

Montevideo, catorce de marzo del dos mil dieciocho

Sentencia N º 251/2018

Dra. Elena MARTINEZ ROSSO
Dr. Jorge Omar CHEDIAK GONZALEZ
Dr. Eduardo Julio TURELL ARAQUISTAIN

DISCORDE
Dra. Bernadette Josefina MINVIELLE SANCHEZ
Dr. Felipe Javier HOUNIE SANCHEZ

VISTOS:

Para sentencia definitiva estos autos caratulados “AA – SU MUERTE - EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD - LEY NRO. 18.831 Y CASACIÓN PENAL”, IUE: 97-78/2012.

CONSIDERANDO:

I) De acuerdo con lo dispuesto por el art. 519 del C.G.P., la Suprema Corte de Justicia, en cualquier estado de los procedimientos y con prescindencia de la situación en que se encontrare el trámite respectivo, podrá decidir, mediante resolución anticipada, las cuestiones de inconstitucionalidad que hubiesen sido sometidas a su consideración, siempre que exista jurisprudencia sobre el caso planteado y la Corporación decida mantener su anterior criterio.

II) La Suprema Corte de Justicia, por sentencia No. 680/2017 y por mayoría declaró inconstitucionales los arts. 2 y 3 de la Ley No. 18.831 desestimando el excepcionamiento en lo demás, en términos que, por su exacta adecuación al caso en examen, se tendrán por reproducidos y como parte integrante del presente pronunciamiento.

Por las razones expuestas y las normas citadas, la Suprema Corte de Justicia, por resolución anticipada y por mayoría,

FALLA:

HACIENDO LUGAR, PARCIALMENTE, A LA EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD OPUESTA Y, EN SU MÉRITO, DECLARANDO INCONSTITUCIONALES Y, POR ENDE, INAPLICABLES AL EXCEPCIONANTE LOS ARTÍCULOS 2 Y 3 DE LA LEY Nº 18.831.

DESESTIMANDO EL EXCEPCIONAMIENTO EN LO DEMÁS, SIN ESPECIAL SANCIÓN PROCESAL.

COMUNÍQUESE A LA ASAMBLEA GENERAL (ART. 522 DEL C.G.P.) Y CONTINÚESE CON EL TRÁMITE DEL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO CONTRA LA SENTENCIA INTERLOCUTORIA Nº 266/2017 DICTADA POR EL TRIBUNAL DE APELACIONES EN LO PENAL DE 2º TURNO.

DR. FELIPE HOUNIE **DISCORDE PARCIALMENTE:** Por los fundamentos expuestos en discordia extendida en la sentencia No. 680/2017 de la Corporación.

DRA. BERNADETTE MINVIELLE Discorde: por los siguientes fundamentos:

I.- La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso XX vs. Uruguay, por sentencia de 24.2.2011, estableció para nuestro país una regla general de prohibición de amnistías y ordenó asimismo a nuestro Estado a: *“...disponer que ninguna norma análoga, como prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, ne bis in ídem o cualquier excluyente de responsabilidad, sea aplicada y que las autoridades se abstengan de realizar actos que implique la obstrucción del proceso investigativo”* (párrafo 254).

II.- En la Resolución de Supervisión del Cumplimiento de la sentencia citada de 20 de marzo de 2013, se reiteró la obligación de investigar y se señaló la primacía de las decisiones de la Corte sobre las de derecho interno en los siguientes términos: *“...la sentencia dictada por la Corte tiene carácter de cosa juzgada internacional y es vinculante en su integridad (tanto en*

