto intencional, cuyo elemento determinante será el sufrimiento o dolor, ya sea físico o mental. En el caso Bueno Alves vs. Argentina (Sentencia de 11 de mayo de 2007), la Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó los elementos constitutivos de la tortura señalando que son los siguientes: a) un acto

intencional; b) que cause severos sufrimientos físicos o mentales; c) que se cometa con determinado fin o propósito.

10.- El dilema que se plantea infolios finca en determinar si se puede aplicar retroactivamente la ley penal nacional a hechos que cuando fueron cometidos ya constituían crímenes bajo el derecho internacional, sin violar los principios *nullum crimen sine lege* y de irretroactividad de la ley penal.

El derecho internacional y el derecho comparado han resuelto afirmativamente esta situación. El expreso reconocimiento por la jurisprudencia sobre la vigencia del principio de *ius cogens* y del derecho consuetudinario al momento en que ocurrieron las violaciones a los derechos humanos, allana la discusión sobre los problemas que pudieran suscitarse en relación a la retroactividad de la norma penal y el principio de legalidad. No se trata de aplicar las normas sobre crímenes de lesa humanidad ni los nuevos tratados internacionales hacia el pasado, sino de entender que las convenciones internacionales no han hecho más que ratificar normas de *ius cogens* que ya eran obligatorias por encontrarse vigentes al momento en que sucedieron los hechos.

El principio de no aplicación retroactiva de la ley penal es una salvaguarda esencial del derecho internacional que se erige en defensa de la persona contra la arbitrariedad y es una consecuencia del principio de legalidad de los delitos (*nullum crimen sine lege*). La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que es un elemento esencial del Estado de Derecho dado que en éste los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio de su poder punitivo. Asimismo está íntimamente ligado con el derecho a la seguridad jurídica, toda vez que propende a impedir que una persona sea penada por un hecho que cuando fue cometido no era delito

o no era punible o susceptible de persecución. En ese sentido, la Corte Interamericana ha señalado que en aras de la seguridad jurídica es indispensable que la norma punitiva exista y resulte conocida, o pueda serlo antes de que ocurra la acción o la omisión que la contravienen y que se pretende sancionar. La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor, ya que antes de que una conducta sea tipificada como delito la misma no reviste aún el carácter de ilícita para efectos penales. Por otro lado, si esto no fuera así, los particulares no podrían orientar su comportamiento a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de éste.

No obstante, el principio de legalidad de los delitos no se limita a la aplicación de la ley nacional. Más allá de una regla de derecho comparado, el principio *nullum crimen sine lege* es un principio del derecho internacional, que se refiere tanto al derecho interno como al derecho internacional. Si bien el principio de legalidad de los delitos se ha traducido en los sistemas penales nacionales de tradición jurídica de derecho continental en la fórmula *nullum crimen sine lege nulla poena sine lege*, en los sistemas jurídicos del *Common Law* éste se tradujo en la fórmula *nullum crimen sine iure*.

En derecho internacional, el principio de legalidad de los delitos se contrae a la fórmula *nullum crimen sine lege*. Empero, dado que el principio abarca tanto el derecho nacional como el internacional, y que éste se halla igualmente conformado por el derecho internacional consuetudinario, varios autores consideran que la fórmula *nullum crimen sine iure* refleja más la naturaleza y el alcance del principio de legalidad de los delitos.

Los tratados internacionales que establecen crímenes bajo el derecho internacional no prescriben las sanciones a imponer y se limitan a establecer el criterio de proporcionalidad de las penas de acuerdo con la gravedad del crimen. Este aspecto es dejado a la legislación nacional o a los tribunales internacionales. La ausencia de penalidades en los instrumentos internacionales no vulnera el principio de legalidad de los delitos en el ámbito del derecho internacional. Desde los estatutos de los Tribunales de Nuremberg y de Tokio, pasando por los tratados internacionales contra el terrorismo, la Convención contra el Genocidio, las convenciones sobre Tortura o sobre la Desaparición Forzada de las Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos, casi la totalidad de los tratados de derecho penal no prevén las penas específicas para los delitos que tipifican.

En el caso *Gelman vs. Uruguay*, la Corte Interamericana reiteró su jurisprudencia en cuanto a que el Estado debe disponer que ninguna otra norma análoga, como prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, *ne bis in idem* o cualquier excluyente similar de responsabilidad, sea aplicada y que las autoridades se abstengan de realizar actos que impliquen la obstrucción del proceso investigativo” (Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C No. 221, párrafo 254)

El Tribunal Europeo en “las ejecuciones del muro de Berlín” (casos *Streletz, Kessler y Krenz c. Alemania* y *K.-H.W. c. Alemania*) referente al juzgamiento y condena de Fritz Streletz, Heinz Kessler y Egon Krenz, por la muerte de varios ciudadanos de la República Democrática de Alemania (RDA) cuando intentaban huir hacia la República Federal de Alemania (RFA), tuvo presente que a la fecha de los hechos, la legislación interna de la RDA autorizaba el uso de la fuerza letal para impedir la fuga hacia territorio de la RFA instalando sistemas

de disparos automáticos y ordenando a los guardias de frontera a disparar contra los fugitivos. Streletz, Kessler y Krenz, jerarcas en el Consejo Nacional de Defensa, el Comité Central del Partido Comunista, el Ministerio de Defensa y el Ejército Nacional del Pueblo, entidades responsables de esta legislación y de las órdenes, fueron condenados en el año 1993, aplicando tanto la legislación penal de la RDA en vigor para la época de los hechos, como el Código Penal de la RFA, por incitación al homicidio voluntario. En segunda instancia, en el año 1994, la Corte Suprema de Justicia condenó a Streletz y Kessler como autores intelectuales de homicidio voluntario, aplicando el Código Penal de la RFA. Los condenados impugnaron esta sentencia ante la Corte Constitucional, argumentando que la Corte Suprema había violado el principio de irretroactividad de la ley penal, pues la legislación aplicable era la de la RDA, la cual justificaba los hechos e impedía que se les juzgara por estos. La Corte Constitucional rechazó las pretensiones de los demandantes en el año 1996.

