

Montevideo, treinta de mayo de dos mil dieciséis

SENTENCIA 152/2016

IUE 395-136/2012

Dr. Jorge Tomas LARRIEUX RODRIGUEZ (REDACTOR)

Dr. Felipe Javier HOUNIE SANCHEZ

Dr. Ricardo Cesar PEREZ MANRIQUE

Dra. Elena MARTINEZ ROSSO (DISCORDE)

Dr. Jorge Omar CHEDIAK GONZALEZ (DISCORDE)

**VISTOS:**

Para sentencia estos autos caratulados: “AA – DENUNCIA - EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD ARTS. 1 A 3 DE LA LEY NRO. 18.831 Y CASACION PENAL”, IUE: 395-136/2012.

**RESULTANDO Y CONSIDERANDO QUE:**

D) La Corporación, por mayoría de sus integrantes naturales, desestimaré la excepción de declaración de inconstitucionalidad promovida.

II) El compareciente de fs. 1-5 formuló denuncia por hechos con apariencia delictiva que reputó de “lesa humanidad”, y que se habrían perpetrado en varios centros de detención entre los años 1973 y 1985.

Entre los denunciados se encuentra BB, quien fuera citado a declarar ante el Juzgado Letrado de Primera Instancia de Tacuarembó de 1er. Turno (fs. 178).

A fs. 180 compareció BB y solicitó la suspensión, clausura y archivo de las actuaciones, e invocó la prescripción de los presuntos delitos que se investigan en autos (arts. 117 y 124 del C.P.). Afirmó que los veinte años de la “consumación” de los pretensos hechos ilícitos se cumplieron el 1/3/2005, mientras que la denuncia recién se formuló el 15/10/2011.

Por Auto No. 1115/2014 (fs. 182) se resolvió: *“Respecto de la prescripción alegada y a la clausura y archivo de las actuaciones, atento a lo edictado por el artículo 2o. de la Ley 18.831, no ha lugar, manteniéndose las declaraciones fijadas para el día de hoy”*.

A fs. 190 la defensa del indagado interpuso recursos de reposición y apelación.

Una vez evacuado el traslado, por Auto No. 1922/2014 se desestimó el recurso de reposición y se ordenó elevar la apelación (fs. 197-198 vto.).

Por Sentencia No. 355/2014, dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 2do. Turno (fs. 211-213), con fundamento en las disposiciones emergentes de la Ley No. 18.831, se confirmó la apelada.

A fs. 271 y siguientes, estando el expediente a estudio de los Ministros de esta Corporación en virtud del recurso de casación deducido a fs. 217 y siguientes, se presentó nuevamente la Defensa del indagado, y esta vez interpuso la excepción de inconstitucionalidad de los arts. 1, 2 y 3 de la Ley No.18.831.

III) Respecto al primer punto objeto de debate, la legitimación activa del promotor, los integrantes de la Corporación sustentan distintas posiciones.

III.1) Los Sres. Ministros Dres. Jorge Chediak, Felipe Hounie y Elena Martínez entienden que el excepcionante cuenta con legitimación activa en esta etapa del proceso, para solicitar la inaplicabilidad de las normas que considera inconstitucionales.

En este sentido, entienden que el hecho de que la excepción de inconstitucionalidad a estudio hubiese sido promovida en el curso de un presumario no incide en su procedencia.

La redacción dada al artículo 113 del C.P.P. por la Ley No. 17.773 zanjó definitivamente la discusión acerca de la naturaleza procesal de la etapa de presumario al pronunciarse en sentido afirmativo. Se trata de una cuestión sobre la que ya existía consenso doctrinario, como se señala en estudio específico sobre el punto (cf. Santiago Garderes y Gabriel Valentín, *El nuevo régimen del presumario*, FCU, 2a. Ed., 2009, pág. 43).

Por ello, coinciden con los autores citados cuando señalan: *“Afirmada la naturaleza procesal del presumario, debe concluirse en la admisibilidad de la excepción de inconstitucionalidad planteada durante esta etapa del proceso, puesto que el art. 511 del Código General del Proceso dispone que la excepción de inconstitucionalidad podrá plantearse ‘desde que se promueve el proceso hasta la conclusión de la causa...’”, “(...) resulta indudable que a partir de que la persona es indicada de cualquier manera como posible partícipe de un hecho con apariencia delictiva se activan todas las garantías emanadas de los principios (...)”* del debido proceso legal y demás del proceso penal (obra citada, págs. 72 y 44).

En segundo término, y en lo que a la existencia de legitimación activa en el caso a estudio refiere, entienden que ella es clara conforme a lo que surge de autos.

En el caso quien acciona por inconstitucionalidad es un sujeto que fue convocado en calidad de indagado a un proceso penal (fs. 174 y 176), proceso penal que, atento a las características de los hechos denunciados (detención ilegal y apremios físicos llevados a cabo por funcionarios militares en 1977 durante el régimen militar, fs. 1/4), presupone la aplicación de las normas impugnadas. El mismo criterio fue expuesto por el Sr. Ministro Dr. Fernando Cardinal integrando la Corte en Sentencia No. 794/2014, y por el extinto ex Ministro de la Corporación Dr. Julio César Chalar en el mismo fallo, así como también por la mayoría de la Corporación en Sentencia No. 380/2013.

En este sentido, entienden que si se es objeto de investigación e indagación en virtud de la presunta comisión de hechos referidos a una figura delictiva concreta, y que por sus características específicas presupone la aplicación de una norma penal determinada, no ven impedimento alguno para que, “ab initio”, pueda reconocérsele legitimación actual y personal al indagado para solicitar la declaración de inconstitucionalidad de ésta.

A mayor abundamiento, la calidad de “indagado” lleva ínsito su derecho a la defensa desde el primer momento en que es citado a declarar, de modo que no aprecian impedimento para tener por justificada su legitimación actual, personal y directa para oponer la excepción de inconstitucionalidad, máxime cuando el excepcionante solicitó la clausura y el archivo de las actuaciones (fs. 180/181), lo que le fue negado por Sentencia No. 1115/2014 (fs. 182) en aplicación de las normas resistidas.

Entonces, sólo en aplicación de las normas impugnadas es concebible que un juzgado penal tramite en el año 2012 una denuncia por hechos acaecidos en 1977, 35 años antes.

III.2) Para el Sr. Ministro Dr. Ricardo Pérez Manrique y el Redactor, el excepcionante carece de legitimación activa para impugnar de inconstitucionalidad, en virtud de que la norma cuestionada le fue definitivamente aplicada en autos.