sus partes considerativas como dispositivas y resolutivas) para el Estado del Uruguay, por lo cual, en cumplimiento de la misma todos sus órganos e instituciones, incluidos sus jueces y el Poder Judicial, deben continuar adoptando todas las medidas que sean necesarias para investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de graves violaciones de los derechos humanos en el presente caso y en casos similares que los efectos de la ley de caducidad o de normas análogas, como la de prescripción, caducidad, irretroactividad de la ley penal u otras excluyentes similares de responsabilidad, o cualquier otra interpretación administrativa o judicial al respecto, no se constituyan en un impedimento u obstáculo para continuar las investigaciones...” (Sobre este punto véase ampliamente: “RINCÓN COVELLI, Tatiana: *“Democracia y Derechos Humanos: la sentencia de la CIDH en el caso Gelman Vs. Uruguay”* en AA.VV.: “¿Justicia de Transición? Mecanismos políticos y jurídicos para la elaboración del pasado”, Pablo GALAIN PALERMO (Ed.), Tirant lo blanch, Valencia, 2016, págs. 102 y 103).

III.- En suma, mediante la sentencia de la Corte citada en el numeral I y la resolución adoptada en hora del seguimiento de su cumplimiento, se está afirmando que el ordenamiento jurídico internacional prima sobre el ordenamiento jurídico interno.

En este aspecto, a mi criterio, no cabe alegar el principio de soberanía nacional.

Como muy acertadamente sostuvo el Profesor Albin ESER la soberanía del Estado no es un fin en sí mismo, correspondiendo protestar contra su absolutización. Es cierto que en la relación entre los Estados debe ser garantizado el principio de soberanía, **pero no puede oponerse el mismo en el marco de la relación del Estado con sus ciudadanos para privarlos de la protección de los derechos humanos frente a aquél**. Incontestablemente señala el Profesor citado: “...Al igual que el Estado no existe en aras de sí mismo sino más bien de las personas, se concede la soberanía del Estado no en aras de sí mismo sino de la protección máxima de los ciudadanos. Pero cuando la persona es amenazada precisamente por su propio Estado y aquélla no puede alcanzar la protección de sus derechos más que desde afuera, deberá considerarse que ha caducado el derecho de invocar la soberanía” (Cf. ESER, Albin: “Precauciones transnacionales contra la impunidad de crímenes internacionales. El caso Uruguay a la luz de un proyecto comparado sobre la justicia de transición”, en AA.VV.: “¿Justicia de Transición?...”, cit., pág. 95).

Corresponde aquí traer a colación –por estar implicado también el poder del soberano- el acto de referéndum del 16.4.1989 y el plebiscito de 25.10.2009.

No cabe la más mínima duda que ambos mecanismos constituyen formas democráticas de participación ciudadana a través de libre y garantizado ejercicio del sufragio universal.

Sin embargo, como sostiene la Corte Interamericana, la protección de los derechos humanos es un límite infranqueable a la regla de las mayorías porque la primera hace a la sustancia de la democracia. No es posible concebir que los derechos humanos queden en manos de mayorías.

En tal sentido, en términos plenamente compartibles, expresa GALAIN PALERMO (investigador senior del Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional, Friburgo, Alemania), que:

“El caso uruguayo es claro en tanto un pueblo no puede decidir por mayoría ciudadana determinadas cuestiones relacionadas con los derechos de las minorías, como puede ser obstaculizar la justicia, el conocimiento de la verdad y la reparación de las víctimas, cuando se han producido las violaciones más graves contra los derechos humanos en las que pudo estar involucrado el propio Estado. Del mismo modo en que determinados crímenes no pueden ser amnistiados o que ante otros de menor gravedad una amnistía no puede ser general e irrestricta absoluta, tampoco la decisión popular puede ser general e irrestricta, pues hay áreas que están fuera del campo de decisión popular, cuando por ejemplo, se afectaron derechos básicos a la vida (ejecuciones extrajudiciales), a la integridad física y/o psíquica (tortura), a la identidad (sustracción de menores) y a otros bienes jurídicos de las personas reconocidos por el derecho internacional (desapariciones forzadas). El mensaje de la CIDH en su jurisprudencia es claro: cuando estos bienes jurídicos fueron lesionados “algo hay que hacer” y ningún obstáculo político o jurídico debería brindar inmunidad ni favorecer la impunidad.” (GALAIN PALERMO, Pablo: “A modo de conclusión” en AA.VV.: “¿Justicia de Transición?...” cit., pág. 402).