Streletz, Kessler y Krenz acudieron al Tribunal Europeo por violación del artículo 7 del *Convenio Europeo*, argumentando que los hechos por los cuales habían sido condenados no constituían para la época delitos, ni bajo el derecho penal de la RDA ni bajo el derecho internacional. Alegaron que la legislación aplicable en la RDA autorizaba el empleo de la fuerza letal contra quienes intentaban huir del país.

El Tribunal Europeo consideró que, incluso bajo la legislación penal de la RDA para la época de los hechos, los homicidios por los cuales fueron condenados Streletz, Kessler y Krenz, constituían delitos, con lo cual existía una base legal para procesarlos y condenarlos. Pero asimismo, el Tribunal consideró que, para la fecha de los hechos, estos comportamientos constituían “delitos definidos con suficiente accesibilidad y previsibilidad por las normas de Derecho internacional

relativas a la protección de los derechos humanos” e incluso podían ser considerados crímenes de lesa humanidad. Así, según el Tribunal, era previsible para los tres condenados que sus conductas eran punibles tanto bajo el derecho nacional como el derecho internacional. El Tribunal consideró que “es legítimo para un Estado de Derecho iniciar acciones penales contra las personas que han cometido delitos en virtud de un régimen anterior, y del mismo modo, no se puede reprochar a los tribunales de dicho Estado, que sucedieron a los que anteriormente existían, de aplicar e interpretar las disposiciones legales existentes al momento de los hechos a la luz de los principios del imperio de la ley”. Adunó el Tribunal que “una práctica estatal, como aquella de la RDA para la vigilancia de la frontera, que viola flagrantemente los derechos fundamentales y especialmente el derecho a la vida, valor supremo en la escala de los derechos humanos a nivel internacional, no puede ser protegida por el artículo 7 del Convenio... la apariencia de legalidad para instaurar una práctica flagrantemente violatoria de los derechos fundamentales no podía estar amparada por el artículo 7 del Convenio”

En el caso “Kononov vs. Letonia”, el Tribunal Europeo examinó la cuestión de la aplicación retroactiva de la ley penal nacional en casos de hechos constitutivos de crímenes bajo el derecho internacional. El antecedente da cuenta que en el año 2000, Vassili Kononov fue juzgado y condenado por un tribunal letón por crímenes de guerra cometidos en 1944, por haber actuado como oficial del ejército soviético en una expedición militar donde fueron ejecutados numerosos civiles de la aldea de Mazie Bati, quienes presuntamente colaboraban con tropas alemanas. A la fecha del crimen y desde 1940, Letonia estaba bajo la soberanía de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS). En 1990, el Consejo Supremo de Letonia adoptó la Declaración sobre

el Restablecimiento de la Independencia de la República de Letonia, declaró nula la incorporación del país a la URSS y promulgó la Declaración relativa a la adhesión de la República de Letonia a los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos. En 1996, el Parlamento letón adoptó una declaración calificando de ilegal y de régimen de ocupación militar a la anexión soviética de su territorio. En el año 1998, Kononov fue juzgado en Letonia por crímenes de guerra cometidos en 1944 y sentenciado en el año 2003 por estos hechos. El Tribunal aplicó el Código Penal de 1961, el cual había quedado vigente luego de la reacesión a la independencia de Letonia en 1990 y que incorporaba los crímenes de guerra y de lesa humanidad en su catálogo de delitos, luego de una reforma del Código Penal en 1993.

Kononov se presentó ante el Tribunal Europeo alegando que Letonia había aplicado retroactivamente la ley penal, violando así el artículo 7 del Convenio Europeo. El Tribunal recordó que por más clara que sea la redacción de una disposición normativa penal, en cualquier sistema jurídico, “existe un infaltable elemento de interpretación judicial” y que la jurisprudencia es fuente de derecho que contribuye al desarrollo progresivo del derecho penal. Con esto, el artículo 7 no puede interpretarse como proscribiendo la interpretación judicial, siempre que “el resultado sea coherente con la sustancia de la infracción y razonablemente previsible”.... “cuando la legislación nacional no define los elementos constitutivos de un crimen de guerra, el Tribunal nacional puede basarse en el derecho internacional para fundamentar su razonamiento, sin violar los principios *nullum crimen y nulla poena sine lege*”.... “cuando el derecho internacional no había definido con suficiente claridad las sanciones correspondientes a tal o cual crimen de guerra, un tribunal nacional podrá,

después de encontrar a un acusado culpable, fijar la determinación de la pena con base en el derecho penal interno”

Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck en “El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, Volumen I”, señalan que no solamente el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg consideró que, en lo que atañe a los crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, no se violó el principio de no aplicación retroactiva de la ley penal, sino que la jurisprudencia de los tribunales internacionales ha reafirmado esta conclusión así como la mayoría de la doctrina internacional, toda vez que estos comportamientos ya estaban considerados criminales por el derecho internacional consuetudinario.

La Asamblea General de las Naciones Unidas, a través de la Resolución N° 95 de 11 de diciembre de 1946, confirmó los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg y por el fallo de este Tribunal. Los instrumentos internacionales posteriores a Nuremberg han consagrado los principios generales del derecho como fuente del derecho internacional, junto con la costumbre y las convenciones. Como lo señaló el Secretario General de las Naciones Unidas en su informe relativo al establecimiento del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, la Sentencia y el Estatuto del Tribunal de Nuremberg forman parte del derecho internacional consuetudinario que se debe aplicar en la represión de los crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, independientemente de que los Estados hayan o no adherido a determinadas convenciones.