Conforme sostuvo la Corporación en casos análogos al presente en Sentencias Nos. 227/2013 y 380/2014:

*“...los Sres. Ministros Dres. Ruibal, Larrieux, Chediak y Pérez Manrique consideran que se le aplicó definitivamente la norma impugnada al encausado, habida cuenta de que la referida sentencia interlocutoria del Tribunal de Apelaciones, además de confirmar el auto de procesamiento, rechazó la alegada prescripción del delito, en aplicación de lo dispuesto en el art. 2 de la Ley No.18.831...”*”.

*“...Al haberle sido definitivamente aplicada al enjuiciado la norma cuya declaración de inconstitucionalidad se solicitó, un pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia sobre el fondo del asunto supondría la emisión de un juicio abstracto, genérico y no relevante para la resolución de un caso concreto, actividad que no está habilitada por el ordenamiento jurídico (art. 508 del C.G.P.).*”

*Expresado en otros términos, partiendo de la premisa de que la solicitud de declaración de inconstitucionalidad tiene por finalidad evitar la aplicación de la Ley impugnada a un caso concreto, no es jurídicamente posible alcanzar dicho objetivo cuando la norma ha sido definitivamente aplicada (por citar solamente algunas, sentencias Nos. 119/2004, 31/2005, 78/2006, 263/2007, 3.301/2008, 27/2009 y 153/2010 de la Corporación)”*.

Trasladando tales expresiones al “subexamine”, se desprende que la Ley No. 18.831 ya ha sido aplicada definitivamente al indagado, conforme se extrae de la motivación de la Interlocutoria No. 355/2014 dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1er. Turno (fs. 211-213), quien basó su decisión en lo dispuesto por el art. 2 de la Ley No. 18.831.

En su mérito, cuando el indagado compareció, posteriormente a la interposición de su recurso de casación, y dedujo la excepción de inconstitucionalidad de la norma en cuestión, ésta ya le había sido aplicada definitivamente en ambas instancias. La aplicación definitiva de la norma cuestionada no habría operado si, conjuntamente con el recurso de casación, el indagado deducía oportunamente la cuestión de inconstitucionalidad.

IV) Para el Sr. Ministro Dr. Felipe Hounie, razones de fondo militan para desestimar la inconstitucionalidad planteada por vía de excepción.

En tal sentido, estima del caso reseñar los argumentos por los cuales el promotor de estas actuaciones considera que la Ley No. 18.831 es inconstitucional.

En primer término, porque es una Ley penal retroactiva, lo que supone una infracción del artículo 10 inciso segundo de la Constitución, que consagra el principio de irretroactividad de la Ley penal. A su vez, tal irretroactividad supone también una vulneración del artículo 72 de la Carta, por cuanto sanciona como ilícita una conducta que al momento de su comisión era lícita.

En segundo término, porque violenta el derecho a la seguridad jurídica consagrado en el artículo 7 de la Constitución al lesionar un derecho adquirido de rango constitucional (derecho adquirido consistente en que las conductas que eran lícitas al tiempo de su comisión no pueden transformarse luego en ilícitas y punibles).

En tercer término, porque colide con el artículo 82 de la Constitución, habida cuenta de que, como la Ley No. 15.848 fue sometida a referéndum, la competencia para mantenerla o no en vigencia se trasladó al Cuerpo Electoral, quien tiene competencia constitucional exclusiva para confirmarla o revocarla. Por ello, el artículo 1o. de la Ley No. 18.831, al eliminar retroactivamente del orden jurídico una Ley confirmada por el Cuerpo Electoral por la vía de un referéndum (y luego, por segunda vez, al rechazarse su anulación por enmienda constitucional), viola el artículo 82 de la Carta.

En definitiva, las inconstitucionalidades consignadas en primer y segundo término refieren a una infracción de los principios de libertad (y consecuente prohibición de Leyes penales gravosas retroactivas) y seguridad jurídica. Y la consignada en tercer término, postula la existencia de una atribución constitucional de competencia al Cuerpo Electoral excluyente de la del Poder Legislativo.

IV.1) En cuanto a la in-constitucionalidad por infracción de los principios de libertad (y consecuente prohibición de Leyes penales gravosas retroactivas) y seguridad jurídica.

A) A juicio del Sr. Ministro Dr. Felipe Hounie no se verifica la inconstitucionalidad denunciada por infracción de los artículos 7, 10 inciso segundo y 72 de la Constitución. Y ello porque las infracciones normativas en las que tal impugnación se basa no derivan de la Ley No. 18.831. En efecto, la Ley No. 18.831 no hizo más que reiterar soluciones que ya estaban recogidas en nuestro ordenamiento jurídico aplicables a los delitos de lesa humanidad.

Es así que, sin desconocer la naturaleza provisoria propia de la etapa procesal en la que se encuentra esta causa, puede afirmarse que los hechos en que se produjo la detención y malos tratos denunciados constituyen, en principio, un supuesto de delito de lesa humanidad. El denunciante fue detenido en su trabajo en la UTE por efectivos militares sobre las 15:00 horas del 22 de junio de 1972. Su detención se realizó sin intervención judicial y sin haber realizado la comunicación de rigor a la Asamblea General en el marco de lo dispuesto en el artículo 168 numeral 17 de la Carta. Luego de su detención ilegítima, fue trasladado a la entonces sede del cuartel “del 5o. de caballería” de Tacuarembó; luego pasó a Rivera y, finalmente, al penal de Libertad, habiendo sido liberado el 19 de junio de 1974. Los efectivos militares le imputaron haber participado en actividades vinculadas al Movimiento de Liberación Nacional (fs. 7 vto.). Sufrió diversos actos de tortura que detalló en su denuncia y posterior declaración inicial en sede judicial (fs. 3, 7-9 vto.).

En cuanto al concepto de crímenes de lesa humanidad, el Dr. Hounie señala, como lo hiciera el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de Primer Turno, que: *“Son delitos (...) generalmente practicados por las mismas agencias de poder punitivo operando fuera del control del derecho penal, es decir, huyendo al control y a la contención jurídica (...).*

*Conceptualmente, los delitos de lesa humanidad o crímenes contra la humanidad (artículo 2 del CP, según redacción dada por el artículo 1o. de la Ley 18.026) son conductas violentas generalizadas y sistemáticas de una organización estatal o paraestatal, en perjuicio de una población civil o sector de la misma, que vulneran derechos anteriores al Estado, que no puede éste suprimir ni evitar su tutela trasnacional (...).*

*Se caracterizan por agraviar no sólo a las víctimas y sus comunidades, sino a todos los seres humanos, porque lesionan el núcleo de humanidad. Son ‘crímenes internacionales*

*cometidos por grupos políticamente organizados que actúan bajo un color político, consistentes en los más graves y abominables actos de violencia y persecución, y cometidos sobre víctimas en razón de su pertenencia a una población o grupo más que por sus características individuales’; ‘su criminalidad anula la soberanía estatal’ (...)*”, (Sentencia No. 426/2014).

