

//tencia No.392

MINISTRO REDACTOR:

DOCTOR JORGE T. LARRIEUX RODRIGUEZ

Montevideo, diecinueve de agosto de dos mil trece

VISTOS:

Para sentencia estos autos caratulados: "BARROCAS DE ARIGON, SARA POR: "LUIS EDUARDO ARIGON CASTEL" - DENUNCIA - EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD ARTS. 1, 2 Y 3 DE LA LEY NRO. 18.831", I.U.E: 96-10098/1985.

RESULTANDO QUE:

I) Con fecha 20 de mayo de 1985 la Sra. Sara Barrocas de Arigón se presentó ante el Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 4to. Turno, y denunció por hechos que calificó como constitutivos de delitos de lesa humanidad (fs. 2 y ss.). La denunciante expresó que el día 14 de junio de 1977, a las 00:30hs., efectivos de las Fuerzas Armadas allanaron su domicilio, revisaron el inmueble, sustrajeron libros y detuvieron a su esposo, el Sr. Luis Eduardo Arigón Castel.

Su marido se encuentra desaparecido desde la referida fecha.

En los días posteriores a su detención, la denunciante fue informada verbalmente por dos Coroneles que su marido estaba detenido e incomunicado en dependencias del ejército. Identificó a

esos oficiales como Hugo Camps, y al segundo por su apellido: Capó.

II) Desarchivada la causa con la conformidad del Ministerio Público, se citó e intimó a designar Defensor a los Sres. Hugo Camps (fs. 47) y José Gervasio Capó Tello (fs. 51). El Ministerio Público solicitó citar en calidad de indagado al procesado Jorge Silveira (fs. 54).

III) El 31 de mayo de 2012 (fs. 58 y ss.) compareció la abogada del Sr. José Gervasio Capó, y solicitó la clausura y archivo de las actuaciones, fundamentándola en que los hechos denunciados se encontraban prescriptos, conforme lo dispone el art. 117 del Código Penal, correspondiendo su declaración de oficio (art. 124 C.P.).

IV) Por Resolución No. 1220/2012 (fs. 68 y ss.), el señor magistrado actuante, con la previa conformidad del Ministerio Público (fs. 63), resolvió desestimar la solicitud de clausura y archivo de las actuaciones por prescripción, fundando su resolución en lo dispuesto por la Ley No. 18.831.

V) A fs. 80 los Señores Capó, Camps y Silveira interpusieron excepción de inconstitucionalidad de los arts. 1, 2 y 3 de la Ley No. 18.831, por considerar que vulneran lo establecido en los arts. 7, 10 inc. 2° y 72 de la Constitución de la

República. Más precisamente, expresó la parte excepcionante que las normas impugnadas son contrarias a los principios de libertad, legalidad y de protección de la seguridad jurídica.

Fundamentaron su legitimación activa en el hecho de haber sido convocado a un proceso penal que se desarrolla al amparo de las normas impugnadas, por lo cual la aplicación de las normas impugnadas no es eventual, sino que fue cierta al caso concreto.

Sostuvo que las normas atacadas transgreden el principio de irretroactividad de la ley penal (que es inherente a la personalidad humana y surge consagrado implícitamente en los arts. 10 inc. 2° y 72 de la Carta), puesto que establecen la imprescriptibilidad de un delito ya prescrito en el año 2005 (computando un plazo de prescripción de veinte años a partir del 1° de marzo de 1985 - fs. 138).

Asimismo, se postuló que las normas impugnadas violan los derechos adquiridos a raíz de la Ley No. 15.848, además de que vulneraron el orden constitucional al haber derogado una ley confirmada por el Cuerpo Electoral (por vía de referéndum y de enmienda constitucional).

VI) Recibidos los autos por la Corporación, se confirió vista al Ministerio Público

(fs. 169), quien lo evacuó a fs. 186 y siguientes por dictamen No. 2353/12, sosteniendo que no corresponde pronunciamiento de la Corporación sobre el objeto de la inconstitucionalidad planteado, al ser la norma impugnada inaplicable al caso.

CONSIDERANDO:

I) La Suprema Corte de Justicia, por mayoría de sus integrantes naturales, hará lugar, parcialmente, a la excepción opuesta y, en su mérito, declarará inconstitucionales, y por ende inaplicables a los excepcionantes, los artículos 2 y 3 de la Ley No. 18.831, desestimando por unanimidad la pretensión declarativa movilizada respecto del artículo 1 de dicha Ley, sin especial condenación procesal.

II) La legitimación activa de los promotores será el primer punto a analizar.

Tal como expresó la Corporación en Sentencia No. 229/2003: "*...antes del ingreso al mérito de la cuestión que se somete a consideración de un órgano jurisdiccional, es preciso determinar la idoneidad de quienes actúan, en cuanto a poder pretender aquello que solicitan.*

Por cierto, no se trata de la mera "legitimitio ad causam", que consiste en la terminología de ilustrado procesalista, "...en la probable titularidad de los intereses específicos del

proceso", sino, la que él mismo llama "legitimación sustancial", o sea, su "...efectiva titularidad..." (Dante Barrios De Angelis, "Introducción al Proceso", Ed. 1980; además en "El Proceso Civil", t. 1, pág. 70).

Dicho de otro modo: si realmente, luego de sustanciado el proceso, quienes invocaron tal calidad, están en situación -concreta- de peticionar la actuación reclamada.

Ya que esta legitimación así entendida -ya se le llame "legitimación sustancial", "legitimación en la causa" o aun mismo, "legitimatio ad causam"-, es un presupuesto de la pretensión contenida en la demanda, necesario e imprescindible para que haya un proceso, no ya válido pero sí eficaz. Según lo enseña la mejor doctrina "Resulta evidente de lo expuesto, que la legitimación en la causa (como el llamado por algunos interés sustancial para obrar) no es un presupuesto procesal, porque lejos de referirse al procedimiento o al válido ejercicio de la acción, contempla la relación sustancial que debe existir entre el sujeto demandante o demandado y el interés sustancial discutido en el proceso. Se trata de presupuestos materiales o sustanciales para la sentencia de fondo (Hernando Devis Echandía, Teoría general del proceso, t. 1, pág. 291; Cf. Enrique Véscovi, Derecho Procesal Civil, t. II, pág. 316)" (Sent. No. 335/97).

(...)De acuerdo con la regla contenida en el art. 258 de la Constitución -y reiterada en el art. 509 C.G.P.-, están legitimados para promover la declaración de inconstitucionalidad de una Ley, todos aquéllos que se consideren lesionados "...en su interés directo, personal y legítimo". La titularidad efectiva de dicho interés por los promotores de la declaración de inconstitucionalidad, y su real afectación por la disposición legislativa impugnada, resulta, pues, presupuesto de la obtención de una sentencia eficaz sobre el mérito de lo pretendido (Cf. Véscovi, Enrique, en Cuadernos de Derecho Procesal, t. 1, 1973, pág. 123)".

Corresponde reparar en la situación de las excepciones de inconstitucionalidad, que fueron propuestas en un proceso penal en etapa presumarial.

Como lo señala el Sr. Fiscal de Corte "...la excepción de inconstitucionalidad fue promovida en sede de presumario y los impugnantes poseen la calidad de indagados, tal como lo sostienen en su escrito como sustento de la legitimación activa invocada..." (fs. 136Vto.)

En la situación de autos, resulta enteramente trasladable lo expresado por la Corte en Sentencia No. 365/2009, en el sentido de que:

"...La declaración de inconstitucionalidad por vía de excepción en la etapa del presumario.

La Corte ha entendido que la inconstitucionalidad de una norma no puede discutirse en la etapa del presumario, debido a que, evidentemente, aún no se ha formulado juicio alguno acerca de la probable participación del indagado en los hechos con apariencia delictiva denunciados.

Así, pues, la Corporación señaló: "En función de ello, y teniendo en cuenta "que el enjuiciamiento penal resulta una eventualidad, "las disposiciones cuya declaración de inaplicabilidad "se peticiona no resultan de ineludible aplicación al "caso de autos, lo que conlleva a su declaración de "inadmisibilidad, en tanto el planteamiento se hace "valer para la eventualidad de que se entienda aplicable "al caso la norma legal impugnada" (cf. Sentencias Nos. 842/2006, 1085/2006 y 2856/2007, entre otras).

A diferencia de lo resuelto por la Corte en dichas ocasiones, la aplicación de la norma impugnada es absolutamente cierta, puesto que buena parte de la operativa de la Ley ya se cumplió..."

Corresponde recordar que "...la prescripción del delito... se caracteriza por

extinguir el mismo, o mejor aún, por extinguir la responsabilidad en abstracto. Es un instituto de orden público, que puede declararse de oficio aun cuando el reo no lo hubiere opuesto expresamente (art. 124); por ende es irrenunciable y puede oponerse en cualquier momento de la causa." (Cfme. Bayardo Bengoa, Derecho Penal Uruguayo, Tomo III, 1963, pág. 267).

En el caso, fue reclamada la clausura y archivo de las actuaciones en virtud de entender que respecto de los hechos de autos operó la prescripción el día 1º de marzo de 2005 (fs. 58-59).

Ante ello, el Sr. Juez Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 4to. Turno, por Resolución No. 1220/2012, dispuso: "*No hacer lugar a la clausura y archivo de estas actuaciones, al no haber operado la prescripción...*" (fs. 73), invocando en dicha resolución lo establecido al respecto en la Ley No. 18.831.

Siendo como viene de referirse, cabe concluir que la aplicación a la situación de los excepcionantes de la norma impugnada es absolutamente cierta, puesto que en mérito a ella (entre otras razones), se denegó la clausura de los procedimientos, afectándose así el interés directo, personal y legítimo de los promotores de la pretensión declarativa en estudio.

III) En cuanto al fondo de la cuestión, tratándose de caso sustancialmente análogo al presente, cabe remitirse a los fundamentos expuestos en reciente sentencia de la Corporación No. 20/2013, que constituyó primera jurisprudencia sobre el tema.

