

Montevideo, veintiuno de setiembre de dos mil dieciséis

## Sentencia Nº 342/2016

Dr. Jorge Omar CHEDIAK GONZALEZ (Redactor)

Dr. Jorge Tomas LARRIEUX RODRIGUEZ

Dra. Elena MARTINEZ ROSSO

Dr. Felipe Javier HOUNIE SANCHEZ (Discorde)

Dr. Ricardo Cesar PEREZ MANRIQUE (Discorde)

### **VISTOS:**

Para sentencia definitiva estos autos caratulados: **“AA Y OTROS - SUS DENUNCIAS - EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD ARTS. 2 Y 3 DE LA LEY NRO. 18.831 Y CASACION PENAL”**, IUE: 288-835/2011.

### **RESULTANDO:**

I) Por sentencia interlocutoria No. 2.043 del 19 de agosto de 2014, la Sra. Jueza Letrada de Primera Instancia de Maldonado de 4o. Turno difirió el pronunciamiento acerca de si ha operado o no la prescripción de cualquier eventual hecho delictivo en el presente caso.

II) Por sentencia interlocutoria No. 328 del 26 de noviembre de 2015, el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 2o. Turno confirmó la providencia impugnada, expresando, en lo medular, que la instrucción en curso debía proseguir en virtud de lo establecido en los arts. 1, 2 y 3 de la Ley 18.831 (fs. 1337-1339 vto.).

III) Contra dicha decisión, el indagado BB interpuso recurso de casación (fs. 1345-1350 vto.).

IV) Inmediatamente después, los indagados CC, BB, DD, EE y FF opusieron la excepción de inconstitucionalidad contra los arts. 2 y 3 de la Ley 18.831, por los argumentos que expresaron en su escrito de fs. 1351-1362.

V) Se le dio traslado a la Sra. Fiscal Letrada Nacional en lo Penal de 13o. Turno de la excepción de inconstitucionalidad, quien lo evacuó solicitando que se desestimara la excepción planteada (fs. 1375-1382 vto.).

VI) Por su parte, el Sr. Fiscal de Corte, al evacuar la vista que se le otorgó, expresó que, en su opinión, correspondería desestimar la excepción de inconstitucionalidad (fs. 1386-1391).

VII) Por auto No. 440 del 4 de abril de 2016, la Corporación tuvo por evacuada la vista conferida y dispuso el pasaje de los autos a estudio para sentencia, citadas las partes (fs. 1393).

### **CONSIDERANDO:**

I) La Suprema Corte de Justicia, por mayoría y por distintos fundamentos, declarará inconstitucionales e inaplicables al indagado BB los arts. 2 y 3 de la Ley 18.831 y desestimará la excepción de inconstitucionalidad opuesta por los indagados CC, DD, EE y FF.

II) A juicio de los Sres. Ministros Dres. Larrieux, Chediak y Martínez, corresponde hacer lugar a la excepción de inconstitucionalidad opuesta por el indagado BB contra los arts. 2 y 3 de la Ley 18.831.

II.1) Sobre la legitimación del indagado BB.

Los Sres. Ministros Dres. Larrieux y Chediak consideran que las normas impugnadas no le fueron aplicadas definitivamente a este excepcionante, puesto que, antes de hacer valer la defensa de inconstitucionalidad, interpuso

recurso de casación contra la sentencia interlocutoria por la cual el tribunal *ad quem*, aplicando las normas legales atacadas, desestimó la excepción de prescripción.

Por su parte, la Sra. Ministra Dra. Martínez entiende que tanto BB como el resto de los indagados ostentan interés para impugnar los arts. 2 y 3 de la Ley 18.831, puesto que, en la medida en que la resolución que desestimó la defensa de prescripción tiene naturaleza de sentencia interlocutoria simple, a ninguno de ellos les era exigible interponer el recurso de casación.

La Sra. Ministra Dra. Martínez se pronunció en este mismo sentido en la reciente sentencia No. 50/2016 de la Corporación.

II.2) En cuanto al mérito del asunto, los Sres. Ministros Dres. Larrieux, Chediak y Martínez consideran que los arts. 2 y 3 de la Ley 18.831 son inconstitucionales, tal como sostuvieron en las sentencias Nos. 20/2013 y 126/2016 de la Suprema Corte de Justicia -entre otras-, a cuyos fundamentos se remiten.

III) Con respecto a la excepción de inconstitucionalidad opuesta por los indagados CC, DD, EE y FF contra los arts. 2 y 3 de la Ley 18.831, los Sres. Ministros Dres. Larrieux, Chediak, Pérez Manrique y Hounie entienden que corresponde desestimarla, en la medida en que dichas normas les fueron definitivamente aplicadas a estos excepcionantes, motivo por el cual no corresponde analizar el mérito de la cuestión.

En efecto, a diferencia de lo que hizo el indagado BB, los indagados CC, DD, EE y FF no interpusieron recurso de casación contra la providencia en virtud de la cual la Sala, aplicando las normas legales atacadas, desestimó la excepción de prescripción.