En definitiva, a su juicio, parece claro que, en principio, los hechos investigados encartan en un supuesto de delito o crimen de lesa humanidad, por cuanto el accionar denunciado consiste en la detención, privación de libertad, interrogatorio y tortura de una persona por sus ideas y militancia política, cometida por efectivos militares.

B) En relación con la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, tal como lo sostuvo en Sentencia No. 1061/2015 de la Corte (caso Berreta), comparte el fundado análisis que el Dr. Fernando Cardinal realizó en la Sentencia No. 794/2014 en ocasión de integrar la Suprema Corte de Justicia en el caso Larramendi, oportunidad en la cual, al analizar la constitucionalidad de los artículos 2 y 3 de la Ley No. 18.831, sostuvo que tales normas no modificaron el “statu quo” que las precedían, por cuanto ya se encontraban incorporadas en el sistema nacional de derechos humanos e ingresaban a nuestro ordenamiento por imperio de los artículos 72 y 332 de la Constitución.

Así, el artículo 72 de la Carta, al referir a la enumeración de los “*derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución*”, que no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o que se derivan de la forma republicana de gobierno, está dirigido no sólo al reconocimiento de los derechos subjetivos de los seres humanos en forma individual, sino también al Estado, quien debe velar por ellos utilizando cualquier mecanismo que tienda a tal finalidad.

La conclusión anterior se ve robustecida por el artículo 332 de la Constitución, según el cual, aun cuando no exista una reglamentación interna -en la cual debe contarse la Ley formal dictada por el Poder Legislativo-, la protección del sistema de los derechos humanos inherentes a la personalidad humana está asegurada por dicha disposición, dado que aquella omisión será “suplida” recurriendo a los fundamentos de Leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas.



Y señala Cardinal, (...) *la calificación de determinados delitos como de lesa humanidad -o crímenes de lesa humanidad- forman parte del universo de situaciones regladas por el artículo 72 mencionado, por cuanto no cabe duda alguna que funcionan como forma de protección de los derechos humanos, impuesto por la forma republicana de gobierno que impone a la autoridad pública -el Estado- que garantice a la sociedad toda su control y punición.*

Por lo tanto, la identificación y el reconocimiento de dichos delitos por parte de nuestro ordenamiento jurídico es anterior a la Ley No. 17.347 del 5 de junio de 2001 (que ratificó la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad de la ONU de 1968) y a la Ley No. 18.026 del 13 de setiembre de 2006 (sobre Cooperación con la Corte Penal Internacional en materia de lucha contra el genocidio, los crímenes de guerra y de lesa humanidad), en el bien entendido de que se encuentran en las normas de “jus cogens”, que ingresan al sistema constitucional mediante la aplicación del artículo 72 de la Constitución.

Así, pues, el concepto de crímenes de lesa humanidad como integrantes del núcleo de “jus cogens” se encuentra en el Estatuto del Tribunal de Núremberg de 1945 (artículo 6 literal c), que los define como casos de *asesinato, exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos (...)* y de *persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes*, calificación que fue reafirmada en el artículo 1 literal b de la Convención de la ONU de 1968.

La firma o ratificación de los convenios en los que se definen los delitos de lesa humanidad resulta irrelevante, desde que es su fundamento el que los hace ingresar en el sistema constitucional uruguayo. Y ello, dice Fernando Cardinal, por dos motivos: *“el primero, que por ser una garantía (constituida por el deber del Estado de perseguirlo) inherente a la protección de la personalidad humana, está incorporado sin necesidad de reglamentación alguna, conforme con el artículo 332 de la Constitución; el segundo, en tanto los mencionados instrumentos lo que hacen no es establecer la categoría, sino reconocerla, por cuanto si son inherentes a la personalidad humana, no es el precepto expresado en el Estatuto, Tratado o Convenio el que la hace vigente, sino que solo la actualiza mediante una verbalización determinada, ya que en sí preexisten a tal actualización”*.

En consecuencia, a juicio del Dr. Hounie, la existencia de la categoría de delitos de lesa humanidad está incorporada a nuestro ordenamiento, al menos desde 1968, en virtud de lo dispuesto por los artículos 72 y 332 de la Constitución.

Y aquí, lo relevante del concepto de lesa humanidad es el bien jurídico tutelado, que no es otro, como dice Fernando Cardinal, que el sistema de derechos humanos en el encuadre que viene de realizarse.

*Es así que “si existe una tipificación al momento de la comisión de un delito, por ejemplo, el homicidio, las lesiones, la privación de libertad, etc., que está catalogado como tal en el Código Penal, nada obsta a que, atendidas las circunstancias en que se efectuó y la finalidad con que se perpetró, pueda ser calificado como de lesa humanidad si encastra en la definición que de tal carácter dan las Convenciones que vienen de analizarse”.*

Entonces, no se viola el principio “nullum crimen, nulla poena sine lege”, porque *“el crimen existe y está tipificado por la descripción de la conducta, ya sea el homicidio, las lesiones, la privación de libertad, etc., con más el carácter dado por la finalidad que emerge de las normas del jus cogens (...). Y porque la conducta descripta la tiene [se refiere a la pena] aun cuando sea coincidente con otro delito, aun en su nomen juris que, desarrollando la misma conducta, no tuviere la finalidad requerida en el de lesa humanidad”.*

Por ende, concluye con Fernando Cardinal que, en nuestro orden jurídico, los delitos de lesa humanidad estaban incorporados con anterioridad a que se dictaran las Leyes Nos. 17.347 y 18.026.

En tal sentido, Martín Risso Ferrand enseña que *“(...) no puede pretenderse en materia de derechos humanos que el Derecho Internacional no tenga una importancia decisiva a la hora de interpretar la Constitución y menos que pueda prescindirse del orden internacional. Prescindir del Derecho Internacional de los Derechos Humanos hoy es tan injustificable como erróneo, y es evidente que su uso cambia todo el entorno interpretativo tradicional (...)”.*

La temática de los Derechos Humanos requiere una respuesta que no puede limitarse a la invocación de los artículos 4 y 82 inciso 2 de la Constitución (que refiere a la soberanía nacional y a quién y cómo se ejerce). *“Por el contrario dice Martín Risso, muchas son las normas constitucionales que permiten (y conducen) a admitir una noción de soberanía más limitada y compatible con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. A mero título de ejemplo:*

*(I) Del artículo 7 y siguientes surge una clara vocación jusnaturalista de la Carta y, sin ingresar a discutir el jusnaturalismo en el ámbito doctrinal ni sus variantes modernas, es un dato que para la Constitución uruguaya los derechos humanos no son ‘creados’ por ella misma sino que son anteriores a la norma constitucional (ésta sólo se limita a reconocerlos), solución que coincide con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y con la mayoría de las Constituciones americanas. ¿Cómo el artículo 331 podría autorizar la modificación de algo que para la Constitución está por encima de ella? ¿De algo que es anterior al propio ordenamiento jurídico? Los artículos 4, 82 y 331 no pueden ser interpretados como autorizando lo anterior.*