Haciendo abstracción del caso concreto, piénsese en todas las normas que buscan tutelar a minorías (por raza, nacionalidad, estrato social, capacidad, etc.) para alcanzar la igualdad que impone el art. 8 de la Constitución de la República. Su sostenimiento, de ser sometidas a consultas populares, se vería en franco peligro las más de las veces, asistiendo entonces a una democracia formal (“nominal”) pero no sustancial, en la que las minorías quedarían absolutamente desguarnecidas de un estatuto tuitivo básico en función de decisiones coyunturales de la mayoría de la población civil. Así, como lo formal en una democracia tiene primera importancia también lo tiene, en primerísimo orden, lo sustancial.

Como sostiene el Profesor Marc ENGELHART: *“...la voluntad de la mayoría siempre está limitada por la regla del Estado de Derecho (rule of law), especialmente por la protección de los derechos humanos de las víctimas”*. Y agrega: *“En la gran mayoría de los procesos de transición las víctimas constituyen tan solo una minoría expuesta a que sus intereses sean denegados por los intereses de la mayoría. Sin embargo, en un sistema basado en la regla del Estado de Derecho el respeto de los derechos fundamentales y su efectiva protección (también por medio de las investigaciones penales) es un elemento fundamental para que no pueda ser restringido por la voluntad de la mayoría...”* (Cf. ENGELHART, Marc: *“Objetivos de la Justicia de Transición”* en AA.VV.: *“¿Justicia de Transición? cit., pág. 49).*

IV.- Como se sostuviera en la Resolución de Supervisión de cumplimiento ya citada supra; *“...cuando un Estado es parte de un tratado internacional –como lo es el caso de Uruguay en relación a la Convención Americana-, todos sus órganos, incluidos los jueces y demás órganos vinculados a la Administración de Justicia en todos sus niveles, también están sometidos al tratado, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de normas contrarias (o decisiones jurisdiccionales agregaría y dado el actual estado de situación) contrarias a su objeto y fin, de modo que no sea ilusorio el cumplimiento de obligaciones internacionales”*.

Debe ejercerse de oficio el **“control de convencionalidad”** entre las normas internas y la Convención Americana, significando de manera muy importante que las normas de la Convención en el estamento de derechos en cuestión ingresan por vía constitucional a través de los arts. 72 y 332 de la Constitución de la República, lo que le brinda una jerarquía superior en el orden interno.

En suma, el ordenamiento jurídico internacional de los derechos humanos, sin perjuicio de su jerarquía constitucional a nivel interno, prima respecto de cualquier norma o cualquier actuación ciudadana de participación popular que se pretenda hacer valer en su contra.

V.- El caso que nos convoca en esta hora dice relación con la denuncia de tratos crueles e inhumanos supuestamente sufridos por el denunciante por efectivos militares en el año 1974.

Y si bien esta denuncia se presenta por un sujeto en solitario, es valor entendido que aquélla forma parte del conglomerado de presuntos hechos delictivos acaecidos durante el gobierno de facto y que tuvieron lugar en un marco grave, sistemático y generalizado -respecto de determinados sectores ideológicos de nuestra sociedad- ataque de los derechos humanos, cuestión que trasciende a la víctima denunciante en concreto, para pasar a lesionar también a la comunidad nacional e internacional.

Particularmente, ese marco evidencia que se trata de delitos dirigidos contra multiplicidad de personas, ejecutados por agentes del Estado o al amparo de éstos, respondiendo a un plan de acción que se fundaba en la doctrina de la seguridad nacional y que importó también la colaboración y coordinación de otros Estados del Cono Sur Americano (Plan Cóndor).