Así, en el referido pronunciamiento, la Corte sostuvo:

"III)El Sr. Fiscal de Corte sostiene que "...en el proceso de autos no son aplicables las normas cuya inaplicabilidad se pretende por parte de los impugnantes..., sino que lo que corresponde es cumplir la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 24 de febrero de 2011, dictada en el caso 'Gelman versus Uruguay'..." (fs. 516).

III.a.- En concepto de los Sres. Ministros Dres. Ruibal Pino, Larrieux y Chediak, corresponde recordar que, en el año 1985, la República Oriental del Uruguay ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos celebrada en San José, Costa Rica, entre los días 7 y 22 de noviembre de 1969. El instrumento de ratificación, de fecha 26 de marzo de 1985, fue depositado el 19 de abril de 1985 en la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos. El gobierno de la República Oriental del Uruguay declaró que reconoce la competencia de la

Comisión Interamericana de Derechos Humanos por tiempo indefinido y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención, bajo condición de reciprocidad, de acuerdo a lo establecido en sus artículos 45 párrafo 3, y 62, párrafo 2.

Por lo que viene de expresarse, no cabe duda que las sentencias emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son actos jurisdiccionales producidos por dicho órgano internacional, cuya jurisdicción y competencia ha sido reconocida expresamente por Uruguay, en el momento del depósito del instrumento de ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Se deriva de ello que -en observancia de su obligación internacional- nuestro país, como Estado condenado, debe proceder de buena fe a dar cumplimiento a lo dictaminado por dicha Corte.

Ahora bien, sin desconocer la indudable interrelación del derecho interno y el denominado "derecho internacional de los derechos humanos" y la necesidad de buscar caminos adecuados para su complementariedad, su articulación y efectividad suponen siempre -en todos los países- la ineludible aplicación de normas de su orden interno.

"Es preciso señalar, ante

todo, que ninguna disposición de la CADH establece que la jurisprudencia sentada en las sentencias u opiniones consultivas de la Corte IDH o en los informes de la Com IDH sea obligatoria para las autoridades nacionales. El artículo 68.1 CADH, que establece que '[l]os Estados partes se comprometen a cumplir la decisión de la Corte Interamericana en todo caso en que sean partes', no se refiere a la jurisprudencia, sino a la parte resolutive de la sentencia o resolución de la Corte IDH. Por ello, en la CADH no puede encontrarse el fundamento de un deber de derecho internacional de seguir la jurisprudencia de los órganos del sistema interamericano.", Ezequiel Malarino, "Acercas de la pretendida obligatoriedad de la jurisprudencia de los órganos interamericanos de protección de Derechos Humanos para los Tribunales Nacionales", publicado en "Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional", Tomo II, 2011, Konrad Adenauer Stiftung, pags. 427 a 428.

Además, corresponde tener presente que "...la Corte IDH afirmó la existencia de un deber de las autoridades judiciales nacionales de seguir su jurisprudencia al resolver los pleitos internos a través de la doctrina del control de convencionalidad. Como es conocido, esta doctrina establece que los tribunales de los Estados partes deben controlar la

compatibilidad de su ordenamiento jurídico con la CADH, y que al realizar este examen deben tener en cuenta 'no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana'. De este modo, parámetro para la determinación de la 'convencionalidad' de una disposición del derecho interno no sería solo la CADH, sino también la jurisprudencia de la Corte IDH.

Sin embargo, la doctrina del control de convencionalidad se enfrenta a una objeción de peso: la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte IDH no puede inferirse lógicamente de la cita de la jurisprudencia de ese tribunal que la afirma, pues tal tipo de argumentación presupone en sus premisas lo que se debe demostrar, a saber, si la jurisprudencia de ese tribunal es obligatoria. En otras palabras, solo es posible afirmar que existe un deber de seguir la jurisprudencia de la Corte IDH en virtud de la doctrina judicial del control de convencionalidad si antes se ha concluido que la jurisprudencia de la Corte IDH (también aquella que estableció el control de convencionalidad) es obligatoria. Para eludir caer en una petición de principio es necesario encontrar razones independientes a la misma jurisprudencia de la Corte IDH que permitan concluir el deber de seguir dicha jurisprudencia.

Al establecer la doctrina

del control de convencionalidad, la Corte IDH sugiere una razón. Argumenta que los tribunales nacionales deben seguir su jurisprudencia, porque ella es 'intérprete última de la Convención Americana'. Sin embargo, este es un argumento poco afortunado, porque el hecho de que la Corte IDH sea la autoridad final en el sistema interamericano (siendo sus sentencias definitivas y no revisables: artículo 67 CADH) no apoya la conclusión de que las autoridades locales estén obligadas a seguir su jurisprudencia al aplicar la CADH en los procesos internos. En verdad, este argumento solo dice que la Corte IDH tendrá la última palabra en relación con la interpretación de la CADH en los procesos interamericanos. Ni siquiera es idóneo para fundar la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte IDH en los procesos interamericanos (esto es, para la Com IDH), pues la cuestión de la obligatoriedad de la jurisprudencia es diferente de la cuestión de la definitividad e irrevocabilidad de una decisión. Un tribunal de última instancia tiene ciertamente la última palabra sobre un caso, pero la doctrina del caso no es necesariamente obligatoria para otros casos y otros tribunales. Para que esto sea así el sistema debe contar con una regla adicional que establezca el carácter vinculante de los precedentes (stare decisis et quieta non movere) y esta regla no existe en el sistema

interamericano. Por eso, mal puede derivarse una obligación de seguir la jurisprudencia del solo hecho de que un tribunal tenga la autoridad final para decidir un caso.”, Ezequiel Malarino, Ob. cit., págs. 428 y 429.

Conforme lo que viene de señalarse, teniendo particularmente en cuenta que como lo expresara la Corte en Sentencia No. 365/2009 “...las convenciones internacionales de derechos humanos se integran a la Carta por la vía del Art. 72, por tratarse de derechos inherentes a la dignidad humana que la comunidad internacional reconoce en tales pactos...”, corresponde señalar que nuestro ordenamiento constitucional y legal no instituyen un deber de las autoridades judiciales de la República Oriental del Uruguay de considerar como precedentes vinculantes los fallos de los órganos interamericanos.

Y a la hora de invocarse en el presente proceso de inconstitucionalidad la ejecución de la sentencia internacional referida, no puede soslayarse la regla constitucional cuyo celo es obligación principal de los Magistrados patrios y conforme a la cual “Todos los Jueces son responsables ante la ley, de la más pequeña agresión contra los derechos de las personas, así como por separarse del orden de proceder que en ella se establezca” (Artículo 23 de la Carta).

En el caso, nos encontramos ante un proceso de inconstitucionalidad promovido por vía de excepción, respecto del cual su resolución compete, en forma originaria y exclusiva, a la Suprema Corte de Justicia. Ésta sólo puede expedirse -conforme sus facultades- pronunciándose sobre la conformidad o no de la norma en cuestión con las reglas y principios constitucionalmente consagrados. Únicamente en ese marco corresponde emitir pronunciamiento a la Corporación en esta causa, teniendo presente que "La aceptación de la competencia de los órganos interamericanos en relación con los procesos interamericanos no altera la asignación de competencias judiciales establecida en la Constitución, ni la independencia de criterio de los jueces nacionales garantizada en ella", *Ob. Cit.*, pág. 433.

Por ello, lo sustentado en el fallo internacional referido no consigue alterar los parámetros preceptivos sobre los cuales corresponde resolver la cuestión de inconstitucionalidad de autos (arts. 256 a 259 de la Carta).

A esto corresponde añadir que, para los delitos cometidos durante la dictadura y amparados por la Ley de Caducidad, no se creó ninguna prescripción especial, sino que, simplemente, regían los mismos términos extintivos que para cualquier otro

delito, por lo que, en la especie, no sería de aplicación la condena impuesta por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a la remoción de las leyes de prescripción establecidas especialmente para esos casos, puesto que no se dictaron leyes de tal naturaleza.

Abundando en el tema, reiteran, en el caso a estudio la cuestión a resolver dice relación -exclusivamente- con la comprobación o no de la adecuación de la norma legal a los derechos y garantías consagrados en la Constitución Nacional. Y sólo al órgano jerarca del Poder Judicial es a quien corresponde efectuar ese juicio de comprobación.

En la situación de autos, conforme lo plantea el Sr. Fiscal de Corte -con muy respetables argumentos-, correspondería esclarecer si la primacía de un fallo internacional alcanza a la propia Constitución, al punto de impedir la puesta en funcionamiento -en este caso- del derecho de todos los ciudadanos de solicitar a la Corporación que se pronuncie sobre la regularidad constitucional de una determinada norma que les afecta. Si la respuesta fuera afirmativa, el pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos adquiriría rango superior la Carta (derivando en su desconocimiento), lo que es a todas luces inadmisibile.

Viene al caso señalar que el imperio del texto constitucional deriva de la decisión del constituyente que los poderes constituidos no pueden ignorar o refutar. Y dejar de lado el control de constitucionalidad incoado por los indagados en la presente causa, sería precisamente eso, olvidar o colocar en un segundo plano la Constitución Nacional.

Como sostuvo el Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina, Dr. Carlos S. Fayt: "...el deber positivo de garantizar cada vez mejor y con más eficacia los derechos humanos (desarrollo progresivo), no puede derivarse de consideraciones genéricas elaboradas por la Corte Interamericana. Tampoco sus conclusiones relativas a la prescripción de la acción penal pueden extrapolarse, a fin de resolver otras situaciones con particularidades propias como las que presenta el sub lite" (discordia extendida en Causa No. 259, caso "Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros").

Como se puede apreciar, el caso en estudio no trata de la aplicación de la Sentencia de la Corte Interamericana ni de su desconocimiento, sino de efectuar por la Suprema Corte de Justicia el control de constitucionalidad impetrado, conforme las reglas establecidas en la Carta, cuestión

irrenunciable conforme lo establece nuestra Carta Magna.

En definitiva, si bien está fuera de toda discusión que la Corte Interamericana de Derechos Humanos es la intérprete última de la Convención Americana de Derechos Humanos -naturalmente en el ámbito de sus competencias- tampoco puede desconocerse que la intérprete última de la Constitución de la República Oriental del Uruguay es la Suprema Corte de Justicia.