*(II) Del artículo 72 surge con mucha más fuerza lo anterior y se abre la puerta para el ingreso de todos los derechos humanos de fuente internacional. ¿Puede el artículo 331 autorizar la modificación de algo que es inherente a la persona humana? La interpretación contextual de los artículos 4, 82 y 331, con base en los artículos 7 y 72, conduce a dar una respuesta negativa a dicha pregunta.*

*(III) No puede pensarse, hoy, en el siglo XXI, que, invocando una radical, extrema y anticuada noción de soberanía, nuestro país (cuya Constitución reconoce el Derecho Internacional Público) pueda apartarse de todos los compromisos internacionales asumidos y, en oposición a normas internacionales claras y en franca violación de lo que es el pensamiento de la comunidad internacional sobre lo que los derechos humanos son, pueda desconocer los derechos humanos o alguno de ellos.*

*En definitiva, una co-rrecta interpretación de la Constitución nos demuestra que ella no impide en forma alguna la admisión de las nuevas concepciones y la adecuada forma de compatibilizar el derecho interno con las normas internacionales de los derechos humanos. Es más, se impone claramente el enfoque moderno de estos temas en forma*

*ineludible para el intérprete*” (“Algunas garantías básicas de los derechos humanos”, Segunda edición actualizada y ampliada, Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Grupo Editorial Ibañez, 2011, Colección Internacional No. 27, págs. 48-49).

La imprescriptibilidad de estos delitos también forma parte del sistema de tutela de los derechos fundamentales consagrados en el artículo 72 de la Constitución, ya que busca protegerlos de forma tal que sea imposible que quienes los perpetraron puedan sustraerse al castigo.

Además, la imprescriptibilidad se encuentra igualmente incluida en “el universo de normas de jus cogens” también desde 1968, por lo que la ausencia de reglamentación interna no impide su aplicación (artículos 72 y 332 de la Constitución y artículo 1 de la Convención de la ONU de 1968).

Y al respecto, dice Fernando Cardinal: *“Véase que la citada Convención de 1968, en su art 1, inicia la expresión de la norma diciendo: ‘Los siguientes crímenes son imprescriptibles...’, lo que denota, desde su propio tenor, el carácter declarativo del precepto. No se trata de establecer una imprescriptibilidad, sino que se declara que ella existe, y por ende es anterior a su propia redacción. Ello demuestra el carácter de norma protectora inherente al sistema de derechos humanos, impidiendo que quienes lo violan en su más grave forma cometiendo los delitos allí expresados, se sustraigan a la sanción; e impone al Estado que garantice la persecución de dichos crímenes, sin que se pueda escudar en un instituto tal como la prescripción, anteponiendo a la seguridad jurídica la protección del sistema de derechos humanos”*.

Tal conclusión no colide con ningún otro principio constitucional por razones análogas a las expuestas al tratar la existencia de crímenes de lesa humanidad con independencia de la legislación interna. Así, el hecho de que el instituto de la prescripción pertenezca al derecho sustancial no es óbice para su aplicación anterior a la Ley que ratificara la Convención de la ONU de 1968.

Entonces, en el Código Penal, al menos desde la declaración contenida en el artículo 1 de la dicha Convención, pueden distinguirse dos categorías: la de los delitos

imprescriptibles, entre los cuales se encuentran los del artículo 1 citado y, eventualmente, los de cualquier otra norma de “jus cogens” que se vea incorporada a través del artículo 72 de la Constitución; y la de los que admiten prescripción, que constituirían una regla para cualquier delito no exceptuado por norma especial.

Es por eso que las Leyes Nos. 17.347 y 18.026 no tienen incidencia respecto a la situación anterior, por cuanto lo que ellas hicieron fue reconocer, mediante Ley formal interna, que los delitos de lesa humanidad son imprescriptibles, de acuerdo con las definiciones que en ellas se consagran.

C) En cuanto a la violación del principio de certeza o seguridad jurídica que invoca el excepcionante, originada por la vía de modificar las normas que determinaron la prescripción de un delito con efecto retroactivo, cabe convocar la opinión que al respecto emitió el Tribunal Constitucional Federal Alemán al analizar una Ley que extendía el plazo de la prescripción de ciertos hechos punibles, que se dictó con la finalidad de evitar que los delitos de homicidio de la época del régimen nacionalsocialista y de posguerra prescribieran el 31 de diciembre de 1961.

*Toda norma penal contempla un juicio ético-social, dotado de autoridad estatal, sobre la actuación penalizada por ella. El contenido concreto de ese juicio se da en forma de un tipo penal y de la sanción con que se amenaza. Ambas, conjuntamente, constituyen la punibilidad en el sentido del artículo 103, párrafo 2 de la Ley Fundamental (...).*

*La punibilidad de un hecho es presupuesto para su persecución. Una actuación sólo puede ser considerada punible si su punibilidad se determina legislativamente con anterioridad a la comisión del hecho. La punibilidad comprende la persecución, pero la persecución, por el contrario, no comprende la punibilidad. Un hecho punible ya cometido no pierde su carácter de ilegalidad por el hecho de que no hubiere sido perseguido o no pueda ser perseguido por motivos legales o materiales (...), (“Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán”, Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe, edición Konrad Adenauer Stiftung, 2009, c. 139, pág. 535).*

Por consiguiente, si las disposiciones sobre prescripción reglamentan durante cuánto tiempo debe ser perseguido un hecho punible, en la medida en que ellas sólo se refieren a la persecución, no afectan para nada la punibilidad del hecho, por lo que la prórroga o la terminación de los plazos de prescripción no vulneran ningún principio constitucional.

Y sigue diciendo el Tribunal Constitucional Federal Alemán:

*El postulado de la seguridad jurídica, inmanente al principio del Estado de Derecho, exige que el ciudadano pueda prever las posibles intervenciones del Estado en su contra y que pueda comportarse en forma correspondiente. En principio, se puede contar con que el legislador no vincule consecuencias negativas a los hechos ya concluidos, que no eran previsibles al momento de la comisión de esos hechos (...). La seguridad jurídica significa para el ciudadano, ante todo, protección de la confianza.*

*Al Estado de Derecho, sin embargo, pertenece no sólo la seguridad jurídica, sino también la justicia material. Ambas caras del Estado de Derecho no pueden ser tenidas [en cuenta] en igual forma por el legislador (...). Si la seguridad jurídica se encuentra en oposición a la justicia, entonces será función del legislador decidirse a favor de una u otra. Si esto ocurre sin arbitrariedad, entonces la decisión legislativa no podrá ser objetada invocando motivos constitucionales.*

*La protección constitucio-nal de la confianza no se aplica sin excepción. El ciudadano no puede invocar la protección de la confianza como expresión del principio del Estado de Derecho, cuando su confianza en la continuidad de una reglamentación legal no es susceptible de una consideración por parte del legislador (...), o [cuando] la confianza en una determinada situación jurídica tampoco se justifica materialmente (...), (obra citada, pág. 536).*

Aplicando estos conceptos al caso de autos, a juicio del Dr. Hounie, no cabe más que concluir que la Ley No. 18.831 no lesiona el principio de la seguridad jurídica, habida cuenta de que contiene normas que no intervienen con posterioridad modificando los hechos que pertenecen al pasado, sino que, como vimos, se limitan a reconocer que los delitos de lesa humanidad son imprescriptibles.