VI.- El concepto de delitos de lesa humanidad surge a partir del Derecho de Guerra (Estatuto de Londres de 1945) por el que se constituyó el Tribunal de Nüremberg; a partir de allí se comenzó a concebir crímenes que son tales para cualquier Estado, en todo tiempo y lugar, inclusive al margen de la propia voluntad del Estado involucrado y de la opinión contraria de los particulares que lo integran.

Su ámbito o marco jurídico de validez viene dado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Si bien la validez de toda norma proviene de una norma superior, es de destacar que tratándose de derechos humanos esa norma superior es la norma internacional, incluso de rango consuetudinario, por lo que el requisito de la ausencia de ratificación de un concreto Tratado por parte del Estado involucrado en la lesión no puede constituir óbice, así como tampoco puede serlo que dicho acuerdo internacional hubiera sido ratificado a posteriori de la comisión de los hechos (sobre esta cuestión se ahondará más adelante).

Precisamente, porque resulta irrazonable pretender que el Estado que grave, sistemática y generalizadamente, viola los derechos humanos en el ámbito de su comunidad, a la par manifieste su voluntad de obligarse internacionalmente en términos distintos.

Como sostiene el Profesor Marc ENGELHART en la obra colectiva citada líneas más arriba: *“La no asunción de responsabilidad por parte de los violadores de los derechos humanos es uno de los rasgos típicos de un sistema represivo que no opera bajo la regla del Estado de Derecho”* (ENGELHART, Marc: “Objetivos...” en AA.VV.: “¿Justicia de Transición? cit., pág. 43); ¿cómo pretender entonces que las normas que los alcancen tengan vigencia antes del acaecimiento de los hechos?

Entonces, en este orden de ideas, los crímenes de lesa humanidad en tanto puedan considerarse atentados a los básicos derechos humanos universalmente aceptados, son tales no por la voluntad del Estado ni se requiere de su beneplácito, sino por imperio de normas internacionales inderogables que constituyen el *“ius cogens”* internacional, y que nos confieren la certeza de la existencia de una conciencia y convicción moral universal cimentada desde Nüremberg a la Haya. Tal núcleo protector proclama que ciertos delitos atentatorios y gravemente lesivos de derechos humanos básicos, que hayan sido ejecutados en virtud de un plan y de manera generalizada, deben ser perseguidos siempre, en todos los casos y por todos los Estados, en cualquier confín de la tierra.

“Una paz política duradera es generalmente imposible sin la persecución de los crímenes más graves, de modo que ello configura un prerrequisito de la reconciliación. La búsqueda de cómo sucedieron los hechos no solo tiene un aspecto individual sino también colectivo: esclarece el destino de los individuos tanto como el papel de las instituciones y de los grupos (de modo que se trata de una verdad individual, institucional y colectiva)” (ENGELHART, Marc: “Objetivos...” cit., págs. 45 y ss.).

VII.- El Dr. Pablo GALAIN PALERMO, en artículo periodístico publicado en “La Diaria” de 30.10.2017 explica con meridiana claridad que el “*ius cogens*”: “...está conformado por el conjunto de normas imperativas de derecho internacional general, aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional ... como normas que no admiten acuerdo en contrario y que solo pueden ser modificadas por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter. Entre esas normas ocupan un lugar central aquellas prohibiciones a realizar conductas aberrantes para cualquier orden social, conductas que afectan la humanidad como tal, más allá de fronteras y ordenamientos nacionales. Para el castigo de esas conductas (genocidio, lesa humanidad, torturas, etc.) no sería exigible la existencia de la prohibición en el ordenamiento interno cuando existen normas como el art. 72 y 332 de la Constitución uruguaya que, de algún modo, sugieren, por un lado, que los derechos humanos no son “creados” ni siquiera por la primera Constitución, sino que son anteriores a la norma constitucional, que solo se limita a reconocerlos, y, por otro lado, que ese orden supranacional es reconocible y aplicable al orden interno aun sin necesidad de que exista una ley específica que lo reconozca. Hemos dicho con el profesor Héctor Olásolo: “Los crímenes del *ius cogens* protegen además de bienes jurídicos individuales, bienes jurídicos colectivos (paz y seguridad internacionales, preservación de ciertos grupos humanos y de la población civil) cuyo titular es la sociedad internacional y se caracterizan por la naturaleza de la violencia empleada, su intensidad, escala y sistematicidad, así como su ejercicio frente a personas (no) protegidas y/o en situación de particular vulnerabilidad...””.