Los Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Nuremberg, adoptados por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en 1950, prescriben varios principios relevantes en la materia: Principio I: Toda persona que cometa un acto que

constituya delito de derecho internacional es responsable de él y está sujeta a sanción. Principio II: El hecho de que el derecho interno no imponga pena alguna por un acto que constituya delito de derecho internacional no exime de responsabilidad en derecho internacional a quien lo haya cometido.

Las conclusiones del Tribunal de Nuremberg fueron contundentes sobre la cuestión de si las normas del Derecho internacional se aplican a las personas señalando que el derecho internacional impone deberes y responsabilidades a los individuos, así como a los Estados y añadió: “los crímenes contra el Derecho internacional son cometidos por hombres, no por entidades abstractas, y sólo castigando a los individuos que cometen tales crímenes puede la disposición del Derecho Internacional ser efectiva”.

La Comisión de Derecho Internacional recordó que el Tribunal de Nuremberg, en su sentencia, había concluido que el derecho internacional vinculaba jurídicamente a los individuos incluso cuando la legislación nacional no los obligaba a observar las reglas del derecho internacional.

La Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad reza en su artículo I que: “Los crímenes siguientes son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido:...

“b) Los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas N° 3 de 13 de febrero de 1946 y N° 95 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”

11.- En España nos convoca el análisis del caso Adolfo Scilingo, Teniente de Fragata de la Armada Argentina y miembro de la ESMA (Escuela Mecánica de la Armada) quien participó entre 1976 y 1983 en asesinatos, desapariciones forzadas, detenciones ilegales y torturas durante el periodo dictatorial argentino. Detenido en España en 1997 fue procesado los delitos de genocidio y terrorismo. La Audiencia Nacional de España inició el juicio oral contra Scilingo donde la Fiscalía y la Acusación Popular calificaron de crímenes de lesa humanidad los delitos imputados a Scilingo. En sentencia de 19 de abril de 2005, la Audiencia Nacional condenó a Scilingo como “autor responsable de un delito de lesa humanidad” consistente en 30 asesinatos, desapariciones forzadas y tortura, considerando asimismo que esos hechos no podían ser calificados de genocidio, toda vez que no se reunían los elementos de ese tipo penal.

Se rechazó la calificación del delito de terrorismo, pues si bien se reunían los elementos de ese tipo penal, “los hechos van más allá y contienen otros elementos que solo son abarcados por el injusto del delito de lesa humanidad, razón por la que la Sala considera, en este caso, el terrorismo subsumido dentro del delito de lesa humanidad y no en una relación de concurso de delitos.

España tipificó el crimen de lesa humanidad en el año 2004, vale decir con posterioridad a la comisión de los actos imputados a Scilingo. La Audiencia señaló que la aplicación de este artículo del Código Penal planteaba “obvias cuestiones referidas al principio de legalidad penal, relativas a la tipicidad, taxatividad, accesibilidad, previsibilidad y certeza de la norma penal aplicada, en conexión con el de irretroactividad de las normas penales”. Luego agregó “la aplicación del derecho queda vinculado tanto por la norma interna como por la

internacional... el carácter de *ius cogens* de la norma internacional a la que representa o recoge la interna, y cuya obligatoriedad con ello reconoce, le impide ir en contra de su contenido esencial o limitar su ámbito de aplicación temporal objetivo, subjetivo o territorial. Recibida en el derecho interno la norma de derecho 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”...“con independencia de lo que definitivamente pueda acontecer en el ámbito normativo interno, no cabe ninguna duda de que este tipo criminal internacional, que genera responsabilidad penal individual, está vigente en el Derecho Internacional desde hace décadas, y en todo caso sería aplicable al conjunto de la represión en Argentina, de conformidad con el principio de derecho intertemporal *tempus regit actum*, visto desde la óptica del Derecho internacional”. Respecto de la posible ausencia de norma penal en el momento de producción de los hechos, la Audiencia Nacional precisó: “partimos de la prohibición penalmente sancionada, desde hace décadas, por el derecho internacional, de las conductas a que se refiere el tipo penal recientemente introducido, siendo esta prohibición una norma de general aplicación para todos los Estados al ser un norma de ‘ius cogens’ internacional. No puede decirse, por tanto, que se traten de conductas que no estaban anteriormente prohibidas, como tampoco que sean inciertas o imprevisibles ni en el mandato o prohibición que contienen ni en el de la pena a aplicar”... “en el análisis del problema de la tipicidad, es de destacar que la formulación clásica del principio de legalidad

penal (criminal y penal) *nullum crimen nulla poena sine lege*, en el Derecho internacional se articula como de *nullum crime sine iure*, lo que permite una interpretación mucho más amplia de las exigencias derivadas de este principio, en cuanto que sería suficiente la consideración como tal en Derecho internacional, aunque no estuviera tipificado en derecho interno. A diferencia de lo que ocurre en los ordenamientos internos, la tipicidad de los crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad no está determinada en el orden internacional por su incorporación en textos escritos. En este ámbito la *lex* se expresa mediante métodos consuetudinarios (y principios generales del Derecho) que la hacen ambigua e insegura hasta que se produce su codificación; se debe evitar que un principio como el *nullum crimen nulla poena sine lege*, que nació con el objeto de proteger al individuo frente al poder absoluto del Estado, se convierta en una barrera protectora que proteja a un ataque masivo de los derechos más elementales de los ciudadanos... difícilmente se vulnera el principio de legalidad penal cuando en el Derecho internacional la figura de los crímenes contra la humanidad está en vigencia (internacional) desde hace ya muchas décadas. Que no existiera un Tribunal o ninguna jurisdicción estatal que se hubiera encargado de hacer cumplir o sancionar la infracción de dichas normas internacionales, no pone en cuestión la vigencia de las mismas"...“la naturaleza mixta que en la actualidad tienen los delitos contra la humanidad, convencional y consuetudinaria, produce unos determinados efectos como consecuencia de la interacción de normas internacionales de varias clases. La cristalización en normas escritas añade un importante plus de taxatividad y de previsibilidad a la conducta prohibida u ordenada por la norma penal internacional"...“el principio ‘nullum crimen sine lege’, es, se trata, de un principio de justicia superior. Expresa ante todo un principio de justicia y no