Entonces, al haberles sido definitivamente aplicadas a los indagados las normas cuya declaración de inconstitucional solicitaron, 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 (cf. sentencias Nos. 119/2004, 31/2005, 78/2006, 263/2007, 3.301/2008, 27/2009 y 153/2010 de la Corporación, por citar solamente algunas).

Esta es la misma solución que se adoptó en las sentencias Nos. 227/2013 y 380/2014 de la Suprema Corte de Justicia.

En esta misma línea de razonamiento, cabe destacar que la aplicación definitiva de una norma impide el progreso de una pretensión de declaración de inconstitucionalidad toda vez que, como acontece en el caso, tal aplicación priva a quien la ejerce de la titularidad de un interés con la nota de “directo”, nota requerida por la Constitución en su art. 258 para habilitar el progreso de una pretensión como la aquí planteada (cf. sentencias Nos. 31/2016, 110/2016 y 119/2016 de este Colegiado).

IV) No se impondrá especial condenación en costos y las costas resultan de precepto respecto de la excepción de inconstitucionalidad desestimada (art. 523 del C.G.P.).

Por los diversos fundamentos expuestos y las normas citadas, la Suprema Corte de Justicia, por mayoría,

**FALLA:**

DECLARANSE INCONSTITUCIONALES E INAPLICABLES AL INDAGADO BB LOS ARTS. 2 Y 3 DE LA LEY 18.831, SIN ESPECIAL CONDENACION PROCESAL.

**DESESTIMASE LA EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD OPUESTA POR LOS INDAGADOS CC, DD, EE Y FF, CON COSTAS.**

**NOTIFIQUESE A DOMICILIO, COMUNIQUESE AL PODER LEGISLATIVO Y, OPORTUNAMENTE, DEVUELVA.**

DR. RICARDO PEREZ MANRIQUE **DISCORDE:** POR ENTENDER QUE CORRESPONDE DESESTIMAR LA EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY No. 18.831 INTERPUESTA POR EL

INDAGADO BB, POR LOS SIGUIENTES FUNDAMENTOS:

l) En lo que dice relación con la situación del indagado BB, si bien interpuso recurso de casación, a criterio del Redactor, resulta inadmisibile.

Como sostuvo en discordia extendida en Sentencia No. 2123, oportunidad en la que compartí la decisión adoptada por la Corte en Sentencia No. 1620, en la que se resolvió declarar inadmisibile el recurso de casación interpuesto, al tratarse la recurrida de una decisión de naturaleza interlocutoria de segunda instancia confirmatoria de la de primer grado que desestimó la solicitud de clausura de las actuaciones, en consecuencia no integra el elenco de las sentencias casables.

Conforme a ello, el redactor de la presente mantiene los fundamentos de la posición expuesta, al no proceder la referida vía impugnativa respecto de decisiones de naturaleza interlocutoria que no ponen fin a la acción penal, lo que determina la inadmisibilidat de la recurrencia.

II) En función de ello, resultan aplicables también a este indagado las consideraciones expuestas en Sentencias Nos. 380/2014 y 227/2013 en el que la Corte por unanimidad desestimó el excepcionamiento de inconstitucionalidad promovido, por lo cual no corresponde analizar el mérito de la cuestión.

*Así, se expresó: "...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 inconstitucional petición, 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)".*

*Para concluir: "...Sin perjuicio de lo expresado en el Considerando anterior, el Sr. Ministro Dr. Chalar, al igual que los Sres. Ministros Dres. Ruibal, Larrieux y Pérez Manrique, entienden que el objeto del proceso ha quedado delimitado por el contenido de la acusación fiscal formulada, y ello determina la exclusión de la situación invocada por el promotor respecto de la que cabía constatar su interés y consiguiente legitimación. Consecuentemente, procede desestimar la pretensión de declaración de inconstitucionalidad promovida por vía de excepción".*

III) Sin perjuicio de lo expuesto, el redactor de la presente asimismo señala que, como lo sostuvo en discordia extendida a Sentencia No. 212/2013 de la Suprema Corte de Justicia, los delitos que se investigan en estos autos constituyen en puridad, crímenes de lesa humanidad, y en consecuencia, no susceptibles de prescripción. Oportunidad en la que se expresó: "...además

*tiene recepción este tipo de crímenes en nuestro propio Derecho Constitucional, toda vez que la Constitución de la República establece en su artículo Art. 239 que a la Suprema Corte de Justicia corresponde: 'Juzgar sobre delitos contra Derecho de Gentes...' (Nral. 1). Confiere a la Ley la potestad de regular los aspectos procesales referidos a la competencia originaria establecida en el primer inciso del numeral (Cf. además Sentencia No. 1.061/2015 -entre otras-).*

DR. FELIPE HOUNIE **DISCORDE PARCIALMENTE**, por cuanto considero que corresponde desestimar la excepción de inconstitucionalidad planteada, por vía de excepción, por BB a fs. 1351-1362, sin especial condenación procesal.

1. En cuanto a la legitimación activa:

Considero que el hecho de que la excepción de inconstitucionalidad se hubiera opuesto en el curso de un presumario no incide en su procedencia.