Por otra parte, es lícito, aunque llamativo, que se plantee que existiría un derecho adquirido a que no se consideren ilícitas conductas que eran lícitas al momento de su comisión, dada la naturaleza de las conductas denunciadas. En efecto, se denunciaron conductas tales como detener y privar de libertad por meses a una persona sin orden de un juez competente (o sin la dada cuenta a la Asamblea General, si fuera el caso de lo dispuesto en el artículo 168 numeral 17 de la Carta) y torturar a un ser humano. Tales conductas nunca fueron lícitas ni lo son hoy.

IV.2) En cuanto a la in-constitucionalidad por infracción de lo dispuesto en el artículo 82 de la Constitución.

El excepcionante solicitó la declaración de inconstitucionalidad de todos los artículos de la Ley No.18.831 por colidir con lo dispuesto en el artículo 82 de la Constitución, el cual establece:

*La Nación adopta para su gobierno la forma democrática republicana.*

*Su soberanía será ejercida directamente por el Cuerpo Electoral en los casos de elección, iniciativa y referéndum, e indirectamente por los Poderes representativos que establece esta Constitución; todo conforme a las reglas expresadas en la misma.*

En puridad, de los términos de la demanda, surge que la disposición constitucional que se reputa violada es el inciso segundo del artículo 82.

En efecto, al fundar su pretensión, el excepcionante sostuvo: “(...) 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 revoca. En uno u otro caso, su resolución no es modificable por el Poder Legislativo, porque éste solo puede ejercer indirectamente la soberanía de la Nación ‘conforme a las reglas establecidas’

*en la Constitución. Y esas reglas, respecto de Leyes sometidas a referéndum, le asignan competencia exclusiva al Cuerpo Electoral. Lo que excluye la competencia de dicho Poder respecto de las mismas (...). No cabe exigir un texto constitucional expreso que excluya de la competencia derogatoria de las Cámaras las Leyes confirmadas en un referéndum, porque tal exclusión surge del artículo 82 de la Constitución, del cual resulta claramente que cuando el Cuerpo Electoral, en ejercicio directo de la soberanía, dicta actos jurídicos o ejerce sus competencias, sus decisiones no pueden ser modificadas por los Poderes de Gobierno, que ejercen indirectamente dicha soberanía” (fs. 275 vto. y 281).*

En opinión del Dr. Hounie, no le asiste razón.

El excepcionante afirmó, en lo medular, que el artículo 82 inciso segundo de la Constitución contiene una norma atributiva de competencia exclusiva al Cuerpo Electoral para legislar sobre toda materia que haya sido objeto de un recurso de referéndum exitoso. Y sobre esa afirmación, pretendió la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley No. 18.831.

Lo dispuesto en el artículo 82 inciso segundo de la Carta no tiene el contenido que el excepcionante le atribuye ni que tal contenido puede desprenderse del contexto de la Constitución.

El artículo 82 inciso segundo se limita a enumerar las formas de ejercicio de la soberanía, distinguiendo, según su ejercicio, que se realice en forma “directa” o “indirecta”. Ahora bien, la disposición no establece que haya una preeminencia de las modalidades de ejercicio “directo” sobre las de ejercicio “indirecto”. Ambas formas de ejercicio son aludidas sin existir un mandato constitucional que prefiera una sobre otra. La referencia que sí realiza la Constitución alude a que las modalidades de ejercicio se regirán “conforme a las reglas expresadas en la misma”, esto es, en la propia Carta. Es más, tal aserto se enfatiza mediante el uso del adjetivo “todo”: “todo conforme a las reglas expresadas en la misma”.

Y las reglas expresadas en la Constitución no contienen ninguna previsión que vede al Poder Legislativo reingresar en la regulación de una materia sometida a referéndum.



Ello se desprende de la lectura atenta de la Carta y fue claramente advertido por el excepcionante, quien por ello intentó, expresamente, refutar ese hecho en los términos antes transcritos.

Las “reglas expresadas en la misma” están contenidas en el artículo 79 inciso segundo, en el cual se establecen los requisitos constitucionales del recurso de referéndum y se comete al legislador su regulación por vía legal. Esta norma no atribuye al Cuerpo Electoral la competencia que el excepcionante pretende. Y tampoco tal atribución de competencia surge de las otras tres disposiciones constitucionales que refieren al referéndum: el artículo 82 inciso segundo, el artículo 304 inciso primero y el artículo 322 literal C.

Por el contrario, lo que sí surge expresamente de la Carta es que a la Asamblea General compete: “Formar y mandar publicar los Códigos (...). Expedir Leyes relativas a la independencia, seguridad, tranquilidad y decoro de la República; protección de todos los derechos individuales (...)”, (artículo 85 numerales 1o. y 3o.).

A su vez, toda vez que el constituyente quiso atribuir iniciativa privativa en cierta materia legislativa, lo hizo expresamente: así, en el artículo 86, en materia de creación de empleos, de dotaciones o retiros, etcétera; en el artículo 133, en materia de exoneraciones tributarias o de fijación de salarios y precios mínimos; en los artículos 214 y 223, en materia presupuestal nacional y departamental, respectivamente. Ello resta eficacia a la argumentación del excepcionante, quien postuló la existencia de una iniciativa privativa del Cuerpo Electoral respecto a la materia de una Ley derogada por referéndum sin ninguna norma que así lo establezca.

En definitiva, señala el Dr. Hounie, que lo dispuesto en el artículo 82 inciso segundo de la Constitución no supone atribución de competencia alguna; a su vez, lo dispuesto en la Ley No. 18.831 es materia constitucionalmente atribuida al Poder Legislativo.

Por último, cabe referir a la argumentación que, en respaldo de su posición, realizó el excepcionante en base a ejemplos que reivindican la idea de la analogía total y llana entre el recurso de referéndum y los medios impugnativos que gozan de regulación expresa, como los recursos administrativos o los recursos procesales en materia judicial.