Además, para los Sres. Ministros Dres. Ruibal Pino y Larrieux, es necesario hacer referencia al control de convencionalidad ya que la ley cuya inconstitucionalidad se reclama es consecuencia del fallo Gelman -especialmente párrafo 224- y en tal sentido se ajusta a la interpretación del Pacto de San José que hace la CIDH.

Según la CIDH los órganos del Estado, a todo nivel, están en la obligación de ejercer el control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas y la Convención Americana, no sólo del Tratado, sino de la interpretación que de él hace la Corte Interamericana.

Las Cortes Supremas y Tribunales Constitucionales tampoco están exentas de ese control de convencionalidad, pues para ellas no alcanzaría con limitarse a confrontar la norma interna

con el texto constitucional sino analizar si además es o no convencional (Caso Boyce y otros con Barbados, 20.11.2007, serie C 169).

No obstante de la comunicación del fallo prevista en el artículo 63 de la CADH, no se deduce fuerza obligatoria para los demás Estados no partes del proceso, ni que el Pacto hubiera concebido un sistema jurisprudencial fuente de derecho, a pesar de la importancia de los fallos en el reconocimiento, promoción e impacto sobre una cultura de los derechos humanos.

Como Señala Sagües "...el talón de Aquiles de la doctrina del control de convencionalidad es que un Estado (esto es, en particular sus jueces) o, en términos generales, todos los Estados adscriptos al sistema interamericano de derechos humanos, pueden verse vinculados por una jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos vertida en un procedimiento en que no fueron parte, y por tanto, donde tampoco fueron oídos. Es decir que resultan encadenados por una tesis jurisdiccional sobre la que no tuvieron oportunidad de exponer sus puntos de vista, omisión que no coincidiría mucho con las reglas habituales del debido proceso" (Dificultades operativas del control de convencionalidad en el sistema interamericano, en El Estado de Derecho hoy en América

Latina, KAS págs. 21-29).

La interpretación de la CADH que hace la Corte no está exenta de dificultades.

Si sustancialmente no se perciben dificultades en la integración de las normas contempladas en la CADH al ordenamiento jurídico interno, a nivel procesal y de garantías puede discutirse si los fallos y opiniones de la CIDH son aptos para crear situaciones de excepción directamente aplicables por los tribunales uruguayos: la garantía derivada del principio de legalidad y la interdicción de la retroactividad de la norma sancionadora no favorable, al igual que la protección de la confianza o seguridad jurídica contemplados en el estado Constitucional de Derecho, en el propio texto y espíritu de la Carta, se opone a interpretaciones extensivas.

Con lo que cabe preguntarse si las dificultades en el análisis de convencionalidad en relación al fallo del caso Gelman y la Ley 18.831, no derivan básicamente de las interpretaciones del Pacto que hace la CIDH, y no de su contenido sustancial.

Por ello, "Conectado con lo dicho es la conveniencia de interpretar la Convención Americana, dentro de lo posible y razonable, atendiendo las particularidades locales, según la doctrina del

margen de apreciación nacional. Tal contemplación, que evita autismos normativos o 'internacionalismos salvajes' (como alguna vez se los denominó) afianza, en vez de debilitar, la solidez y eficacia del Pacto de San José de Costa Rica" (Sagües, Obligaciones internacionales y Control de Convencionalidad, en Estudios Constitucionales, Año 8, N° 1, 2010, págs. 117 - 136).

III.b.- Compartiendo lo precedentemente expresado, el Sr. Ministro Dr. Chalar destaca también que el Estado, como miembro de la comunidad internacional, reconoce la jurisdicción de los Tribunales Internacionales, y entre ellos, la Corte Internacional de Justicia y la Corte Penal Internacional, y asimismo, aunque no provengan de un tribunal, las decisiones del Comité de Derechos Humanos, en lo que refiere al sistema universal de protección de los Derechos Humanos.

Que igualmente, el Estado reconoce las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el sistema Interamericano.

Que asimismo, reconoce los principios imperativos de derecho internacional, pacta sunt servanda y bona fide, y los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre derecho de los Tratados y 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Tratados y principios que obligan a dar fiel cumplimiento a las disposiciones emanadas de los tribunales internacionales en materia de derechos humanos.

Ello impone, pues, continúa el Dr. Chalar, además de la plena observancia de las normas y principios relativos a Derechos Fundamentales de la Constitución, el respeto de la normativa que, precisamente y para empezar, se invoca por fundamento de la referida sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (i.a., Carta de la OEA, Convención Americana sobre Derechos Humanos), en pie de igualdad con la necesaria aplicación de las normas protectoras de Derechos Humanos del sistema universal del cual el Uruguay es igualmente parte (lo que, por lo demás, se establece en el art. 29 de la Convención). Por lo que, entonces, concluye, obviamente, nunca cabría soslayar principios constitucionales de garantía de Derechos Humanos o Fundamentales, del propio Estado que acepta la jurisdicción de la Corte Interamericana, como tampoco los que imponen los referidos sistemas americano y universal de protección de esos derechos.

En otras palabras, para el Sr. Ministro: nada puede justificar que el Estado -parte de dichos sistemas- deba o pueda llevar a cabo acciones

que sean contrarias a los Derechos Humanos reconocidos a los individuos por su legislación interna, tanto como por la normativa con fuente en tales sistemas. No existe pretexto que justifique ignorar la normativa tutelar de derechos fundamentales.

Y esto, señala (tal como se hiciera antes), es especialmente insoslayable para los órganos jurisdiccionales nacionales que deben garantizar la plena vigencia de los llamados Derechos Humanos o Derechos Fundamentales (art. 23 de la Constitución). Punto que reviste importancia a la luz de conclusiones de la sentencia de la CIDH a que hace referencia el Sr. Fiscal de Corte, tales como la contenida en su párrafo 254, en cuanto allí se expresa: "En consecuencia, el Estado debe disponer que ninguna norma análoga, como prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, non bis in idem o cualquier excluyente similar de responsabilidad sea aplicada...".

Consecuencia cuya lectura inmediatamente conduce a repasar las normas de la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos, la que consagra como garantía de tales Derechos la irretroactividad de la ley penal (art. 9); que el inculcado absuelto por una sentencia firme (i.e., cosa juzgada) no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos (non bis in idem, art. 8 num. 4); la

prohibición a los Estados partes de desconocer el principio de no retroactividad de la ley penal, y esto hasta en las llamadas situaciones de excepción que impliquen suspensión de ciertas garantías (art. 27 num. 2). Como también, ineludiblemente, las normas de interpretación de la Convención de su art. 29: "Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y

d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza".

Y ello sin olvidar, todavía, lo impuesto, sin restricciones, en el art. 1º de la Convención: "Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna...".

Agrega el Dr. Chalar que la Corte Interamericana carece de competencia penal, como lo estableció con memorable integración en el caso "Velásquez Rodríguez vs Honduras", haciéndolo de acuerdo con ilustrada doctrina de derecho internacional.

Lo que viene al caso por cuanto en el fallo que invoca el Sr. Fiscal de Corte, la Corte Interamericana incursionaría en lo que constituye materia propia de los tribunales penales y no de los tribunales de Derechos Humanos.

Tanto como es de mencionar la existencia de una extensa normativa del sistema universal que obliga al Estado uruguayo.

Porque en efecto, nuestro Estado como parte del sistema universal de protección de los Derechos Humanos, ratificó los Pactos de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de Derechos Civiles y Políticos por Ley No. 13.751, y su Protocolo Facultativo que habilita a presentar denuncias de

violaciones de Derechos Humanos contenidos en el Pacto ante el órgano de contralor de cumplimiento del mismo (Comité de Derechos Humanos de la ONU).

Uruguay también es parte de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados y del Estatuto de Roma (Corte Penal Internacional).

Y en tal sentido, cabe destacar diversas normas del Pacto de Derechos Civiles y Políticos: el art. 2 (obligación de respetar y garantizar los derechos reconocidos en el Pacto a todos los individuos que se encuentren en su territorio), el art. 5 (ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender acciones o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él), el art. 14.7 (nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país), el art. 15 (nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión

del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello) y el art. 4 que, aun en situaciones o estados de excepción, que pongan en peligro la vida de la nación, no autoriza a suspender las disposiciones del art. 15.

También ha de consignarse que el Estado se comprometió a cumplir con los mecanismos de contralor impuestos por el Comité de Derechos Humanos de la ONU como lo son la presentación de informes sobre las disposiciones que hayan adoptado y que den efecto a los derechos reconocidos en el Pacto y sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de ellos derechos y la recepción de denuncias de particulares que consideren que sus derechos y libertades han sido violados.

También Uruguay es parte del Estatuto de Roma que creara la Corte Penal Internacional que establece en su art. 20 que: "nadie será procesado por la Corte en razón de conductas constitutivas de crímenes por los cuales ya hubiere sido condenado". A su vez el art. 22.2 dispone que "La definición de crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía. En caso de ambigüedad, será interpretada en favor de la persona objeto de investigación, enjuiciamiento o condena". Y el art. 24 del mismo Estatuto establece la irretroactividad

ratione personae al afirmar que: "Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor. De modificarse el derecho aplicable a una causa antes de que se dicte la sentencia definitiva se aplicarán las disposiciones más favorables a la persona objeto de la investigación, el enjuiciamiento o la condena".

Por cuyas razones, el Sr. Ministro Dr. Chalar estima -sin dejar de coincidir con las razones expuestas antes por la mayoría, y sin perjuicio de ellas- que la opinión del Sr. Fiscal todavía podría haberse contemplado de haber demostrado que los artículos impugnados por inconstitucionalidad se ajustan a la normativa de fuente nacional e internacional que se viene de examinar; pero que esa demostración no se hizo ni se propuso, ni resulta de lo actuado en autos.

IV) Previo al ingreso al mérito de la cuestión en examen, corresponde establecer lo siguiente.