puede haber mayor injusticia que llevar a cabo interpretaciones estrictas conducentes a la impunidad del sujeto. En definitiva hemos de decir aquí que desde una perspectiva internacional, existían en el momento de la producción de los hechos normas internacionales consuetudinarias de aplicabilidad general que prohibían claramente las conductas llevadas cabo durante la dictadura militar argentina por militares, fuerzas de seguridad del estado y civiles en la llamada lucha contra la subversión, aunque ciertamente la tipificación de dichas conductas basadas fundamentalmente en el artículo 6 c del Estatuto de Nuremberg no tuvieran una absoluta precisión en los tipos y la tipificación de la contenida en el Convenio contra el Genocidio de 1968 no le fuera absolutamente aplicable. Sin embargo, ya existían suficientes elementos en el ámbito internacional para tener una idea cierta de que esas conductas eran constitutivas de un crimen contra la humanidad e iban no solo contra el derecho interno sino también contra el derecho internacional por lo que, en virtud del principio de responsabilidad individual, también les era exigibles a sus autores y partícipes responsabilidad penal internacional por ese tipo de conductas. Consideramos, por tanto, que aunque posteriormente se haya producido una tipificación de este tipo de conductas en el ámbito internacional mediante su cristalización en tratados internacionales, ello simplemente añade un plus de taxatividad y de certeza a la previsibilidad general de la conducta prohibida u ordenada, por lo que no existen sólidas razones para negar el respeto del principio de legalidad, al menos en su manifestación de garantía criminal, a no ser que se haga una interpretación falsa y desviada de dicho principio”.

12.- En la República Argentina, al tratar el emblemático caso Arancibia Clavel, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo “que si los homicidios, la tortura y los tormentos, la desaparición forzada de personas, son delitos contra la

humanidad, el formar parte de una asociación destinada a cometerlos es imposible que no lo sea, pues constituiría un contrasentido tal afirmación, toda vez que este último sería un acto preparatorio punible de los otros”... “los delitos como el genocidio, la tortura, la desaparición forzada de personas, el homicidio y cualquier otro tipo de actos dirigidos a perseguir y exterminar opositores políticos -entre los que debemos contar el formar parte de un grupo destinado a llevar adelante esta persecución-, pueden ser considerados crímenes contra la humanidad, porque atentan contra el derecho de gentes tal como lo prescribe el art. 118 de la Constitución Nacional”. La Corte recordó que la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de la humanidad “sólo afirma la imprescriptibilidad, lo que importa el reconocimiento de una norma ya vigente (*ius cogens*) en función del derecho internacional público de origen consuetudinario. De esta manera, no se fuerza la prohibición de irretroactividad de la ley penal, sino que se reafirma un principio instalado por la costumbre internacional, que ya tenía vigencia al tiempo de comisión de los hechos ... en rigor no se trata propiamente de la vigencia retroactiva de la norma internacional convencional, toda vez que su carácter de norma consuetudinaria de derecho internacional anterior a la ratificación de la Convención de 1968 era *ius cogens*, cuya función primordial es proteger a los Estados de acuerdos concluidos en contra de algunos valores e intereses generales de la comunidad internacional de Estados en su conjunto, para asegurar el respeto de aquellas reglas generales de derecho cuya inobservancia puede afectar la esencia misma del sistema legal”... “la costumbre internacional ya consideraba imprescriptibles los crímenes contra la humanidad con anterioridad a la convención, también esta costumbre era materia común del derecho internacional con anterioridad a la incorporación de la convención al

derecho interno... en consecuencia los hechos por los cuales se condenó a Arancibia Clavel, ya eran imprescriptibles para el derecho internacional al momento de cometerse, con lo cual no se da una aplicación retroactiva de la Convención, sino que ésta ya era la regla por costumbre internacional vigente desde la década del '60, a la cual adhería el Estado argentino”

13.- Las torturas y demás tratos inhumanos perpetrados contra personas ilegítimamente privadas de libertad durante la dictadura militar en el período comprendido entre los años 1973 y 1985, constituyen crímenes de lesa humanidad a tenor de lo dispuesto en normas de derecho internacional consuetudinario o convencional, obligatorias y vigentes al año 1980 en que se verificó el delito de marras, a partir de lo establecido en el artículo 6 literal c) del Estatuto de Nuremberg.

La Constitución de la República admite la existencia de crímenes internacionales y su juzgamiento (art. 239), además de reconocer, por la vía del art. 72, el raigambre constitucional a todos los derechos inherentes a la persona humana como aquel que le asiste a las víctimas de delitos contra el derecho de gentes de acceder a la justicia para que se determine la responsabilidad penal de los partícipes.

Los homicidios, desapariciones forzadas de personas y torturas, contra personas privadas de libertad ocurridas en el período reseñado, además de ser crímenes de lesa humanidad también son conductas establecidas como delitos en el Código Penal, extremo que nos permite concluir que al ser considerados como delitos tanto por el derecho penal interno como por el derecho internacional, no se conculcan los principios de legalidad e irretroactividad de la ley penal (Cfme. Oscar López Goldaracena Derecho Internacional y Crimen contra la Humanidad - FCU - Tercera edición 2008).