La redacción dada al art. 113 del Código del Proceso Penal por la Ley 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, coincido 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 (ob. cit., págs. 72 y 44).

Asimismo, y en lo que a la legitimación activa en el caso a estudio refiere, estimo que ella es clara de acuerdo con las resultancias de autos.

En la especie, nos encontramos ante personas que fueron convocadas en calidad de indagadas a un proceso penal (fs. 314, 552 y 569), proceso penal que, atento a las características de los hechos denunciados (detención ilegal y tortura a la que fueron sometidos los denunciados, en procedimientos llevados a cabo por funcionarios militares en el Departamento de Maldonado durante el régimen militar), (fs. 1-96, 97, 99-100), presupone la aplicación de las normas impugnadas. El mismo criterio fue expuesto por el Dr. Fernando Cardinal integrando la Corte en sentencia No. 794/2014, y por el Dr. Julio Chalar en el mismo fallo.

Además, en el caso, el Tribunal de Apelaciones en lo Penal que resolvió la apelación de la resolución de primera instancia que denegó la solicitud de suspensión de las actuaciones hasta que recayera resolución sobre la petición de clausura y archivo de las actuaciones por prescripción, expresamente invocó y aplicó lo dispuesto en la Ley 18.831 (sentencia No. 328/2015 del Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 2o. Turno, fs. 1337-1339).

Entonces, solo en aplicación de las normas impugnadas es concebible que un juzgado penal tramite en el año 2011 (fs. 97) una denuncia por hechos acaecidos en los años 1974-1976, más de 30 años antes.

2. En cuanto a la inconstitucionalidad por infracción de los principios de libertad (y consecuente prohibición de Leyes penales gravosas retroactivas) y seguridad jurídica.

2.1. Entiendo que la pretensión de inconstitucionalidad por infracción de los arts. 7, 10 inc. 2 y 72 de la Constitución no puede prosperar.

Y ello porque las infracciones normativas en las que tal impugnación se basa no derivan de la Ley 18.831. En efecto, la Ley 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.

Al tenor de los términos de la denuncia, los denunciados fueron detenidos y privados de libertad por efectivos de los servicios de seguridad y defensa del Estado durante el gobierno militar; en todos los casos tales detenciones y privaciones de libertad se realizaron sin las garantías constitucionales aplicables. Sufrieron diversos actos de tortura que detallaron en sus denuncias (fs. 1-96, 99-100).

En cuanto al concepto de crímenes de lesa humanidad, cabe señalar, como lo hiciera el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 1<sup>er</sup> 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 transnacional (...).*

*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, 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 policiales o militares, según el caso.

2.2. En relación con la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, tal como sostuve en el caso XX (sentencia No. 1061/2015 de la Corte), comparto 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 ZZ, oportunidad en la cual, al analizar la constitucionalidad de los arts. 2 y 3 de la Ley 18.831, expresó 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 arts. 72 y 332 de la Constitución.

Así, el art. 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 art. 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 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 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 art. 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 Nüremberg de 1945 (art. 6 lit. 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 art. 1 lit. 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, 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 arts. 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 descrita 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, concluyo con Fernando Cardinal que, en nuestro orden jurídico, los delitos de lesa humanidad estaban incorporados con anterioridad a que se dictaran las Leyes 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 arts. 4 y 82 inc. 2 de la Constitución (que refieren 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 Ibáñez, 2011, Colección Internacional No. 27, ps. 48-49).*

La imprescriptibilidad de estos delitos también forma parte del sistema de tutela de los derechos fundamentales consagrados en el art. 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 (arts. 72 y 332 de la Constitución y art. 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 art. 1 de la dicha Convención, pueden distinguirse dos categorías: la de los delitos imprescriptibles, entre los cuales se encuentran los del art. 1 citado y, eventualmente, los de cualquier otra norma de “jus cogens” que se vea incorporada a través del art. 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 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.

2.3. 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, p. 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 arbi-trariedad, entonces la decisión legislativa no podrá ser objetada invocando motivos constitucionales.*

*La protección constitucional 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, p. 536).*

Aplicando estos conceptos al caso de autos, no cabe más que concluir que la Ley 18.831 no lesiona el principio de 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 personas sin cumplir con las garantías constitucionales y torturar a seres humanos. Tales conductas nunca fueron lícitas ni lo son hoy.

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

DRA. ELENA MARTINEZ **DISCORDE PARCIALMENTE**: por cuanto entiendo que corresponde extender la declaración de inconstitucionalidad también a favor de CC, DD, EE y FF.

En efecto, de acuerdo a los fundamentos expresados en el Considerando II.1 de la presente sentencia, estimo que, en la causa, la totalidad de los excepcionantes ostentan interés y legitimación para impugnar.

Entonces, en el punto, no comparto lo manifestado por los Dres. Chediak y Larrieux, en cuanto entienden que a los enjuiciados CC, DD, EE y FF, les fue definitivamente aplicadas las normas impugnadas, con fundamento en que no recurrieron en casación al decisión que desestimó la defensa de prescripción.

Ello me conduce a extender la declaración de inconstitucionalidad también a favor de los encausados referidos.