Así, el impugnante sostuvo que: (...) *es de principio que el órgano administrativo sometido a jerarquía o el juzgado de primera instancia que dictó la sentencia apelada no puede reasumir competencia sobre el asunto ya resuelto –en uno u otro sentido– en la vía de alzada y modificar o revocar, a su vez, lo dispuesto a ese nivel respecto a la impugnación. ‘Mutatis mutandi’, es evidente que cuando el Cuerpo Electoral, en vía de alzada, se pronuncia en un referéndum sobre una Ley impugnada con arreglo al artículo 79 de la Carta, el Parlamento es incompetente para enervar los efectos de lo resuelto por el Cuerpo Electoral (fs. 280).*

A juicio del Dr. Hounie, la argumentación en base a estos ejemplos no logra demostrar lo que se pretende.

En primer término, porque se incurre en el vicio de razonamiento conocido como petición de principio: se pone como premisa antecedente lo que debe demostrarse: que la derogación por referéndum de una Ley otorga al Cuerpo Electoral competencia exclusiva para legislar sobre esa materia.

En segundo término, porque los ejemplos propuestos refieren a supuestos en los cuales existen normas expresas que inhiben al órgano “inferior” de modificar lo resuelto por el órgano “superior”. Por el contrario, en el caso del instituto del referéndum no existen normas con tal contenido. Este argumento se refuerza por existir normas que abonan la tesis contraria (las antes citadas y transcritas que atribuyen sin cortapisas competencia al Poder Legislativo: artículos 85 numerales 1o. y 3o.).

En tercer término, porque un recurso de referéndum desestimado (como aconteció en el caso de la Ley No. 15.848) únicamente implica que, en un cierto momento histórico, la mayoría del Cuerpo Electoral entendió que esa concreta Ley no debía ser derogada y nada más. No hay ninguna regla o principio constitucional que agregue como efecto la inmutabilidad de esa Ley o la imposibilidad de su derogación directa o indirecta en un futuro; tampoco hay, como se vio, regla o principio constitucional que establezca la pretendida “asignación de competencia exclusiva” al Cuerpo Electoral.

En todo caso, en aquellos supuestos en los que el Poder Legislativo sancione una Ley que desvirtúe lo resuelto en un referéndum, la ingeniería constitucional patria ha previsto mecanismos de contralor y sanción para quienes consideren desacertado tal proceder: el primero de ellos es, sin duda, el de las elecciones (mecanismo de ejercicio directo de la soberanía también contemplado en el artículo 82). No puede desconocerse que si se llega a sancionar una Ley que vaya contra lo resuelto en un referéndum, es porque existió una mayoría legislativa representativa de la mayoría del electorado que entendió procedente tal modificación, lo cual se inserta, cabalmente, en el modelo constitucional democrático republicano vigente. Ello corrobora, a juicio del Dr. Hounie, tanto la legitimidad constitucional del sistema como su razonabilidad, al permitir adaptar la legislación a las necesidades y demandas sociales de cada momento histórico.

En definitiva, de acuerdo con los fundamentos expuestos, considera que la desestimación de la excepción de inconstitucionalidad deducida se impone, dado que no advierte la constatación de ninguna de las inconstitucionalidades denunciadas.

V) La conducta procesal desplegada por las partes ha sido correcta, no dando mérito a especial condenación en costos, siendo las costas de precepto (art. 523 C.G.P.).

VI) Por tales fundamentos, la Suprema Corte de Justicia, por mayoría,

**FALLA:**

DESESTIMASE LA EXCEPCION DE DECLARACION DE INCONSTITUCIONALIDAD DEDUCIDA, CON COSTAS DE PRECEPTO Y COSTOS POR EL ORDEN CAUSADO.

**OPORTUNAMENTE, DEVUELVA.**

**DR. JORGE CHEDIAK DISCORDIA:** I) A mi juicio, corresponde declarar inconstitucionales e inaplicables al excepcionante los arts. 2 y 3 de la Ley No. 18.831, sin especial condenación procesal.

II) Con carácter liminar, pongo de relieve que el excepcionante ostenta un claro interés directo en la desaplicación de las normas legales impugnadas, ya que el Tribunal de Apelaciones desestimó la defensa de prescripción opuesta por el indagado en virtud, justamente, de lo establecido en los arts. 2 y 3 de la Ley No. 18.831 (en especial, fs. 212 vto.-213).

Como sostuvo la Suprema Corte de Justicia en su Sentencia No. 20/2013, la aplicación de las normas controvertidas al caso concreto no es eventual ni hipotética, sino que es absolutamente cierta.

III) Con respecto al fondo del asunto, me remito a la fundamentación expuesta en la citada Sentencia No. 20/2013 de la Corporación.

**DRA. ELENA MARTINEZ DISCORDE PARCIALMENTE, en cuanto entiende** que corresponde hacer lugar parcialmente a la excepción opuesta y, en su mérito, declarar inconstitucionales y, por tanto, inaplicables al excepcionante, los arts. 2 y 3 de la Ley No. 18.831; y desestimar la pretensión declarativa movilizada respecto del art. 1 de dicha Ley, sin especial condena procesal.

D) A fs. 1/5 compareció Nilson Hernández Curbelo y formuló denuncia por hechos con apariencia delictiva que reputa de “lesa humanidad” y que se habrían perpetrado antes y dentro del período de los años 1973 a 1985.

Luego de iniciado el trámite, se individualizó entre los indiciados al indagado, quien fuera citado a declarar ante el Juzgado Letrado de Primera Instancia de Tacuarembó de 1o. Turno (fs. 183).

A fs. 180 compareció el indagado solicitando la clausura y archivo de las actuaciones e invocando la prescripción de los presuntos delitos que se investigan (arts. 117 del C.P.), por haber ocurrido los hechos denunciados en la década del 70.

Por Auto No. 1115/2014 (fs. 182) se resolvió: “*Respecto de la prescripción alegada y a la clausura y archivo de las actuaciones, atento a lo edictado por el artículo 2o. de la Ley 18.831, no ha lugar, manteniéndose las declaraciones fijadas para el día de hoy*”.

A fs. 190 la defensa interpuso recursos de reposición y apelación.

Una vez evacuado el traslado, por Auto No. 1115/2014 se desestimó el recurso de reposición y se dispuso elevar la apelación (fs. 182).

Por Sentencia No. 355/2014 del Tribunal de Apelaciones en lo Penal 2o. Turno, se confirmó la recurrida.

La defensa del indagado interpuso recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia (fs. 217), al que se le dio ingreso por Decreto No. 416/2015 (fs. 231).

A fs. 271, estando el expediente a estudio de los Ministros de esta Corporación, se presentó nuevamente el defensor del indagado, esta vez, interponiendo excepción de inconstitucionalidad de los arts. 1, 2 y 3 de la Ley No. 18.831.