IV.a.) Con respecto a si las leyes de prescripción de los delitos constituyen normas procesales o normas sustantivas, Bayardo Bengoa reconoce que ha llegado a discutirse en el plano doctrinario si la prescripción constituye una ley de forma o una ley de fondo. El citado autor explica que esta problemática ya

fue resuelta por Carrara, para quien la prescripción entraña una disposición de fondo. El Maestro italiano sostiene que si la ley antigua es la más favorable, la nueva ley es irretroactiva; mientras que si, por el contrario, la más favorable es la nueva ley, ésta se aplica a los hechos anteriores a su vigencia.

El mismo autor entiende - en términos compartibles- que nuestro Código Penal resuelve el problema, acorde con el criterio que consigna en la norma de reenvío del art. 16: "las leyes de prescripción siguen las reglas del artículo anterior". Y el art. 15 inc. 1 del C.P. expresa, con total claridad, que: "Cuando las leyes penales configuran nuevos delitos, o establecen una pena más severa, no se aplican a los hechos cometidos con anterioridad a su vigencia".

Con ello, se consagró la prevalencia de la ley prescriptiva más favorable al reo (cf. Bayardo Bengoa, Fernando, Derecho Penal Uruguayo, Tomo I, JVS, Montevideo, 1962, pág. 144).

En definitiva, corresponde tener presente que instituto de la prescripción ingresa sin duda alguna en el concepto de "ley penal" desde que ésta comprende no sólo el precepto, la sanción, la noción del delito y la culpabilidad, sino todo el complejo de las disposiciones ordenadoras del régimen de

extinción de la pretensión punitiva.

IV.b.) Por otra parte y como ya ha tenido la oportunidad de expresar este Alto Cuerpo, los delitos cometidos durante la dictadura no constituyen delitos de lesa humanidad (cf. sentencias Nos. 887 y 1.501/2011 de la Suprema Corte de Justicia). Los hechos denunciados en el subexámine habrían ocurrido "...durante el período de 1972 a 1° de marzo de 1985..." (cfme. fs. 171).

Respecto de los denominados "crímenes de lesa humanidad", corresponde señalar la evolución legislativa de dicha tipificación en nuestro país:

(a) Por Ley No 17.347 (promulgada el 13/VI/2001), fue aprobada la "Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad", adoptada en la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 26 de noviembre de 1968.

(b) Mediante la Ley No. 17.510 se aprobó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptado en Roma, República Italiana, el 17 de julio de 1998 y suscrito el 19 de diciembre de 2000. Esta Ley fue promulgada el 27 de junio de 2002 y publicada en el Diario Oficial el 8 de julio del mismo año.

(c) La Ley No. 18.026, promulgada el día 25 de setiembre de 2006, establece en su Título II una serie de crímenes considerados de Lesa Humanidad y consagra su imprescriptibilidad en el artículo 7.

Conforme a lo que viene de reseñarse, la aprobación e incorporación a nuestro derecho interno de los denominados "Crímenes de Lesa Humanidad" se produjo con posterioridad a la comisión de los hechos de la presente causa, por lo que las reglas que establecen su imprescriptibilidad no pueden ser aplicadas al sub lite pues ello significa, lisa y llanamente, conferir a dichas normas penales carácter retroactivo, lesionándose así normas y principios constitucionales como se referirá.

Sobre el tema, corresponde recordar lo expresado por la Suprema Corte de Justicia en Sentencia No. 1.501/2011:

"Por último, en cuanto al recurso interpuesto por el Ministerio Público, referido en lo sustancial al error padecido en la calificación delictual en que habría incurrido el Tribunal, al tipificar los hechos punitivos como Homicidio muy especialmente agravado, cuando hubiera debido aplicar la figura de la Desaparición Forzada, no resulta recepcionable.

La Corte, coincidiendo con el Tribunal entiende que la figura no resulta aplicable, en virtud que el delito de Desaparición Forzada, fue creado por el artículo 21 de la Ley No. 18.026, de fecha 25 de setiembre de 2006, es decir que al no existir la norma al momento de ejecutarse los hechos a juzgar, no corresponde su aplicación en forma retroactiva, pues ello resultaría en franca vulneración a lo dispuesto en el art. 15 inc. 1 del Código Penal y a los pilares básicos en que se fundan los principios que rigen el Derecho Penal.

En la medida que ello, constituye un requisito inherente a la prohibición penal derivada del artículo 15 inc. 1. del Código Penal., que está especialmente consagrado por una norma de derecho internacional, como lo es el Pacto de San José de Costa Rica, que es ley nacional (Ley No. 15.737) y que literalmente expresa que: "Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello".

En doctrina se ha

expresado que: "...la irretroactividad de la Ley penal es un principio liberal o garantía implícita en el art. 72 de la Constitución Vigente, que deriva, además, indirectamente, del principio de libertad, expresamente proclamado en el art. 10 inc. 2 de la Carta. Asimismo, está íntimamente vinculado a la seguridad, valor aludido en el art. 7 y también comprendido en el art. 72 de la Constitución Vigente... (Alberto Ramón REAL, "Los principios generales de derecho en la Constitución Uruguay", Montevideo, 1965, pág. 53).

En igual sentido opinan JIMÉNEZ de ASÚA y JESCHECK. Dice el primero que la no retroactividad de la Ley primitiva y la extra actividad de la Ley más favorable es máxima de Derecho Constitucional, que se deduce de la regla unánimemente reconocida de que los hombres deben ser juzgados y condenados por "Ley anterior a su perpetración" (Cf. "La Ley y el delito. Principios de Derecho Penal", Ed. Hermes, 1954, pág. 165). Jescheck, por su parte, expresa que uno de los principios rectores del Estado de Derecho es el de que las normas que regulan un supuesto de hecho, no pueden luego modificarse en perjuicio de la situación jurídica del ciudadano pues, además, el delincuente, sólo puede motivarse por el mandato normativo cuando éste está configurado como Ley en el momento de la comisión del hecho. Por eso entiende que

lo decisivo para la irretroactividad es la idea de la seguridad jurídica ("...Tratado de Derecho Penal. Parte General", Ed. BOSCH, Barcelona, vol. 1, pág. 184) (Sent. No. 70/97)".

V) Respecto de la invocada inconstitucionalidad del artículo 1º de la Ley N° 18.831, en concepto de los Sres. Ministros Dres. Ruibal Pino, Larrieux, Chediak, Pérez Manrique y Chalar -aunque por diversos fundamentos- no le asiste razón a los excepcionantes.

En este orden, los indagados sostienen que la norma cuestionada "...colide frontalmente con el segundo inciso del artículo 82 de la Constitución e indirectamente con su artículo 4º y con su artículo 79 (inciso segundo), así como con el principio de que el ejercicio directo de la soberanía, en los casos establecidos por el artículo 82 solo compete al Cuerpo Electoral" (fs. 466). Agregan que cuando una ley es sometida a referéndum -como lo fue la Ley 15.848 el 16 de abril de 1989-, la competencia para mantenerla o no en vigencia se traslada al Cuerpo Electoral, el cual, en ejercicio directo de la soberanía, decide si la confirma o la revoca.

En lo que dice relación a la alegada inconstitucionalidad del artículo 1 de la Ley N° 18.831, entienden los Sres. Ministros Dres. Ruibal

Pino y Larrieux que como se sostuvo en la referida Sentencia de la Corporación No. 1.501/2011, la Ley No. 15.848 no consagró una amnistía, por lo que los delitos comprendidos en su artículo primero no dejaron de existir, sino que se eliminó la posibilidad de accionar para su persecución por parte del Ministerio Público.

Por lo tanto la norma contenida en el artículo 1 de la Ley No. 18.831 no implicó innovación penal retroactiva alguna. A su vez, el artículo 1 de la Ley No. 15.848 fue declarado inconstitucional por la Suprema Corte de Justicia mediante Sentencia No. 365/2009, por lo que la norma en estudio viene a regular la situación, adecuándola a los preceptos constitucionales, según lo dispuesto en el fallo de la Corporación.

A su criterio por delitos "comprendidos" en el artículo 1° de la Ley No. 15.848, como se expresa en el artículo 1° de la Ley No. 18.831, ¿a qué quiso hacer referencia el legislador patrio?.

De la lectura de la norma en cuestión se estaría indicando que los delitos respecto de los cuales se restituye la pretensión punitiva son los comprendidos en el artículo 1° de la Ley No. 15.848, sin que necesariamente hubiera implicado decisión del Poder Ejecutivo conforme al artículo 3 de la Ley No. 15.848, sino atender a la naturaleza de los

delitos y a la calidad de la persona autora.

Por tanto, la norma de la Ley No. 18.831 se aplica a todos aquellos casos en los que se investiga la existencia de delitos cometidos en oportunidad del terrorismo de Estado, sin distinguir si los indagados fueron o no excluidos por el Poder Ejecutivo del beneficio consagrado por el artículo 1º de la Ley No. 15.848, en virtud del artículo 3º de ese mismo cuerpo legal.

En criterio del Sr. Ministro Dr. Chediak, el ejercicio por el cuerpo electoral de la posibilidad de referéndum sobre una determinada norma no supone que en caso de su desestimación (como ocurrió con la Ley 15.848) se confiera a la Ley cuestionada un valor tal que escape a las posibilidades derogatorias que la Carta confiere del Poder Legislativo, pues ello no emerge de ninguna norma constitucional.

Por su parte, en concepto del Sr. Ministro Dr. Pérez Manrique corresponde desestimar la solicitud de declaración de inconstitucionalidad del artículo 1 de la Ley cuestionada, por las razones que expone en la discordia extendida en la presente decisión.

En cambio, entiende el Señor Ministro Dr. Chalar, que constatada la

inconstitucionalidad de los artículos 2° y 3° de la Ley 18.831, y la consiguiente ausencia de un presupuesto para el ejercicio y progreso de la acción penal, ello agota el interés del actor, excluyendo su legitimación para reclamar un pronunciamiento respecto del artículo 1°.

VI) A juicio de los Sres. Ministros Dres. Ruibal Pino, Larrieux, Chediak y Chalar, los arts. 2 y 3 de la Ley N° 18.831 vulneran flagrantemente los principios de legalidad e irretroactividad de la ley penal más gravosa, por las razones que se expresan a continuación.