Los delitos vigentes en el derecho interno y en cuyas descripciones pudieran subsumirse los elementos materiales de la tortura, ya habían adquirido el atributo de lesa humanidad en virtud de las normas de derecho internacional obligatorias para el Estado.

Decir que el principio de legalidad penal queda limitado al marco del derecho interno apareja la inconsecuencia de irradiar al derecho internacional consuetudinario y convencional del alcance de aquel principio y el inevitable corolario de negar el juzgamiento de los crímenes internacionales porque los mismos no se encuentren tipificados como tales en ley interna.

No habremos de soslayar que el accionar del indagado, engarzado en actos arbitrarios cometidos contra el detenido Riet quien fuera sometido a interrogatorio en la misma sala donde se lo torturaba y a la que llegó encapuchado y maltrecho, extendiendo la mortificación traducida en aflicción moral, que de sólo permite una adecuación plástica -en el tiempo de los hechos- al delito previsto en el artículo 286 del Código Penal bajo el nomen iuris de abuso de autoridad contra los detenidos. Por ende, no hay apartamiento del principio de legalidad, aunque la visión se limite exclusivamente al derecho interno, en el entendido que las conductas prohibidas ya estaban previstas como delitos en el derecho interno uruguayo. En efecto; aquel que participó en estos crímenes desde el aparato represivo del Estado, como Alvarez Nieto, sabía que estaba incurriendo en delitos contenidos en el Código Penal. Mal podía ignorar que sus actos eran crímenes de lesa humanidad, cometidos en el marco de un plan estatal de represión generalizado y sistemático contra civiles. Con esta mirada va de suyo que no se violentan los principios de legalidad e irretroactividad de la ley penal más gravosa porque durante el período dictatorial existían normas de derecho internacional penal de fuente mixta, consuetudinaria

y convencional, que contenían a la tortura como crimen de lesa humanidad y normas de derecho penal que tipificaban como delitos las conductas constitutivas de los hechos de tortura.

La obligación del Estado de castigar y juzgar los crímenes de lesa humanidad dimana del derecho de gentes o *ius cogens* el que se integra por un parquet normativo de origen consuetudinario que propende a la protección de valores supremos reconocidos por la comunidad internacional y obliga a todos los miembros de esa comunidad. Uno de los principios que rige a los crímenes contra el derecho de gentes desde la consolidación del Derecho Penal Internacional, es el que instituye la criminalización de ciertas conductas que se consideran de gravedad para la humanidad y no depende que sean punibles según la ley penal del lugar donde ocurrieron. A la época de los hechos investigados, el orden jurídico interno contenía normas (internacionales) que reputaban a la tortura como crimen contra la humanidad. Esas normas integraban el derecho positivo interno y esas normas penales internas, en cuya descripción típica puede subsumirse la tortura, adquirieron un atributo adicional (la condición de lesa humanidad) con las consecuencias que ello implica, en virtud de una normativa internacional que las complementó. En relación a los crímenes de lesa humanidad Jiménez de Asúa señala que “son tan antiguos como la Humanidad. La concepción jurídica es, sin embargo, nueva puesto que supone un Estado de civilización capaz de reconocer leyes de la Humanidad, los derechos del hombre o del ser humano como tal, el respeto al individuo y a las colectividades humanas, aunque fuesen enemigos” (Jiménez de Asúa “Parte General del Derecho Penal – Filosofía y Ley Penal” 4ª edición Tomo III pág. 1175 y siguientes – Ed. Losada – Buenos Aires 1977)

La convención sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad (en Uruguay Ley 17347 de 5 de junio de 2001) dispone en su art. 1 que los crímenes de lesa humanidad son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido. Con el giro “cualquiera sea la fecha” de comisión, no se está violando el principio general de la irretroactividad sino que se recogen e incorporan los principios que reglan este asunto en materia internacional desde fines de la Segunda Guerra Mundial y que básicamente estipulan que los actos inhumanos y persecuciones que en nombre del Estado buscan la hegemonía política, son imprescriptibles por naturaleza. En rigor no se trata propiamente de la vigencia retroactiva de la norma internacional convencional, toda vez que su carácter de norma consuetudinaria de Derecho Internacional anterior a la ratificación de la Convención de 1968 era *ius cogens*, cuya función primordial es proteger a los Estados de acuerdos concluidos en contra de algunos valores e intereses generales de la comunidad internacional, para asegurar el respeto de aquellas reglas generales de derecho cuya inobservancia puede afectar la esencia misma del sistema legal. Desde esta perspectiva, así como es posible afirmar que la costumbre internacional ya consideraba imprescriptibles los crímenes contra la humanidad con anterioridad a la convención, también esa costumbre era materia común del Derecho Internacional con anterioridad a la incorporación de la convención al Derecho interno.

14.- En el contexto internacional se precipitaron varios casos en los que, sin que existiera un marco legal regulatorio, se aplicaron penas originadas en delitos internacionales, construyéndose así la costumbre y jurisprudencia internacional, que ha venido aclarando el verdadero alcance del principio de legalidad, desde

los Juicios de Nuremberg y Tokio, que abrieron el escenario de la llamada justicia internacional en protección de la humanidad.

La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de fecha 14 de marzo de 2001 en el caso Barrios Altos, declaró la incompatibilidad de la ley de amnistía y punto final dictada en el Perú, con el Pacto de San José, ley expedida para garantizar la impunidad de crímenes cometidos por organismos o agentes del Estado, abriéndose un nuevo espacio para juzgamientos de crímenes internacionales en la región.