En primer lugar, en cuanto a la legitimación, nos remitimos a lo expuesto en el cuerpo de la presente sentencia en consideraciones que se comparten íntegramente.

El segundo punto objeto de debate refiere al mérito de la impugnación movilizada, el cual está centrado en definir si los arts. 1, 2 y 3 de la Ley No. 18.831 vulneran los arts. 7, 10, 72 y 82 de la Constitución.

Se entiende que la regularidad constitucional de los arts. 2 y 3 de la Ley No. 18.831, se encuentra afectada; no así el art. 1o., tal como se verá seguidamente.

Las normas impugnadas, establecen:

**Artículo 1o.:** *“Se restablece el pleno ejercicio de la pretensión punitiva del Estado para los delitos cometidos en aplicación del terrorismo de Estado hasta el 1o. de marzo de 1985, comprendidos en el artículo 1o. de la Ley 15.548, de 22 de diciembre de 1986”.*

**Artículo 2o.:** *“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 1o. de esta Ley”.*

**Artículo 3o.:** *“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”.*

En este sentido, en **Sentencia No. 20/2013**, la Corporación -en línea argumental que se comparte plenamente y que se hace propia- sostuvo:

“(…)

*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 el 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 subexamine habrían ocurrido ‘...durante el período de 1972 a 1o. 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 JIMENEZ de ASUA 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)'.*

(...)

*VI) A juicio de los Sres. Ministros Dres. Ruibal Pino, Larrieux, Chediak y Chalar, los arts. 2 y 3 de la Ley No. 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 1o. 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 inhibuit, nec ante legem ulla rei damnatio est, sed ex lege'.*

*El citado profesor italia-no 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 ínsito 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. 1o. 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”.*

II) Habida cuenta de la argumentación desplegada por el Dr. Fernando Cardinal al integrar este Cuerpo, en Sentencia No. 794/2014, corresponde realizar las siguientes consideraciones.

Aún cuando no hubiera obstáculos para el ingreso a nuestro ordenamiento jurídico de la categoría de los delitos de lesa humanidad y de su régimen jurídico, a través de lo que dispone el art. 72 de la Constitución, debemos plantearnos si tal ingreso puede implicar la modificación o derogación de alguna disposición constitucional expresa o de derechos también ingresada a través del art. 72 de la Constitución, o si, por el contrario, tal ingreso debe realizarse de manera que todos los derechos en juego, de igual jerarquía constitucional, tengan su propio ámbito natural de aplicación y puedan convivir en forma armónica, sin sacrificio de unos por otros.

Al respecto, **Pablo Cajarville** señala que: *“...la previsión del art. 72, que admite la incorporación a la Constitución de nuevos contenidos no expresados en su texto, no menoscaba la taxatividad de los procedimientos de reforma total o parcial, previsto en el art. 331 de la propia Carta. Por lo tanto, procurando entre ambas disposiciones la debida correspondencia y armonía, debe concluirse que los derechos, deberes y garantías que se incorporan en la Constitución a través del art. 72 no pueden contrariar ninguna disposición constitucional expresa y deben ser coherentes con todas ellas”* (Cf. “Reflexiones sobre los principios generales de derecho en la Constitución Uruguay”, en Estudios Jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real, F.C.U./1996, pág. 157, citado por Augusto Formento y José Miguel Delpiazzo, en “Primer reconocimiento jurisprudencial del bloque de constitucionalidad: concepto, importancia, efectos jurídicos y perspectivas”, publicado en Revista de Derecho, Ed. Universidad de Montevideo, Año IX (2010), No. 18, pág. 107).

En este sentido, refiriéndose a una eventual colisión de principios, **Robert Alexy** enseña que *“Para descubrir lo fuerte que pueda ser una teoría de los principios desde el punto de vista de su rendimiento, hay que fijarse en la semejanza que tienen los principios con lo que se denomina ‘valor’. En lugar de decir que el principio de la libertad de prensa colisiona con el de la seguridad exterior, podría decirse que existe una colisión entre el valor de la libertad de prensa y el de la seguridad exterior. Toda colisión entre principios puede expresarse como una colisión entre valores y viceversa”*.

*“Principios y valores son por lo tanto lo mismo...”*. *“Esto muestra con claridad que el problema de las relaciones de prioridad entre principios se corresponde con el problema de una jerarquía de los valores”* (Cf. Derecho y Razón Práctica, Ed. Coyoacán, México/2002, pág. 16).



Frente a una eventual colisión con los principios de libertad y de seguridad jurídica comprometidos en la consagración de la irretroactividad de las Leyes penales y del principio legalidad, todos ellos de raigambre constitucional, debe buscarse la interpretación que permita la vigencia y la máxima extensión de cada uno sin sacrificio de ninguno de ellos.

En la especie, el ingreso de los delitos de lesa humanidad a través del art. 72 de la Constitución solo puede tolerarse con el límite impuesto por el principio de legalidad y el de irretroactividad, ambos derivados del derecho a la libertad y el de seguridad jurídica.

En temática referida al derecho laboral, en el cual estaban en pugna distintos derechos y libertades de raigambre constitucional, el **Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5o. Turno** -en postura que comparto y apelando a la natural adaptación de los conceptos al caso de autos- sostuvo: “...*la Sala no comparte las citas que hace la recurrente de esos trabajos doctrinarios, y, fundamentalmente, las consecuencias que pretende extraer en su beneficio.*”

*Desde luego, se coincide en cuanto a que el goce de los derechos fundamentales, todos, los de primera, segunda y tercera generación, por imperio de lo dispuesto en el art. 7 de la Constitución, está asegurado por el Estado. Pero no existe ninguna norma que establezca la preeminencia que postula el apelante respecto de los de contenido social o individuales no patrimoniales respecto de los patrimoniales”.*

“(...)”

*“Frente a esta situación, la Sala mantendrá su jurisprudencia transcribiendo, por tratarse de una situación prácticamente igual a la de autos, lo que sostuviera en Sentencia No. 159/06: ‘Como acertadamente señala el Dr. Martín Risso Ferrand: ‘El problema de las ocupaciones no es si son prolongaciones del derecho de huelga o no (omissis) sino que es hasta dónde llega el derecho, o si se quiere dónde termina. Y aquí el tema, si bien es de Derecho Laboral, se presenta además como un tema de Derechos Humanos. Los derechos humanos tienen dos límites: los que surgen de Ley formal y los que surgen de la existencia de otros derechos. Hay que buscar esos límites y*

*armonizarlos y ello es posible’, sigue diciendo el autor, ‘estableciendo algunas sencillas reglas de armonización razonable...’ (Las ocupaciones de los lugares de trabajo en Tribuna del Abogado No. 147 pág. 12).*