Dichas normas disponen:

Artículo 2: "No se computará plazo alguno, procesal, de prescripción o de caducidad, en el período comprendido entre el 22 de diciembre de 1986 y la vigencia de esta ley, para los delitos a que refiere el Artículo 1° de esta ley".

Artículo 3: "Declárase que, los delitos a que refieren los artículos anteriores, son crímenes de lesa humanidad de conformidad con los tratados internacionales de los que la República es parte".

El principio de irretroactividad de la ley penal más gravosa deriva de los principios de libertad y legalidad, que no es otra

cosa que la expresión del viejo proloquio latino nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege y emana del art. 10 inc. 2 de la Constitución de la República, según el cual "Ningún habitante de la República será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe".

No es posible castigar a nadie por la comisión de un hecho que, al momento de su realización, no está previsto en la ley penal como delito, ni siquiera aunque sea similar o aproximado a la conducta sancionada.

Este principio se complementa con el de reserva, reconocido en el artículo 10 inciso 1 de nuestra Carta, que reza: "Las acciones privadas de las personas que de ningún modo atacan el orden público ni perjudican a un tercero, están exentas de la autoridad de los magistrados".

Cairolí enseña que Anselmo Von Feuerbach –fundador de la ciencia penal en Alemania– afirmó el principio de legalidad como un freno para el arbitrio del Juez.

Ya en la Carta Magna de 1215 aparece este principio en el artículo 43 original y en el Capítulo XXXI de la modificación, según el cual:

"Ningún hombre libre será detenido o en forma alguna destruido, ni procederemos en

contra de él ni lo condenaremos, sino por el juzgamiento legal de sus pares, o por la ley del país”.

También fue consagrado en las Constituciones de Virginia y Maryland en 1776 y en la norteamericana de 1787.

Asimismo, fue reconocido en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Francia revolucionaria de 1789.

A su vez, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, también consagró este importante principio en su artículo 11, que dispone: “Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivas según el derecho nacional o internacional”.

Pero la doctrina del Siglo XIX ubica incluso antes los orígenes del principio de irretroactividad de la ley penal.

En este sentido, puede citarse la opinión del profesor italiano Luigi Olivi, que sitúa la fuente de dicho principio en el derecho natural, independientemente de cualquier texto legislativo.

Según este autor, desde los tiempos de Constantino y Ulpiano ya estaba

consagrado el principio de irretroactividad.

Además, señala que el Derecho Canónico reconoció, desde muy antiguo, este principio. De tal forma, indica que surge consagrado en un escrito emanado del pontífice Gregorio III del año 593, el cual reza: "Quoties novum quid statuit, ita solet futuris formam imponere ut dispendiis praeterita non commendet: ne detrimentum ante prohibitionem possint ignorantes incurrere, quod eos postmodum dignum est sustinere".

Más tarde, Graziano, en su decreto adjunto al Corpus iuris canonici, escribe: "Poena criminis ex tempore legis est, quae crimen inhiibuit, nec ante legem ulla rei damnatio est, sed ex lege".

El citado profesor italiano también hace referencia a la consagración del principio en estudio en las legislaciones modernas. De esta forma, menciona que surge de la Declaración de los Derechos del Hombre francesa, cuyo artículo 8 estatuye: "La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires. Nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit". A su vez, el artículo 8 de la Constitución del 24 de junio de 1793 preceptúa: "L'effet rétroactif donné à la loi serait un crime". En la Constitución de la

República francesa de 5 de Fructidor del Año III, el art. 14 establece: "Aucune loi, ni criminelle, ni civile, ne peut avoir d'effet rétroactif".

Asimismo, Olivi cita, en Italia, al Código Penal sardo del 20 de noviembre de 1859, cuyo artículo 3 establece: "Se la pena che era imposta dalla legge al tempo del commesso reato e quella stabilita dalla legge posteriore fossero diverse fra loro sarà sempre applicata la pena più mite".

Del mismo modo, el artículo 6 del Código toscano de 1853 dispone: "Ai delitti avvenuti ma non giudicati prima del giorno dal quale avrà piena esecuzione il Codice penale saranno applicate le pene prescritte dal medesimo, ognorachè sieno più miti di quelle stabilite dalle leggi anteriori".

Y, mencionando al Código Penal italiano vigente en 1888, el referido autor dice que su artículo 2 reza: "Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo una legge posteriore, non costituisca reato; e, se vi sia stata condanna, ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali" (Olivi, Luigi, "Reati e pene in ordine al tempo", en Completo Trattato Teorico e Pratico di Diritto Penale secondo il Codice Unico del Regno d' Italia, obra dirigida por Pietro Cogliolo, Vol. I, Parte II, Milán, 1888, págs.

483 a 491).

En suma, todas estas normas reconocen o consagran el principio de irretroactividad de la ley penal más gravosa, que se encuentra insito en el artículo 72 de nuestra Constitución, en el bien entendido de que es una garantía implícita e inherente a la personalidad humana o derivada de la forma republicana de gobierno.

No solo supone una garantía para el sujeto sometido al proceso penal, sino que es una garantía de todas las personas que respetan la ley, asegurándolas contra cualquier actuación arbitraria de la ley penal.

*El apotegma tiene un valor absoluto y es un factor directriz para el legislador y un programa que se impone a sí mismo; es un imperativo que no admite desviación ni derogaciones y que representa una conquista de la conciencia jurídica, que obedece a exigencias de justicia y que solo ha sido negado por regímenes totalitarios (cf. Cairoli, Milton, *El Derecho Penal uruguayo y las nuevas tendencias dogmático penales*, Tomo I, 1ª edición, F.C.U., Montevideo, febrero de 2000, págs. 52 y 53).*

En esta misma línea de pensamiento, se inscribe la doctrina francesa, entre cuyos más conspicuos representantes se ubican Garraud,

Garçon y Jéze, para quienes la regla nullum crimen no puede sufrir ninguna excepción, ya que constituye el principio más sólido sobre el que se basa la libertad civil, así como el fundamento de la paz pública. Como fundamento de este principio, estos autores destacan que la ley ha de proclamar de antemano aquello que ordena o prohíbe, de forma que el individuo pueda actuar de acuerdo con la regla de que todo lo que no está expresamente prohibido está permitido y, por lo tanto, pueda gozar de la libertad y de la seguridad jurídica (citados por Eliseu Frígols i Brines, El principio de Irretroactividad y la Sucesión de Leyes Penales. Una perspectiva desde el derecho comparado, Prólogo de Javier Boix Reig (Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia), Editorial Jurídica Continental, pág. 41).

Y, en el ámbito americano, es necesario tener especialmente en cuenta que este principio de irretroactividad de la ley penal más gravosa está consagrado a texto expreso en el Pacto de San José de Costa Rica, cuyo artículo 7.2 preceptúa: "Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas".

Por consiguiente, una ley

que prevea un aumento del término de prescripción o, lisa y llanamente, la declaración de imprescriptibilidad de cualquier delito no puede regir para situaciones ocurridas con anterioridad a su entrada en vigencia, so riesgo de vulnerar ostensiblemente un principio tan caro para cualquier Estado de Derecho que se digne de ser tal.

El principio de legalidad es granítico: *nullum crimen, nulla poena sine previa lege poenale*: esta es la base del Derecho Penal garantizador y garantista. No admite la aplicación retroactiva de ninguna norma penal, salvo el principio de benignidad y, además, expresamente consagrado en el Código Penal.

Por lo tanto, la irretroactividad de la ley penal, constituye un requisito inherente a la prohibición penal derivada del artículo 15 inc. 1° del Código Penal, que -como se dijo- está especialmente consagrado por una norma de derecho internacional, como lo es el Pacto de San José de Costa Rica, que es Ley nacional (No. 15.737).

Como señala el profesor español Santiago Mir Puig: "Con la exigencia de una *lex praevia* se expresa la prohibición de retroactividad de las leyes que castigan nuevos delitos o gravan su punición: es preciso que el sujeto pueda saber en el

momento en que actúa si va a incurrir en algún delito o en alguna nueva pena. Este aspecto del principio de legalidad afecta a su sentido de protección de la seguridad jurídica" ("Bases Constitucionales el Derecho Penal", Ed. Iustel, 2011, pág. 73).

Asimismo, como lo expresa el catedrático de Filosofía del Derecho español Luis Prieto Sanchís: "Consecuencia lógica del principio de legalidad en sentido amplio es la prohibición de retroactividad de las leyes penales o sancionadoras, que recogen los arts. 9.3 y 25.1 de la Constitución, entre otras cosas porque los tipos penales perderían toda su función preventiva y con ello su legitimidad si fuesen aplicados a hechos ya cometidos en el momento de su promulgación. La garantía de la legalidad debe decir, pues, nullum crimen, nulla poena sine praevia lege, dado que antes de la existencia de la ley propiamente ninguna conducta puede considerarse delictiva" (Garantismo y Derecho Penal" Ed. Iustel 2011, pág. 103).

En definitiva, los artículos 2 y 3 de la Ley No. 18.831, al establecer el primero que no se computarán plazos de prescripción ya transcurridos y el segundo al disponer, en forma retroactiva, que a la naturaleza original del tipo penal se adicionará el carácter de "crímenes de lesa humanidad", provocando como consecuencia su

imposibilidad de extinción, vulneran ostensiblemente el principio de irretroactividad de la ley penal más gravosa y con ello los principios y reglas constitucionales recogidos en los artículos 10 y 72 de la Constitución Nacional, todo lo cual determina el amparo de la pretensión declarativa movilizada respecto de dichas normas".

IV) La conducta procesal desplegada por las partes ha sido correcta, no dando mérito a especial condenación en gastos causídicos.

Por los fundamentos expuestos, la Suprema Corte de Justicia, por mayoría,

FALLA:

HACIENDO LUGAR, PARCIALMENTE, A LA EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD OPUESTA Y, EN SU MERITO, DECLARANDO INCONSTITUCIONALES Y, POR ENDE, INAPLICABLES A LOS EXCEPCIONANTES LOS ARTICULOS 2 Y 3 DE LA LEY No. 18.831.