La Corte Suprema de Justicia de Argentina, en el “Caso Simón”, sentencia de 14 de junio de 2005, también dejó sin efecto leyes de punto final y de obediencia debida dictadas en dicho país (las 23.492 y 23.521), normas que favorecían la impunidad de los delitos cometidos durante los periodos de las dictaduras militares. En esta sentencia en la que la Corte convalidó la utilización de una ley ex post facto de orden internacional para imponerles condena, como fue la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, señaló: “Así, se puede afirmar que so pretexto de la omisión legislativa interna, no es dable abstenerse de castigar los delitos en que era notoria la incidencia que tenían los perpetradores en los legisladores, quienes ya por intimidación, connivencia o simple indiferencia, se abstenían de incorporar a la legislación nacional la tipificación de tales conductas. Incluso, desde antes de existir la legislación internacional que sancionaba los crímenes de guerra, era previsible que los mismos fueran a ser tipificados como tales, según sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 17 de mayo de 2010, en el caso de Vassili Kononov, exmilitar soviético condenado en el año 2004 por un tribunal de Letonia; sentencia que fue avalada por el Tribunal de Estrasburgo. Hay que ser enfáticos en señalar que dicha flexibilidad al principio de legalidad es atendible

exclusivamente a las cuatro categorías de los llamados delitos internacionales, vale decir a los crímenes de genocidio, agresión, de lesa humanidad y contra el derecho internacional humanitario. La Sala recientemente se ocupó del asunto reconociendo calidad de fuente de derecho penal a los tratados internacionales suscritos por nuestro Estado con indiferencia de ley interna que los concrete y viabilice; y por tal razón, desde su entrada en vigencia se legitima la punibilidad de las conductas descritas en tales instrumentos y por tanto se entienden incorporadas al ordenamiento jurídico nacional. Así, siendo que las conductas contra el llamado Derecho Internacional Humanitario contenidas en los cuatro convenios ginebrinos de 1949 y sus dos protocolos adicionales, tienen rango de Tratado Internacional de Derechos Humanos, son incorporadas automáticamente a la legislación interna desde que se surtieron en nuestro país todos los pasos para que tal calidad pudiera ser predicada de los mencionados acuerdos internacionales”.

Pervive en el Estado el deber de prevenir y combatir las violaciones al Derecho Internacional Humanitario. Es aceptable que se pueda predicar la aplicación del contenido de instrumentos internacionales como fuente de derecho, en atención a la mora del legislador en acoplar las leyes a lo allí definido. Por esto, sería posible aplicar el contenido de un Tratado Internacional reconocido por el país respecto de algún delito allí prohibido y sancionado, aún sin existir ley interna previa en dicho sentido, sin atentar contra el principio de legalidad.

Si el Estado no cumple con el deber de tipificar los delitos para sancionar conductas atentatorias del Derecho Internacional Humanitario, no quiere decir que éstas queden en la impunidad. Y es que la impunidad no solamente debe ser entendida como ausencia de investigación y de sanción, sino de igual forma que la investigación y la sanción no correspondan a la gravedad del ilícito

perpetrado, demeritando su trascendencia en el ámbito nacional e internacional (Colombia - Sentencia de 2 de diciembre de 2010 en proceso contra Jorge Iván Laverde Zapata, Magistrada Ponente: Uldi Teresa Jiménez López).-

15.- Crímenes de Lesa Humanidad es el *nomen iuris* que designa el conjunto de condiciones bajo las cuales se autoriza en determinados casos el desplazamiento de determinadas reglas de derecho interno por reglas de derecho internacional. Así, dadas tales condiciones, no se aplicará la garantía de la irretroactividad de la ley penal. El razonamiento es entonces el siguiente: a- dados determinados casos (el catálogo de crímenes en cuestión); b- y dadas determinadas condiciones (ataque generalizado y sistemático contra población civil); c- las reglas de derecho interno quedan desplazadas por normas internacionales (reglas relativas al debido proceso legal).

El delito de tortura, será crimen de lesa humanidad si se da en el marco de un ataque generalizado y sistemático contra población civil y es cometido por personas que participan de ese ataque. Se autoriza el desplazamiento de las reglas de derecho interno sobre debido proceso legal (ámbitos material, personal, temporal y espacial).

El principio *nulla poena sine lege* ha sido invocado reiteradamente como obstáculo para el juzgamiento de crímenes de lesa humanidad. Sin embargo, la prohibición de reglas *ex post facto* no es aplicable en el ámbito del Derecho Internacional, y específicamente en el caso de éstos crímenes. Como sostienen Abregú y Dulitzky “es ridículo exigirle al Derecho Penal Internacional que se maneje con un principio de legalidad idéntico al de los derechos locales. Kelsen resalta la diferencia con suma claridad: “el Derecho Internacional General no prohíbe -como lo hacen algunas legislaciones locales- la promulgación de normas con fuerza retroactiva” (Kelsen, 1965).” (vide Abregú, Martín y

Dulitsky, Ariel, Las leyes ex post facto y la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales como normas de derecho internacional a ser aplicadas en el derecho interno - Lecciones y Ensayos, N° 60/61, 1994, p. 126). De modo que corresponde reconocer el Principio de Legalidad Internacional, que se expresa en la fórmula *nullum crimen sine iure*, postulando como axioma que las incriminaciones deben tener base normativa, aunque las penas no estén formuladas de manera explícita.

El sistema jurídico internacional se encuentra edificado sobre el principio de legalidad (art. 11 apartado II de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre: “nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el Derecho Nacional e Internacional.”)

La irretroactividad de la ley penal es una premisa política del Estado Liberal, que es dejada de lado en caso de crímenes de lesa humanidad. En efecto, el principio de irretroactividad de la ley penal debe ser entendido a la luz de las normas internacionales. Según el art. 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos “Nadie podrá ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivas *según el derecho aplicable...*” ¿Qué significa según el derecho aplicable? Significa *según el derecho nacional o internacional* pues no basta que la acción no sea delictiva en el derecho nacional y tampoco tiene que serlo según el derecho internacional; la expresión “el derecho aplicable” lo comprende todo: derecho nacional e internacional.