En anteriores discordias he sostenido que el “*ius cogens*” es una locución empleada en el ámbito del Derecho Internacional para hacer referencia a aquellas normas de derecho imperativo o perentorio que no admiten ni la exclusión ni la alteración de su contenido, de tal modo que cualquier acto que sea contrario al mismo será declarado nulo.

Con el “*ius cogens*” se pretende amparar los intereses colectivos fundamentales (el núcleo duro y fundante) del grupo social, por lo que se explica que esta clase de normas se encuentren en una posición jerárquica superior con respecto al resto de disposiciones del ordenamiento jurídico interno, sobreponiéndose a las normas de derecho dispositivo. Es más, constituye una aspiración que las normas de “*ius cogens*” pasen al dominio del derecho positivo nacional, que en materia de derechos humanos encuentra su satisfacción en nuestro derecho positivo a través de los arts. 72 y 332 de la Constitución de la República.

VIII.- Con el mayor de los respetos hacia mis colegas, no puedo admitir la postura de la mayoría que desconoce normas internacionales y acude a la teoría del “conflicto de derechos”, en una visión hemipléjica jurídica de la cuestión, con un encare meramente desde el orden interno y con la premisa (subyacente) de que la cuestión de los derechos humanos de orden internacional surge a partir de la dictadura cívico militar y que no le preexistía.

Como sostiene el Profesor citado en la nota periodística, la circunstancia de que los tipos penales fueran incorporados con posterioridad por el orden jurídico nacional, no quiere decir que la prohibición de torturar por razones políticas (a vía de ejemplo) no existiera con

anterioridad en el plano internacional. Cuando nos enfrentamos a crímenes de Estado o cometidos con el apoyo del aparato estatal: “...la cuestión jurídica a develar es si esas conductas estaban prohibidas por un ordenamiento de igual o superior jerarquía al nacional...”. Si esa norma no existiese, entonces, sí sería viable acudir a la cara máxima de Derecho Penal liberal de legalidad (“*Nullum crimen sine legge*”); pero para la mayoría de la SCJ, en su posición sesgada, limitada, hemipléjica y toda vez que toma en consideración solamente el orden interno, renuncia de antemano: “...**a realizar esa búsqueda de la norma para la imputación (concreta), que no significa “creación” de la norma a posteriori, sino simplemente la determinación de cuál es la norma que debería aplicarse al caso concreto...**” (el destacado no corresponde al original).

IX.- De cuanto viene de exponerse, entiendo que corresponde desestimar la inconstitucionalidad de la ley impugnada y ordenar la prosecución de las actuaciones.

X.- A esta altura, visto el sinnúmero de pronunciamientos de inconstitucionalidad de la ley 18.831, la improbable revisión en lo inmediato de tal estado de situación, el tiempo transcurrido y que siempre conspira para el esclarecimiento de los hechos delictivos, los derechos de las víctimas y las nuevas víctimas que se van generando a partir de la impunidad y la falta de verdad existente, me pregunto en solitario si no es hora de buscar alternativas de verdad y reconciliación que los estudiosos de las temática contemplan junto o en subsidio de la persecución penal.

Quizá esas relecturas o nuevos enfoques puedan dar mayor sosiego a las directas e indirectas víctimas y contribuyan a un real restablecimiento de la paz nacional duradera, fundada en la verdad y el reconocimiento de la responsabilidad, objetivos primordiales estos últimos que deben guiar la Justicia de transición.