DESESTIMANDO EL EXCEPCIONAMIENTO EN LO DEMAS.

**SIN ESPECIAL SANCION PROCESAL.
COMUNÍQUESE AL PODER LEGISLATIVO.**

OPORTUNAMENTE, DEVUÉLVASE.

**DR. JORGE RUIBAL PINO
PRESIDENTE DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA**

DR. JORGE T. LARRIEUX RODRÍGUEZ
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DR. JORGE O. CHEDIAK GONZÁLEZ
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DR. JULIO CÉSAR CHALAR
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DR. RICARDO C. PÉREZ MANRIQUE
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DISCORDE. DESESTIMO EL
EXCEPCIONAMIENTO DE
INCONSTITUCIONALIDAD
INTRODUCIDO.

I) Previamente, en cuanto al pronunciamiento con relación a la legitimación de los indagados en autos, al haberse ejercitado el planteo de inconstitucionalidad en la etapa presumarial, en la que aún no se ha formulado juicio alguno sobre la probable participación de los denunciados en hechos con

apariencia delictiva.

Es de señalar que, a raíz de la comunicación de la R. No. 322 del Poder Ejecutivo de 30 de junio de 2011 el juzgado interviniente entendió que correspondía pasar en vista fiscal y proseguir las actuaciones, en función de lo cual se citó a audiencia a los indagados. (fs. 30 y ss.).

Comparto, al efecto la posición amplia desarrollada por el Sr. Fiscal de Corte en su dictamen cuando señala que a partir de la reforma del art. 113 del C.P.P., el mero indagado tiene un interés con las características exigidas por la Carta para movilizar el recurso, el cual según la norma constitucional puede, por vía de excepción, oponerse en "*cualquier procedimiento judicial*" (art. 258.2 Constitución).

Como se señala a fs. 138 vto. si toda persona indagada tiene derecho a ser defendida desde el primer momento y la actuación del Defensor da la pauta de la existencia de actividad procesal, en una etapa de instrucción -la presumarial- que es el inicio del procedimiento penal, permite entender que los indagados poseen legitimación activa para el planteamiento de la cuestión constitucional que invocan.

II) Se entiende que no

corresponde a la Corporación ingresar al análisis de la declaración de inconstitucionalidad peticionada por los excepcionantes en la medida que no se trata de una disposición que resulte de aplicación al caso concreto.

Surge de autos que se promueve una denuncia por desaparición forzada, en función de lo cual en principio no se puede alegar prescripción por tratarse de delito permanente.

Comparto, al efecto las consideraciones que formulara el Dr. Van Rompaey en discordia extendida a S. No 1.501/2011 en la que se indicara: *"...Trátase de un delito permanente, en el que, en virtud de la conducta voluntaria del agente, la consumación prosigue en el tiempo, dando lugar a un estado antijurídico duradero.*

Y su persecución penal, aún cuando esta figura delictiva no estuviere incorporada a la legislación nacional a la época del comienzo de consumación con la privación injusta de libertad de las víctimas, no resulta impedida por una aplicación estricta del principio de legalidad y el de irretroactividad de la norma penal, por cuanto el delito de desaparición forzada se sigue consumando en la actualidad, día a día, hasta la aparición de los cuerpos de quienes fueran ultimados por los agentes estatales.

A mi juicio, parece claro

que la certeza, -en grado de creencia que descarta toda duda razonable-, de que los desaparecidos están muertos, no implica la inaplicabilidad del tipo delictivo de la desaparición forzada, por cuanto la pérdida de la vida no es excluyente, lógica ni razonablemente, de la incertidumbre insita en la desaparición. Las víctimas estarán muertas, pero igualmente continúan desaparecidas, por lo que el delito de desaparición forzada se sigue consumando hasta que no se conozca el paradero, el destino final, la ubicación de sus restos.

Como lo establece el art. 21 de la Ley No. 18.026, el delito de desaparición forzada será considerado como delito permanente, mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima.

Y reitero: el destino o paradero de la víctima no puede asimilarse conceptualmente a la constatación (y en esto la plataforma fáctica sobre que se erige el fallo del Tribunal permanece incólume) de la muerte de las víctimas: el cese de la consumación opera cuando, partiendo de la premisa fáctica del deceso de los detenidos, aparecen sus restos mortales. Porque, aún muertas, las víctimas permanecen desaparecidas.

El deceso no tiene la virtud mágica de terminar con el estado de desaparición

ni con la incertidumbre, angustia y sufrimiento permanente de sus familiares...."

Surge de lo expuesto que es cuestión de aplicación de la ley, así el tema fue considerado con mi voto particular en autos caratulados: "Soca Prado, Ernesto. Veintiocho delitos de homicidio muy especialmente agravados en reiteración real. Casación penal" I.U.E. 98-212/2010, en oportunidad de resolver un recurso de casación sobre el mérito.

III) Con relación a la situación del indagado Silveira, al haber sido condenado por otros delitos, de acuerdo al art. 121 del Código Penal a su respecto la prescripción se encuentra interrumpida.

IV) La solución postulada determina que no corresponda ingresar al mérito de la cuestión deducida puesto que un pronunciamiento al respecto importaría un juicio genérico o abstracto, contra lo que imponen los arts. 259 de la Carta y 508 CGP, que indican su procedencia "*Siempre que deba aplicarse una ley o una norma que tenga fuerza de ley*". (Cf. S. No. 179/2006 de la Corporación).

Esta Corporación sostuvo en S. No. 24/99, citando fallos anteriores que: "*...la Corte se halla facultada para declarar si una ley es o no constitucional; su examen entonces debe costreñirse a*

la norma y determinar si la misma colide o no con textos o principios superiores que emanan de la Constitución."
... "Los fundamentos en que se apoya este criterio son claros en opinión de la Corte; la declaración acerca de la constitucionalidad de una ley sólo es pertinente si ésta es de aplicación necesaria e ineludible en un caso concreto...; por el contrario a la Corte en la materia le está vedado efectuar declaraciones genéricas y emitir opiniones sobre cuestiones abstractas de derecho..."

En consecuencia queda vedado a la Corte ingresar en la impugnación de inconstitucionalidad toda vez que en autos no existe caso constitucional.

En lo demás, me remito a las consideraciones vertidas en discordia extendida en S. No. 212/2013, en la que se expresara:

"...III)Corresponde tener presente que en nuestro sistema de contralor constitucional el efecto de inaplicación de la Ley al caso concreto es el que se produce en todos los sistemas difusos, en los cuales, cualquier juez, en ocasión de aplicar la Ley, decide si ésta es o no legítima, especificándose en cuanto al ámbito de actuación del órgano constitucional:

"En esencia la actividad consiste en resolver un conflicto de normas que se

plantea -generalmente- con motivo de la aplicación de las mismas a un determinado caso concreto”.

“El conflicto de normas es por esencia un conflicto lógico jurídico, y la resolución a efectos de determinar cuál de dichas normas se aplicará a la situación particular, es justamente la normal actividad jurisdiccional” (Cf. Vescovi, Enrique “El proceso de Inconstitucionalidad de la Ley”, pág.63 y ss.).

El citado autor también releva como requisito de contenido la relación con la causa principal (pertinencia o relevancia) en los siguientes términos: *“Es natural que si se pretende obtener un pronunciamiento que valdrá para el caso que se está controvirtiendo ante el Juez, el mismo tenga que tener una relación directa con la causa en cuestión. Si fuera ajeno a la misma, carecería de razón plantearla en el juicio principal. La doctrina y la jurisprudencia se muestran exigentes reclamando que la ‘quaestio’ planteada deba ‘ser un antecedente lógico y necesario para la resolución del Juez. Es imprescindible que exista una conexión indispensable entre la Ley impugnada y la cuestión en discusión (pertinencia)’” (ob. cit. pág. 161).*

En el mismo sentido, Sánchez Carnelli, citando la posición del Dr. Berro

Oribe indica: "Nuestro Instituto no es de Inconstitucionalidad de las Leyes, sino de Inaplicación de Leyes por razón de constitucionalidad, que no es la misma cosa. No se trata de 'juzgar' una Ley con el padrón de la Constitución por una Corte. Esto, en cuanto interpretación de la Carta, sólo puede hacerlo el Poder Legislativo. Y podría hacerlo una Corte Constitucional, con decisión de fuerza invalidante. Se trata, sí, de la propia función jurisdiccional. Decir o declarar el derecho con motivo de una contienda jurídica ya sometida o que puede ser sometida a resolución de los Jueces, aunque nada más que sobre un aspecto de la cuestión: aquel de la eficacia relativa para ese caso contencioso de una Ley o disposición legal que inevitablemente aparece indicada para su decisión en razón de su colisión con determinado texto por principio constitucional" (Cf. Lorenzo Sánchez Carnelli: "Declaración de inconstitucionalidad de actos legislativos", pág. 112 y ss.).

Siguiendo igual rumbo, la doctrina ha indicado que debe tratarse de una aplicación "ineludible" (o "inexcusable") de la norma legal al caso concreto.

IV) La solución postulada determina que no corresponda ingresar al mérito de la cuestión deducida puesto que un pronunciamiento al

respecto importaría un juicio genérico o abstracto, contra lo que imponen los arts. 259 de la Carta y 508 CGP, que indican su procedencia "...Siempre que deba aplicarse una Ley o una norma que tenga fuerza de Ley..." (Cf. Sentencia No. 179/2006 de la Corte).

Este Tribunal sostuvo en Sentencia No. 24/99, citando fallos anteriores que:

"...la Corte se halla facultada para declarar si una Ley es o no constitucional; su examen entonces debe constreñirse a la norma y determinar si la misma colide o no con textos o principios superiores que emanan de la Constitución...Los fundamentos en que se apoya este criterio son claros en opinión de la Corte; la declaración acerca de la constitucionalidad de una Ley sólo es pertinente si ésta es de aplicación necesaria e ineludible en un caso concreto...; por el contrario a la Corte en la materia le está vedado efectuar declaraciones genéricas y emitir opiniones sobre cuestiones abstractas de derecho...".