La prohibición de toda legislación retroactiva debe entonces enmarcarse “en el entendimiento de que los principios generales del derecho, reconocidos por la comunidad de naciones, son suficientes para que un acto u omisión sean reconocidos como delictivos.” (Vasak, Karel - Las Dimensiones Internacionales de los Derechos Humanos, Barcelona, Serbal/Unesco, 1984, vol. I, p. 228)

La tipicidad debe configurarse “en el momento de cometerse” los actos, límite temporal que clausura la posibilidad de cualquier amnistía ulterior. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre este tópico en una decisión sobre la ley de amnistía en Chile. El Estado chileno afirmó que la derogatoria del Decreto Ley de amnistía no surtiría efectos contra los responsables de las violaciones debido al principio de la irretroactividad de la ley penal contemplado en el art. 9º de la Convención Americana.- La Comisión Interamericana de Derechos Humanos observó que: “el principio de irretroactividad de la ley que consiste en que nadie puede ser condenado retroactivamente por acciones u omisiones que al momento de cometerse no fueran delictivas según el derecho aplicable, no podría ser invocado por los amnistiados por cuanto al momento de cometerse los hechos imputados se hallaban tipificados y penados por la ley chilena vigente.” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N°133/99, Caso 11.725, Carmelo Soria Espinoza (Chile), 19-XI-99, párr. 76).

En los Juicios de Nuremberg, como la figura crímenes contra la humanidad nació vinculada a la de crímenes de guerra, en función de ese nexo, el Tribunal estableció un límite temporal a su competencia. El principal argumento para sostener que el derecho de Nuremberg no fue retroactivo es el carácter vinculante del derecho internacional consuetudinario, que ya estaba en vigencia con anterioridad a los hechos bajo juzgamiento.

16.- En Comunicación No. 330/1988, presentada por Albert Berry contra el Estado parte Jamaica (Fecha de la comunicación: 6 de mayo de 1988), en cuanto a la reclamación en virtud del apartado g) del párrafo 3 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Comité de Derechos Humanos, recuerda que toda persona tiene derecho "a no ser obligada a declarar contra sí

misma ni a confesarse culpable", lo que ha de interpretarse en el sentido de que las autoridades investigadoras no ejercerán presión alguna ni directa ni indirecta, física o psicológica sobre el acusado a fin de hacerle confesar su culpabilidad.

La prevención efectiva de la tortura y los malos tratos exige que cualquier incentivo que favorezca la utilización de este tipo de abusos para contribuir a las investigaciones sea eliminado. Por tanto la admisibilidad de declaraciones realizadas bajo ese trato, que en todo caso son inherentemente poco confiables, debe ser prohibida.

La actuación del entonces Juez sumariante Alvarez Nieto, conocedor de los tratos inhumanos que se dispensaba a las personas ilegítimamente privadas de libertad en aquel ámbito -de ahí que se trasladara a la Tablada a recabar deposiciones como las de Riet y Michelena- comenzaba preguntando si se ratificaba de lo declarado en el acta que se había labrado en ocasión de los interrogatorios a cargo de los artífices de las torturas (vide papel numerado B.a N° 033855 del expediente del Juzgado Militar de Primera Instancia de 4° Turno N° 7/80 que corre acordonado). Y no tenía como soslayar tal extremo pues los declarantes, entre ellos Riet, eran conducidos con capuchas que recién se la extraían en su presencia, visiblemente maltrechos, corolario de los castigos recibidos en los interrogatorios; de ahí que al tiempo, cuando su familia y su hermana Gabriela Riet lo fueron a visitar, ni siquiera podía mover un brazo para alzar a su hija.- Alvarez Nieto no podía ser indiferente a los tratos inhumanos a que fue sometido Riet, en tanto conocedor de la actuación del aparato represor por haber integrado dotaciones militares al servicio de aquella actividad, al estar a las resultancias de su legajo personal y los dichos de María de los Angeles Michelena: "había un hombre vestido de militar que era el juez sumariante, de apellido Alvarez, sobrino de Gregorio Alvarez, que yo lo conocía porque en

1972 también fui detenida en Artillería N° 1 y fui torturada por él y otros” (fs.32 vto); así como el testimonio de Miguel Muyala a fs. 35 “al único oficial que tuve oportunidad de ver sin capucha en la Tablada, luego que yo firmé un acta en ese lugar en 1980, un juez sumariante acompañado de un sargento escribiente para la ratificatoria del acta, esa persona se dio a conocer como juez sumariante capitán Roberto G. Alvarez... En el cuartel de Artillería 1 pude escuchar a personal de la guardia hablar de que el capitán encargado del S2, que es clave de inteligencia, era el capitán Roberto G. Alvarez” (tratándose de un lapsus en tanto debió referirse a Rodolfo G. Alvarez). Y es en este contexto que, además, se infringía a Riet tormentos psicológicos en tanto inmediatamente antes de ser conducido ante Alvarez, se practicaba un simulacro de muerte de su hermana Gabriela Riet, tal como fue analizado precedentemente.