*Manuel Diez Picazo (Sistema de Derecho Fundamentales, 2da. Edición Thomas Civitas, Navarra, 2005) señala que ‘...en casos de colisión de derechos, es necesario llevar a cabo un cuidadoso estudio de las características del caso concreto, tanto es sus aspectos fácticos como jurídicos a fin de evaluar las razones a favor de uno y otro, a fin de hallar un punto de equilibrio que resulte más ajustado al caso concreto’ (citado por Risso Ferrand en ob. cit. nota No. 5, pág 13).*

*Por el mismo camino para la dilucidación de situaciones en las que se enfrentan derechos constitucionalmente reconocidos, y, por tanto, de igual rango normativo, aboga el Dr. Alejandro Castello quien, con su habitual acierto, señala, en cita de la Dra. Natalia Colutuzzo (XVII Jornadas Uruguayas del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social -Ocupación de los lugares de Trabajo- Estudio y evolución del fenómeno, pág 317 y ss.) que ‘...el Juez, deberá armonizar, ante el caso concreto, los derechos en juego utilizando las reglas de proporcionalidad, adecuación y la indispensabilidad de la medida’.*

*‘Como ha sostenido la Suprema Corte de Justicia, en jurisprudencia consolidada (vide, entre otras Nos. 27/89, 312/95, 202/02) ningún derecho reconocido por la Constitución reviste el carácter de absoluto, un derecho ilimitado sería una concepción antisocial por ello su necesidad de hacerlo compatible con el derecho de los demás dentro de la comunidad y con los intereses superiores de esta última (Conf. Sent. No. 54/04).*

*Así como nuestra mejor jurisprudencia recoge esa concepción del estatuto constitucional como un conjunto sistemático y armonioso de los derechos estableciendo sus límites de modo de hacerlos compatibles unos con otros y con el interés general de una comunidad de vida democrática, otros derechos como el español establece la limitación del derecho de huelga cuando se conculca la libertad de otras personas o se perjudican desproporcionadamente otros bienes reconocidos también por la Constitución (en el mismo sentido en Brasil se establece como límite del derecho de huelga la restricción de derechos o garantías fundamentales de otros individuos)”.*

Finalmente, para la inter-pretación y armonización de los derechos humanos, corresponde citar y compartir la argumentación desarrollada en la obra “Introducción al derecho”, en su edición ampliada y actualizada, cuya autoría es de **Eduardo Jiménez de Aréchaga y de Martín Risso Ferrand**, en cuanto en ella se expresa: “*Ya se vio a lo largo del presente capítulo, cómo los derechos humanos frecuentemente entran en conflicto entre sí, lo que obliga al Juez o al aplicador que corresponda a complejas tareas de armonización. Pero: ¿cómo funciona o cómo se realiza esta armonización? Lentamente, para casos concretos, o a veces con pretensión general, se vienen formulando distintas reglas, técnicas o criterios para emplear en la materia. Sin pretender agotar el tema ni mucho menos creo que algunas orientaciones pueden ser útiles. A saber:*

*1) El primer paso debe implicar siempre la armonización de los distintos derechos en conflicto. Esto se basa en que todos los derechos humanos son esenciales e inherentes al hombre, por lo que cada vez que en un caso se sacrifica uno debe tenerse presente que se está haciendo algo de inusual gravedad. Todos los derechos humanos, sin excepción alguna, no hacen más que recoger los valores superiores de la comunidad (nacional e internacional) y el principal objetivo del aplicador del derecho siempre debe ser el de tutelarlos a todos sin excepción.*

*a) En primer término la armonización siempre debe implicar la salvaguarda del ‘contenido esencial’ de cada uno de los derechos en juego, evitando principalmente la desnaturalización de cada uno: esto significa que cuando es posible la armonización mediante el respeto de los contenidos esenciales de todos los derechos, el intérprete debe necesaria e inevitablemente optar por esta variante interpretativa, desterrando toda otra que implique sacrificar algún derecho.*

*b) En segundo término debe profundizarse y agotarse toda posibilidad de análisis del caso concreto de que se trate, ya que muchas veces las dificultades de armonización son más aparentes que reales y cuando se profundiza en el caso y sus distintos componentes y matices, haciendo las distinciones correspondientes, se aprecia que la armonización sí es posible.*

*c) Fundamentalmente el intérprete debe resolver esos casos actuando en defensa del sistema de derechos humanos, y no conforme a ideas políticas ni ideológicas. Evitar esto no es sencillo pero debe procurarse.*

*Se ha señalado que los casos de conflictos de derechos humanos, normalmente, no dan respuestas en términos de sí o no, sino de más o menos, y normalmente el resultado no será la primacía de uno de los valores sobre los otros sino que se tenderá a lograr un punto de equilibrio entre los referidos derechos.*

*2) La inmensa mayoría de los casos de conflicto u oposición de derechos humanos se pueden resolver conforme la regla anteriormente mencionada de la armonización.*

*Pero forzoso es reconocer que hay casos en que dicha armonización no es posible por lo que hay que recurrir a otras variantes.*

*Debe tenerse presente que solo cuando se encuentre una forma de armonización posible podrá reconocerse la primacía de un derecho sobre otro. Esto es absolutamente excepcional y en general se presenta cuando está en juego el derecho a la vida que no puede ser objeto, normalmente, de armonización.*

*3) Por último y como tercera regla para los casos excepcionales en que no es posible la armonización (primera regla) y debe procederse a reconocer la primacía de un derecho (valor) sobre otro (segunda regla), es interesante que todavía, luego de la conclusión final se vuelva a analizar el caso para ver si no hay posibilidades, en alguna medida por más que sea menor, de salvaguardar algo del derecho sacrificado en el caso concreto.*

*Y no es un tema menor, si se ha llegado a la conclusión que la única solución posible es sacrificar el contenido esencial de un derecho, al menos extrememos las posibilidades de atenuar y sacrificar dicho sacrificio” (JIMENEZ DE ARECHAGA, E. y RISSO FERRAND, M., Introducción al derecho, edición ampliada y actualizada, FCU, 2007, págs. 173/174).*

Trasladada la precedente argumentación al caso concreto, la imprescriptibilidad derivada del carácter de delitos de lesa humanidad podría ingresar a nuestro Derecho, vía art. 72 de la Constitución, por los fundamentos expuestos, sin sacrificio de los principios de legalidad y de irretroactividad derivados del principio de libertad y de seguridad jurídica consagrados en el art. 7 de la Constitución.

Nada impide la armonización de tales derechos, manteniendo el contenido esencial de cada uno de ellos, sin sacrificar a ninguno.

III) Respecto de la invocada inconstitucionalidad del artículo 1o. de la Ley No. 18.831, a criterio de quienes extienden la presente discordia, una vez constatada la inconstitucionalidad de los arts. 2 y 3 de la Ley No. 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 art. 1o., por cuya razón no corresponde ingresar al examen de la pretendida declaración de inconstitucionalidad de esta norma.