En función de ello corresponde concluir que no corresponde aplicar al caso de autos las disposiciones cuestionadas en la medida que el ámbito de aplicación de la norma se encuentra restringido a los delitos comprendidos en el art. 10. de la Ley No. 15.848, entre los cuales no se encuentra el

caso de autos, atento a la revocatoria enunciada.

En suma: no corresponde pronunciarse sobre la alegada inconstitucionalidad toda vez que en autos según resulta de fs. 60 dicha norma no es aplicable: primero porque por Sentencia No. 1.525/2010 se declaró inaplicable al caso de autos la Ley No. 15.848, y segundo en virtud de la Resolución del Poder Ejecutivo que no fuera impugnada en la vía administrativa correspondiente.

En consecuencia queda vedado a la Corte ingresar en la impugnación de inconstitucionalidad toda vez que en autos no existe caso constitucional.

El eventual error de motivación de la recurrida por excepción de inconstitucionalidad es por lo expresado cuestión propia del mérito del asunto y no de impugnación de inconstitucionalidad.

V) Se cuestiona en autos la norma impugnada, en cuanto declara el carácter de delitos de lesa humanidad de los previstos en la Ley No. 15.848 y las consecuencias de tal afirmación respecto del cómputo de los plazos de prescripción de la acción penal, lo que comprende eventuales agravios constitucionales derivados de los arts. 2o. y 3o. de la Ley No. 18.831.

A criterio de este Ministro los impugnantes no pueden invocar lesión a un interés directo, personal y legítimo, además es dudoso que la prescripción haya operado a su favor, pues la Resolución No. 322 del Poder Ejecutivo que excluyó el caso de la Ley No. 15.848 tiene efectos *ex tunc*.

Al efecto, Durán Martínez afirma: *"Si la revocación es por razones de legalidad y no existe recurso es discrecional aunque limitada por la estabilidad del acto y sus efectos serán 'ex nunc'".*

Empero sus efectos podrán ser 'ex tunc' si el interés público así lo exige y lo permiten las circunstancias de fondo. Lo mismo ocurre con relación a la revocación de la parte no recurrida del acto impugnado" (Cfme. "Nuevas reflexiones sobre la revocación y la anulación de los actos administrativos en el derecho administrativo uruguayo" en Anales del Foro 1986, Números 72-73, pág. 117).

En Sentencia No. 365/2009 la Corte afirmó en términos que se comparten, al declararse inconstitucional la Ley No. 15.848:

"...las normas atacadas excluyeron del aparato sancionatorio del Estado a sujetos que, para ello, no necesitaron ser juzgados por el Poder de gobierno que tiene a su cargo la función soberana de aplicar las penas.

En definitiva, las normas atacadas excluyeron de la órbita del Poder Judicial el juzgamiento de conductas con apariencia delictiva, lo cual transgredió el principio de separación de poderes y afectó muy seriamente las garantías que el ordenamiento constitucional puso en manos de aquél”.

A continuación y respecto de las denominadas Leyes de amnistía o de perdón se afirmó:

“Analizada la cuestión en su contexto, se aprecia que no puede ahora invocarse la teoría clásica de la soberanía para defender la potestad estatal de limitar la protección jurídica de los derechos humanos. Los derechos humanos han desplazado el enfoque del tema y ya no se puede partir de una potestad soberana ilimitada para el Estado en su rol de constituyente. Por el contrario, la regulación actual de los derechos humanos no se basa en la posición soberana de los Estados, sino en la persona en tanto titular, por su condición de tal, de los derechos esenciales que no pueden ser desconocidos con base en el ejercicio del poder constituyente, ni originario ni derivado.

Como señala Nogueira, en la medida en que los derechos humanos son inherentes a la dignidad humana, ellos limitan la soberanía o potestad estatal, no pudiendo invocarse esta última para

justificar su vulneración o para impedir su protección internacional, no pudiendo invocarse el principio de no intervención cuando se ponen en ejercicio las instituciones, los mecanismos y las garantías establecidas por la comunidad internacional para asegurar la protección y garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de toda persona y de todas las personas que forman parte de la humanidad (citado por Martín Risso Ferrand, ob. cit., págs. 114 y 115).

En este sentido, el art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados preceptúa que un Estado parte no podrá invocar las disposiciones de su Derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado".

La Corte concluye luego de analizar jurisprudencia de orden internacional -Corte Interamericana- y nacional que:

"A modo de síntesis, la ilegitimidad de una Ley de amnistía dictada en beneficio de funcionarios militares y policiales que cometieron delitos de esta naturaleza, gozando de impunidad durante regímenes de facto, ha sido declarada por órganos jurisdiccionales, tanto de la comunidad internacional como de los Estados que pasaron por procesos similares al vivido por el Uruguay en la misma época. Tales pronunciamientos, por la similitud con la cuestión

analizada y por la relevancia que han tenido, no podrían soslayarse en el examen de constitucionalidad de la Ley No. 15.848 y han sido tenidos en cuenta por la Corporación para dictar el presente fallo”.

La norma impugnada, Ley No. 18.831 restablece la pretensión punitiva del Estado en su artículo 1o., declara que los plazos de prescripción o de caducidad no se computarán entre el 22 de diciembre de 1986 y la vigencia de esta Ley (art.2o.) y declara que los hechos comprendidos en la Ley No. 15.848 constituyen delitos de lesa humanidad (art. 3o.).

Entiende el legislador, que de esta forma el Estado Nacional cumple con sentencia de la Corte Americana en el denominado caso Gelman, dejando sin efecto la Ley No. 15.848.

Destaco que esta Corte en su argumentación al declarar la inconstitucionalidad de la Ley No. 15.848 y según transcripción que se realizara, en definitiva afirmó la ilegitimidad de las Leyes de amnistía o de perdón, en línea coincidente con la Corte Interamericana y otros Tribunales Constitucionales del continente.

La línea argumental desarrollada es coincidente con la de la CIDH, más allá de que a criterio de este Ministro, en el caso de autos la sentencia del caso Gelman no tiene incidencia.

Además el art. 68.1 de la Convención Americana, relativo a la obligatoriedad de los fallos de esa Corte Interamericana afirma:

"Los Estados Partes de la Convención se comprometen a cumplir la decisión en todo caso en sean partes" (Ochs Olazábal, "El fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Gelman con Uruguay", La Ley Uruguay, Año IV No. 7, julio 2011; Blengio Valdés, Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gelman vs. Uruguay", Revista de Derecho Público, FCU, Montevideo, año 2011, No. 39; Risso Ferrand, Cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Newsletter, El Derecho Digital Uruguayo).

Corresponde señalar que cuando Uruguay ratificó por Ley No. 15.737 la Convención Americana de Derechos Humanos, el Poder Ejecutivo de la época ejercido por el Presidente de la República Dr. Julio M. Sanguinetti y el Ministro de Relaciones Exterior Cr. Enrique Iglesias en acto voluntario, aceptó indefinidamente la jurisdicción de la CIDH y de la Comisión Interamericana.

La inequívoca y permanente conducta internacional del Estado Uruguayo ha sido de respeto y respaldo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La variación de tal situación jurídica necesariamente debería darse en conjunto con la denuncia del Tratado.

De entenderse que la norma establecida en el Artículo 3o. de la Ley No. 18.831 al establecer: "*Declárase que, los delitos a que refieren los artículos anteriores, son crímenes de lesa humanidad de conformidad con los tratados internacionales de los que la República es parte*", consagra como principio general que los delitos contemplados en la Ley No. 15.848, derogada, constituyen casos de delitos de lesa humanidad, a mi criterio no constituye modificación del régimen jurídico vigente en la República. Pues tales delitos ya integraban el orden jurídico vigente en el país.

Con la finalización de la Segunda Guerra Mundial, ante las atrocidades cometidas por Alemania y Japón, la respuesta fue la creación de Tribunales Internacionales para juzgar tales conductas y así nacieron los Tribunales de Nuremberg y de Tokio.

El Tribunal de Nuremberg se constituyó con la competencia determinada por su estatuto en el cual se reconoció la existencia como parte del *jus cogens* internacional de conductas delictivas inaceptables para la humanidad.

El Estatuto del referido

Tribunal Militar, en su art. 6 establece:

"a. CRIMENES CONTRA LA PAZ: A saber, planificar, preparar, iniciar o librar guerras de agresión, o una guerra que constituya una violación de Tratados, acuerdos o garantías internacionales, o participar en planes comunes o en una conspiración para lograr alguno de los objetivos anteriormente indicados.

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

c. CRIMENES CONTRA LA HUMANIDAD: A saber, el asesinato, la exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra la población civil antes de la guerra o durante la misma; la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes

que sean competencia del tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna del país donde se perpetraron".

El Tribunal de Nuremberg se constituyó por Ley No. 10 del Consejo de Control Aliado. En el Art. II "c" se consideró que los crímenes contra la humanidad eran "las atrocidades y delitos, incluidos pero no limitados al asesinato, la exterminio, sometimiento a esclavitud, deportación, encarcelamiento, tortura, violación y otros actos inhumanos cometidos contra una población civil, o la persecución política, racial o religiosa, en violación o no a las Leyes nacionales del país donde los mismos hubieren sido perpetrados". En consecuencia se suprimió la hasta entonces necesaria vinculación de los crímenes de lesa humanidad del literal c) con los crímenes de guerra de los literales a) y b).

Uruguay por decreto de 12 de noviembre de 1945 publicado en el Registro Nacional de Leyes y Decretos, pág. 1025 y ss. estableció su adhesión al acuerdo de Londres en los siguientes términos:

"Que corresponde que el Uruguay, como país beligerante y miembro de las Naciones Unidas preste su adhesión y coadyuve en los planes adoptados, planes que, en materia de crímenes de guerra

se hallan también aconsejado por el Comité Jurídico Interamericano de Rio de Janeiro del 30 de julio de 1945”.

En función de lo cual el Presidente de la República decretó la autorización al Embajador en el Reino Unido para que transmita al Gobierno de Gran Bretaña e Irlanda del Norte la adhesión del Gobierno del Uruguay al Acuerdo suscripto en Londres el 8 de agosto de 1945, que dispuso la creación de un Tribunal Militar Internacional destinado al enjuiciamiento y castigo de los principales crímenes de guerra del Eje europeo.