17.- La insoslayable incidencia de la adscripción de los tipos penales relevados, nos conduce a compartir, por su rigor técnico y adecuada argumentación, la novel posición en materia de concurso de delitos que el Profesor Oscar López Goldaracena dio en llamar el “*Concurso ideal transicional*”. Como señala el distinguido doctrino, se constata un concurso de delitos donde el supuesto fáctico categoriza como crimen de lesa humanidad (orden jurídico internacional, derecho internacional) pero también en tipos penales previstos en el Código Penal (orden jurídico interno, derecho interno). El mismo supuesto fáctico, desde la óptica exclusiva del derecho interno, muestra un concurso de delitos ideal. Esta modalidad concursal (fuente de derecho internacional y fuente de derecho interno) se verifica en la época previa a la positivización del crimen de lesa humanidad -Tortura- en el derecho interno, que en el Uruguay operó con la Ley 18.026 del 25 de setiembre de 2006 (art. 22). Es un concurso especial en la medida que corresponde a un período histórico de transición del sistema de

persecución y juzgamiento de crímenes de lesa humanidad, de guerra y genocidio, durante el cual el crimen internacional con sus características particulares no se encontraba incorporado como figura especial en los derechos internos, si bien los hechos constituían delito en el derecho interno (en la especie el delito de abuso de autoridad contra los detenidos, previsto en el art. 286 del C.Penal). Este período se extiende desde la adopción del Estatuto de Nuremberg (1946) hasta la plena implementación de los tipos y atributos de los crímenes de lesa humanidad, guerra y genocidio, como figuras autónomas en el derecho penal interno de cada Estado, lo que será relativo a cada país. El sistema de punibilidad se encontraba en transición hacia su solidificación sobre dos nuevos pilares: el reconocimiento de la Corte Penal Internacional establecida por el Estatuto de Roma, con competencia universal y la plena tipificación de los crímenes en los derechos internos.

Considerando el alcance del principio de legalidad incluyente del derecho interno e internacional, el encuadre jurídico penal de un crimen de lesa humanidad cometido durante el período de transición teorizado, lo será en base a las normas del derecho internacional que lo establecen, al no estar idéntica categoría en el derecho interno. Sin embargo, la labor lógica jurídica de categorización en los tipos penales existentes al momento de la conducta transgresora debe necesariamente considerar que el mismo hecho también califica en otros tipos penales de derecho interno, los que contemplan los mismos elementos materiales. Se verifica entonces un concurso especial de delitos originados en órdenes jurídicos diferentes (derecho internacional uno, derecho interno otro), en el que uno de los delitos aún no está tipificado en forma autónoma en el derecho penal interno. (Oscar López Goldaracena - op.cit. La Justicia Uruguay Tomo 147)

18.- En el marco fáctico en que se debe elucidar la conducta del prevenido, echa de verse que el mismo plasmó ostensiblemente la figura del colaborador secundario, a través de una actividad colateral, pero nunca esencial. Su cooperación significó un aporte o contribución de carácter subjetivo a los autores. El grado de participación que corresponde endilgar a Alvarez finca entones en la complicidad en tanto su figura aparece como fungible, sustituible por otro, de actuación prescindible, pues sin su concurso el delito igualmente se hubiera cometido siendo que su cooperación no se erigió en decisiva, transcendente ni principal -nuclear- pero igualmente reprochable al recabar declaraciones a personas visiblemente maltrechas como el denunciante de marras a quien le hizo ratificar en el mismo escenario en que fue torturado, que el trato dispensado en aquel interrogatorio precedente fue correcto, además de propiciar que Riet estuviera pendiente de los simulacros de torturas y muerte a su hermana en el decurso de la declaración ratificatoria. Desde luego que en aquel ámbito donde extraordinariamente se constituyó el juez sumariante (La Tablada) podía surtir el mayor efecto la mortificación psicológica, cuando menos aflicción moral, a la que fue sometido Riet, porque en ese centro clandestino de detención también se encontraba recluida su hermana Gabriela Riet.

19.- La prisión preventiva se entroniza en regla procesal por sus fines o teleología y norma material por sus efectos u ontología por ello se concluye que la misma representa una norma ambivalente o compleja. Pervive entonces el régimen general (regla procesal) de la prisión preventiva que habilita la misma cuando exista prueba pendiente de diligenciamiento y esta pueda frustrarse cuando el detenido sea puesto en libertad y obstaculice el derrotero procesal en curso. Empero, ello no exime al decisor de una apreciación ontológica en la que

se visualice el grado de lesividad del bien jurídico tutelado que como viene de verse, resultó conmovido con el proceder del encartado, prohiendo el tormento psicológico, acaso el principal soporte en que se asienta la imputación movilizada.

20.- Por los fundamentos expuestos y de conformidad a lo establecido en los arts. 7, 12, 18, 72, 239 numeral 1 inciso 1 de la Constitución de la República; Convención Americana de Derechos Humanos artículos 5 y 29 literal c; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos artículos 7 y 15 (Ley 13751 de 11 de julio de 1969); Declaración sobre la Protección a todas las Personas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Ley 15798 de 27 de diciembre de 1985); Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra (Ley 17347 de 5 de junio de 2001); Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Ley 17510 de 27 de junio de 2002); artículos 1, 3, 15, 18, 57, 62, 85, 286 del Código Penal; Ley 18026 art. 22; Leyes 18596 y 18831; casos del Tribunal Europeo (“las ejecuciones del muro de Berlín”) Streletz, Kessler y Krenz vs. Alemania y K.H.W. vs. Alemania; caso Kononov vs. Letonia; casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “Gelman vs. Uruguay”; Almonacid Arellano y otros vs. Chile”; Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y Otros vs. Perú)

RESUELVO:

1.- Decretar el procesamiento con prisión de RODOLFO GREGORIO ALVAREZ NIETO bajo la imputación de un crimen de Tortura en concurso formal con un delito de Abuso de autoridad contra los detenidos.

2.- Póngase la constancia de estilo de encontrarse el prevenido a disposición de esta Sede, labrándose la correspondiente comunicación a Jefatura de Policía de

Montevideo.

3.- Solicítese y agréguese los antecedentes judiciales e informes complementarios que fuere menester.

4.- Téngase por ratificadas e incorporadas al sumario las presentes actuaciones con noticia de la Defensa y del Ministerio Público y por designado como Defensor del imputado a los Dres. Sergio Fernández Galván y Graciela Figueredo.

Dr. José María Gómez Ferreyra

Juez Letrado