Por este acto soberano, nuestro país reconoció no solamente la competencia de este Tribunal, sino la existencia de los delitos que comprende su Estatuto.

Por definición los delitos comprendidos en el Estatuto no admiten la exculpatoria de la obediencia debida y son imprescriptibles.

En aplicación de tales principios Uruguay adhirió a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, por Ley No. 17.347, del 19 de junio de 2011.

El art. 1o. establece la imprescriptibilidad cualquiera sea el tiempo en que se

hayan cometido de, entre otros los crímenes de lesa humanidad.

Uruguay, se encuentra en situación de obligación internacional respecto del cumplimiento del Estatuto del Tribunal de Nuremberg al haber adherido especialmente aceptando su competencia.

Por definición, se repite, estos delitos son imprescriptibles por constituir el jus cogens internacional. La Convención de imprescriptibilidad, en consecuencia tiene también efectos declarativos de obligaciones preexistentes y no puede alegarse su inaplicación por la fecha en que el Estado uruguayo la ratificara.

Tan es así que al aprobar la Convención que los declaró imprescriptibles, la comunidad internacional lo que hace es ratificar el principio de imprescriptibilidad en función del carácter de jus cogens de los delitos de lesa humanidad.

Refuerza tal carácter al referir que son tales delitos "cualquiera sea el tiempo en que sean cometidos" con lo que se confirma que más allá de la fecha de su comisión, deben ser perseguidos penalmente.

La interpretación pro homine de tal norma permite a concluir que la Convención tiene por finalidad reconocer una situación jurídica que

se define por la carencia de tiempos que los vuelvan no perseguibles penalmente. Ello es así por la naturaleza de estas conductas y porque es la Humanidad, la afectada en última instancia por estos delitos.

Pero además tiene recepción este tipo de crímenes en nuestro propio Derecho Constitucional, toda vez que la Constitución de la República establece en su artículo Art. 239 que a la Suprema Corte de Justicia corresponde:

"Juzgar sobre delitos contra Derecho de Gentes..." (Nal. 1).

Confiere a la Ley la potestad de regular los aspectos procesales referidos a la competencia originaria establecida en el primer inciso del numeral.

Así, el Dr. Ruben Correa Freitas afirma: *"El origen de esta disposición lo encontramos en el art. 96 de la Constitución de 1830 donde se expresaba: '...sobre delitos contra el derecho de gentes...' En la Constitución de 1918 se decía en el art. 119 '...sobre delitos contra el derecho de gentes..' y en las Constituciones de 1934 'art. 215 ordinal 1o.'; 1942 (arts. 212 ord. 1o.) y 1952 (art. 239 ord. 1o.) rezaba: '...sobre delitos contra derecho de gentes...'"*.

"El derecho de gentes que

equivale a la alemana 'Volkerrecht', es la traducción castellana del 'ius gentium' romano no es otra cosa que la antigua denominación del Derecho Internacional Público. Incluso en nuestra Facultad de Derecho (antigua Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Mayor de la República) se enseñó Derecho de Gentes a partir del año 1963, habiéndose publicado Curso Elemental de Derecho de Gentes por el primer catedrático Gregorio Perez Gomar" (Cfme. "Derecho Constitucional Contemporáneo", tomo II, tercera edición actualizada, FCU pág. 223).

Al respecto, es dable señalar lo sostenido por el Prof. Dr. José Korzeniak, en este sentido: "Nos parece superada la polémica acerca de si esta expresión -ya obsoleta en el lenguaje jurídico moderno- debe entenderse como equivalente al derecho 'de los gentiles' de la época romana (distinto del Derecho para los extranjeros y los esclavos), o si lo correcto es entenderla como sinónimo de Derecho Internacional Público. Pensamos que esta última es la posición correcta. Concretamos nuestra opinión de esta manera: son delitos contra el 'derecho de gentes' aquellos tipificados como tales en tratados internacionales o en reglas internacionales aunque no sean tratados (en Derecho Internacional se estudian otras fuentes jurídicas, como las costumbres, los principios generales, etc.). Entre tales delitos pueden citarse

algunos muy repudiables como los de 'lesa humanidad', de 'torturas generalizadas', delitos de terrorismo, delitos de tráfico internacional de estupefacientes, etc. Cuando este tipo de delitos tipificados en el Derecho Internacional Público deba ser juzgado en nuestro país, la Suprema Corte debe juzgar (en primera o ulterior instancia, según ya hemos explicado)" (Primer Curso de Derecho Público- Derecho Internacional, F.C.U, pág. 572).

Ese orden jurídico supranacional está reconocido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos que regula su aplicación en el plano de la represión penal de determinadas conductas.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por Ley No. 13.751: *"Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional...*

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"

La Convención Americana de

Derechos Humanos, en su Artículo 9 -Principio de legalidad y de retroactividad-, refiere al derecho aplicable, excediendo el nivel de la Ley interna: *"Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivas según el derecho aplicable"*. En el mismo sentido el art. 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos establece que no hay pena sin Ley: *"1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional."*

Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. 2. El presente artículo no impedirá el juicio o la condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocido por las naciones civilizadas". La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, ampara la existencia de este orden normativo en su art. 53: *"Es nulo todo tratado que en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de*

Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.

La Corte Europea de Derechos Humanos en el caso denominado de los “Guardianes del muro”, es decir los crímenes cometidos por los guardias del denominado “Muro de Berlín” en la ex RDA que estaban mandatados para extinguir si era necesario a quien quisiera cruzar la frontera, entendió que: *“una práctica estatal como la política de policía de frontera de la RDA, que viola flagrantemente los derechos humanos y sobre todo el derecho a la vida, valor supremo en la jerarquía internacional de los derechos humanos, no puede estar cubierta por la protección del art. 7o. de la Convención. Dicha práctica que vació de contenido la legislación sobre la cual se suponía estaba basada, y que fue impuesta a todos los órganos de la RDA, incluyendo sus tribunales, no puede ser descrita como derecho, en el sentido del art. 7o. de la Convención”.*

En consecuencia tales actos quedan encartados en el concepto de crímenes de lesa humanidad.

Norma general de jus cogens internacional, aplicable por todos los Estados,

más allá de su codificación a través del Estatuto de Roma. El efecto de éste es añadir certeza y taxatividad a algo preexistente.

Las acciones delictivas de autos por su gravedad y excepcionalidad, resultan de un contexto en el cual la violación y denegatoria de derechos, fueron el medio elegido para obtener determinados objetivos políticos, se hizo sistemática la práctica del terrorismo de Estado.

El Estado ha reconocido por Ley No. 18.596:

"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" (art. 1o.).

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 la Seguridad Nacional” (art. 2).

Las conductas señaladas constituyen delitos de lesa humanidad, por su gravedad, sistematicidad y generalidad de su reiteración.

En aplicación de la interpretación pro homine de los DDHH conforme el bloque de constitucionalidad, cuya aplicación es imperativa para todos los órganos jurisdiccionales, como afirmara esta Corte en Sabalsagaray, es perfectamente compatible con la Constitución la admisión de un orden normativo comprendido por un único bloque de constitucionalidad cuyo contenido fuera descrito en aquel pronunciamiento.

Es menester interpretar y aplicar dicho orden jurídico por los Jueces Nacionales, sin violentar la Constitución de la República ni los tratados de DDHH.

Como se señalara al analizar el fallo de la Corte Suprema de Justicia en “Arancibia Clavel” en el que se decide acerca de la aplicación del principio de imprescriptibilidad en los delitos de lesa humanidad: *“...esos actos ya eran imprescriptibles para el derecho internacional, puesto que si bien la aprobación de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los*

Crímenes de Lesa Humanidad se produjo con posterioridad a esos hechos, dicho 'instrumento' sólo afirma la imprescriptibilidad, lo que importa el reconocimiento de una norma ya vigente (jus 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" (Cfme. "Derechos Humanos: Justicia y reparación" Ricardo Luis Lorenzetti y Alfredo Jorge Kraut", pág. 138 a 139).

Dichas normas generales obligan al Estado, a sus instituciones y a sus ciudadanos al respeto de los Derechos Humanos, en definitiva han contribuido a desarrollar el principio ya establecido en el art. 239 Nal. 1o. de la Constitución.

El efecto del fallo en el presente, será la declaración de que no existen objeciones de constitucionalidad para avanzar en la sustanciación del proceso, sin perjuicio de lo que corresponda decidir sobre el fondo de la cuestión en las instancias procesales oportunas.

En definitiva, rechazo la excepción de inconstitucionalidad respecto de los artículos 2o. y 3o. de la Ley No. 18.831.

Primero porque no se aplican en el caso de autos.

Segundo porque no resultan inconstitucionales porque no constituyen innovación en el ordenamiento jurídico internacional, en la medida que, como lo ha sostenido la Corporación en anteriores oportunidades, los Tratados de Derecho Internacional aplicables consagran determinados principios que hacen a la protección de los Derechos Humanos en su integralidad, situación jurídica con raigambre constitucional para el Uruguay en virtud de lo establecido en el art. 239 No. 1 de la Constitución de la República.

Tercero, porque además el artículo 3o. admite interpretación conforme a la Constitución, los delitos del art. 1o. son crímenes de lesa humanidad *"de conformidad con los tratados internacionales en que la República es parte"*.

Corresponde al intérprete y no al tribunal de constitucionalidad, determinar si los hechos investigados integran el elenco del art. 3o., de los delitos de lesa humanidad por encontrarse en los tratados firmados por la República.

No todos los delitos comprendidos en la Ley No. 15.848 son de lesa humanidad, pero algunos sí lo son y ello será determinado por el

tribunal de mérito, que deberá calificar si las conductas delictivas tipificadas en el Código Penal cometidas en el marco de la acción del terrorismo de Estado constituyen o no crímenes de lesa humanidad.

DR. FERNANDO TOVAGLIARE ROMERO
SECRETARIO LETRADO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA