

Sentencia No.152

MINISTRO REDACTOR: DOCTOR JULIO CÉSAR CHALAR

Montevideo, ocho de marzo de dos mil trece

VISTOS:

Para Sentencia Definitiva estos autos caratulados: "Z. Q., J. R.. CÓMPLICE DE UN DELITO DE HOMICIDIO MUY ESPECIALMENTE AGRAVADO - EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD ARTS. 1, 2 Y 3 DE LA LEY NRO. 18.831", IUE 87-289/1985, venidos a conocimiento de la Corporación en virtud de la excepción de inconstitucionalidad interpuesta por el Sr. J. R. Z. Q., cuyo procesamiento y prisión fuera dispuesto en autos.

RESULTANDO:

I) El día 9 de julio de 1985 el Sr. Julio Castro Ures denunció ante el Juzgado Letrado en lo Penal de 1er. Turno la desaparición de su padre, Sr. Julio Castro Pérez, y aportó información al respecto (fs. 2 y ss.). Se cumplieron diversas actuaciones que, además del diligenciamiento de prueba, comprendieron una contienda de competencia y el diligenciamiento de dos excepciones de inconstitucionalidad (respecto de los artículos 59 del Código Penal y 76 del Código de Organización de los Tribunales Militares en un caso, y de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley No. 15.848 en otro). Finalmente, con fecha 18 de

setiembre de 1989 se incorporó a la causa constancia de que el Poder Ejecutivo consideraba los delitos denunciados comprendidos dentro del artículo 1 de la Ley No. 15.848, por lo que con la previa conformidad de la Fiscalía Letrada interviniente, se dispuso por el tribunal actuante la clausura y archivo de las actuaciones (fs. 162).

II) En el año 2010 se solicitó al Poder Ejecutivo expedirse nuevamente acerca de si los hechos denunciados se encontraban comprendidos dentro de la caducidad de la pretensión punitiva del Estado impuesta por el artículo 1 de la Ley No. 15.848. A fojas 232 se agregó la resolución del Poder Ejecutivo de fecha 17 de agosto de 2010 por la cual se declaró que el caso no se encontraba comprendido en el artículo 1 de la Ley No. 15.848.

III) Se prosiguió la instrucción de la denuncia (fs. 232 y ss.). A fojas 1037 la Sra. Fiscal Letrada Nacional en lo Penal de 2do. Turno solicitó el enjuiciamiento y prisión de los Sres. J. N. G. P. y J. R. Z. Q.. El Sr. Juez interviniente, por Resolución No. 402/2012 (a fs. 1283), dispuso el procesamiento y prisión del Sr. J. R. Z. Q., en calidad de cómplice de un delito de homicidio muy especialmente agravado (fs. 1283-1314); no hizo lugar a la solicitud de procesamiento del Sr. G.. El Ministerio Público

dedujo recursos de reposición y apelación contra la Resolución No. 402/2012 (fs. 1316 y ss.), por no haberse dispuesto el procesamiento del indagado Sr. G.. Con fecha 12 de marzo de 2012 la defensa particular del Sr. Z. dedujo idénticos recursos impugnando su procesamiento (fs. 1325 y ss.).

IV) En la misma fecha que impugnó el auto de procesamiento, la defensa de Z. Q. dedujo excepción de inconstitucionalidad respecto de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley No. 18.831 y, fundando la misma, alegó en síntesis:

- La titularidad de la situación jurídica que lo habilita para ejercer la defensa emerge de su calidad de procesado con prisión como cómplice de un delito de homicidio muy especialmente agravado por un delito comprendido en el artículo 1 de la Ley No. 15.848; en consecuencia, las normas de la Ley No. 18.831 que impugna conllevan la posibilidad de ser condenado por un delito extinto por prescripción, quedando acreditada así la legitimación que exige el artículo 258 de la Constitución.

- La Ley No. 18.831 en su artículo 1 va más allá de una derogación tácita de la Ley No. 15.848 y tiene efectos retroactivos, al restablecer la punibilidad de delitos ya extintos por aplicación del artículos 1 de la Ley No. 15.848. Igual

efecto retroactivo se advierte en el artículo segundo "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" (los comprendidos en el artículo 1 de la Ley No. 15.848); al disponerse en el año 2011 que se borren los efectos producidos durante veinticinco años por los plazos procesales y de prescripción o de caducidad en los procesos sustanciados respecto de delitos comprendidos en la Ley No. 15.848, la irretroactividad es clara. Igual efecto retroactivo tiene la disposición del artículo 3: al declarar que los delitos comprendidos en el artículo primero de la Ley No. 15.848 son "crímenes de lesa humanidad", se les otorga el carácter de imprescriptibles conforme los artículos 29 del Estatuto de la Corte Penal Internacional y 7 de la Ley No. 18.026.

- La Ley No. 18.831 al disponer sobre materia penal con carácter retroactivo colide con el segundo inciso del artículo 10 de la Carta, el cual, al consagrar el principio de libertad, veda implícitamente la irretroactividad de la ley penal, por ser ésta frontalmente contraria al accionar libre de los seres humanos. Además, la irretroactividad de la ley penal constituye un derecho inherente a la personalidad

humana, amparado por tanto por el artículo 72 de la Constitución.

- Los artículos 1, 2 y 3 de la Ley No. 18.831 son además inconciliables con el derecho constitucional a la seguridad jurídica, consagrado por el artículo 7 de la Constitución, por desconocer derechos adquiridos. Aducen que quienes podían ser imputados por delitos comprendidos en el artículo 1 de la Ley No. 15.848, fueran o no autores de alguno de ellos, tenían un derecho adquirido a no ser juzgados por haber caducado, por imperio legal, la pretensión punitiva del Estado. Además, eran titulares de otros dos derechos adquiridos: el de que los plazos procesales y de prescripción de dichos delitos se computaran de conformidad con las leyes vigentes al tiempo de su comisión.

- El artículo 3 de la Ley No. 18.831 es inconciliable con el segundo inciso del artículo 82 de la Carta, e indirectamente con los artículos 4 y 79 (inciso segundo); ante una ley sometida a referéndum, como la Ley No. 15.848, lo resuelto en el referéndum no es modificable por el Poder Legislativo.

V) Por Providencia No. 540/2012, el Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 1er. Turno, dispuso formar testimonio para remitir ante esta Suprema Corte, a efectos de resolver

la excepción de inconstitucionalidad planteada, pero señaló que: "En virtud de que la ley atacada es uno solo de los argumentos manejados por el despacho para sostener la pervivencia de la acción penal en la especie, se dispone el trámite de los recursos presentados, sin perjuicio de lo decida en su momento el supremo Tribunal jurisdiccional de nuestro país" (fs. 1398). Oportunamente el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 4to. Turno declaró mal franqueado el recurso y dispuso su devolución al Juzgado actuante para cumplir con el artículo 514 del C.G.P., suspender los procedimientos y elevar las actuaciones para ante esta Corporación en términos de especial urgimiento (fs. 1467 vto.), donde fueron recibidos el 24 de mayo de 2012 (fs. 1476).

VI) Por Interlocutoria No. 1274/2012 se dispuso el ingreso de la excepción de inconstitucionalidad interpuesta y traslado de la misma por el término legal (fs. 1480), la que fue evacuada a fojas 1487 por la Sra. Fiscal Letrada Nacional de lo Penal de 2do. Turno, y a fojas 1509 por la defensa particular del Sr. J. N. G. P..

VII) Otorgada vista al Sr. Fiscal de Corte, en Dictamen No. 3281/2012 consideró que no corresponde pronunciarse sobre la constitucionalidad de las disposiciones legales cuestionadas por ser

inaplicables al caso (fs. 1524 y ss.).

VIII) En el pasaje a estudio se concedió el derecho de abstención al Sr. Ministro Dr. Jorge Ruibal Pino integrándose la Corporación con el miembro del Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 2do. Turno, Sr. Ministro Dr. José Balcaldi Tesauro, acordándose sentencia por mayoría legal (fs. 1551 y ss.).

CONSIDERANDO:

I) La Suprema Corte de Justicia integrada, por mayoría, declarará inconstitucionales los artículos 2 y 3 de la Ley No. 18.831 por los fundamentos que se expondrán a continuación, y desestimaré la solicitud de declaración respecto del artículo 1 de dicha ley.

II) En cuanto a la legitimación o el interés directo del promotor para interponer la excepción de inconstitucionalidad, entiende la Corte que su interés directo, personal y legítimo (artículo 258 inc. 1 de la Constitución) deriva de la circunstancia de haber sido procesado en la presente causa por un delito respecto del cual solicitó se declare su prescripción (a fs. 1272 y ss.), petición que fue desestimada por el órgano de mérito, con expresa invocación de los artículos de la Ley No. 18.831 cuya declaración de inconstitucionalidad se pretende (fs.

1300).

III) La regularidad constitucional de los artículos 2 y 3 de la Ley No. 18.831. La Ley No. 18.831 viola en sus artículos 2 y 3 el principio constitucional de legalidad y el de irretroactividad de la ley penal más gravosa.

Se trata de principios que no sólo tienen consagración en la Constitución de la República, sino que constituyen garantías impuestas en los sistemas universal e interamericano de derechos humanos.

IV) Por razón de método, entonces, a juicio del Ministro redactor, conviene comenzar por precisar que lo propuesto en autos tiene por objeto resolver la excepción de inconstitucionalidad planteada en un proceso penal en el cual, se afirma, mediante aplicación de la ley atacada, se vulnerarían normas de la Carta con consiguiente lesión de derechos fundamentales que ella garantiza.

Por ese motivo, pues, ha de tenerse presente que estos autos tratan de derechos fundamentales o de derechos humanos del procesado en ellos.

V) La Ley No. 18.831 en su artículo segundo viola el principio constitucional de irretroactividad de la ley penal más gravosa.

V.a) Al analizar la regularidad constitucional del artículo segundo, el punto de partida ineludible es determinar si las normas que regulan la prescripción de delitos son normas penales.

Entiende la Corporación que se trata de normas penales.

Como señala el catedrático español Santiago Mir Puig, las normas sobre prescripción tienen naturaleza material, y no meramente procesal: "*La prescripción, sea del delito, sea de la pena, responde a razones que hacen desaparecer la necesidad de pena, aunque en la prescripción del delito se añadan consideraciones procesales, deberá reconocerse a ambas clases de prescripción una naturaleza material y no de mero obstáculo procesal. Dos consecuencias prácticas importantes se desprenden de este significado material de prescripción. Por una parte, puesto que se ha extinguido la responsabilidad penal, ha de absolverse al reo si procede la prescripción, aunque ésta no se hubiera alegado...Por otra parte, las modificaciones legislativas de los plazos o condiciones de la prescripción serán irretroactivas si perjudican al reo y retroactivas si le son favorables*" (Derecho Penal - Parte General, 5ª Edición, 1998, pág. 782). El autor citado señala que esta misma posición es compartida por otros y entre ellos Morillas, Del Toro, Muñoz Conde,

Cobo/Vives (ob. y loc. cit.).

Asimismo, tal ha sido la posición del Tribunal Supremo español en Sentencia No. 101/2012 (Sala Segunda de lo Penal): "*[l]as disposiciones reguladoras de la prescripción, concretamente las reformas que señalan una modificación de los plazos o del señalamiento del día de inicio del cómputo, son normas de carácter sustantivo penal y, por lo tanto, afectas a la interdicción de su aplicación retroactiva (art. 9.3 CE), salvo que su contenido fuera más favorable. Así lo hemos declarado en varias Sentencias*" (TERCERO, 2, sexto párrafo).

A igual conclusión arribó en nuestro medio el Prof. Bayardo Bengoa, en cuanto a que la ley que regula la prescripción es una ley de fondo, citando la opinión de Carrara en estos términos: "*la prescripción entraña una disposición de fondo...si la ley antigua es la más favorable, la nueva ley es irretroactiva...*" (Fernando Bayardo Bengoa, *Derecho Penal Uruguayo*, Tomo I, Centro de Estudiantes de Derecho, Montevideo, 1962).

V.b) Las leyes sobre prescripción de delitos son irretroactivas, salvo que fueren más favorables para el prevenido, en tanto se dispuso para ellas idéntico tratamiento que respecto de las leyes sustantivas (remisión del artículo 16 al artículo 15 del

Código Penal; arts. 7 y 8 Código del Proceso Penal).

Dichos preceptos consagran una garantía inherente a la persona que integra sin duda alguna, el conjunto de normas de derechos fundamentales protectores de los individuos sometidos a proceso penal, debiendo ser, pues, considerado de rango constitucional por imperio de lo dispuesto por el artículo 72 de la Constitución.

V.c) Determinado que la ley que regula la prescripción de un delito es una ley penal, corresponde analizar la regularidad constitucional de la norma que se examina.

Como señala Dannecker, coincidiendo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, la lógica jurídica no impone la inadmisibilidad de las leyes retroactivas, sino que las exigencias constitucionales sólo suponen un límite para la aplicabilidad temporal y actúan como límites de la facultad de autorización. Por lo tanto, la prohibición de la retroactividad es un problema de protección de los derechos individuales; la conclusión de Dannecker al analizar el aspecto temporal de la ley penal, es que en los casos en que no pueda aplicarse la ley posterior porque perjudica al ciudadano, entonces se deberá aplicar la anterior, sin que eso exija postular un retorno a la vigencia del Derecho anterior (citado

por Eliseu Frígols i Brines, *El Principio de Irretroactividad y la Sucesión de Leyes Penales - Una perspectiva desde el Derecho Comparado*, Editorial Jurídica Continental, San José de Costa Rica, 2002, pág. 141).

Conforme al principio de irretroactividad de la ley penal más gravosa, ninguna persona indagada por su eventual responsabilidad en la comisión de un delito puede verse perjudicada por la aplicación de una ley penal que la coloque en una situación más desfavorable que la resultante de la ley previa aplicable al momento de comisión del delito de que se trate.

Este principio se encuentra consagrado en la Constitución de la República en su artículo 72. Respecto del alcance de este principio y su recepción por nuestra Constitución, expresó el Prof. Alberto Ramón Real en clásica obra publicada originalmente en el año 1958: "*Esta garantía preciosa para la seguridad de las personas, fue establecida expresamente en el art. 8 de la Declaración de 1789: 'La ley no debe establecer sino las penas estricta y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada anteriormente al delito y legalmente aplicada'*...entendemos que se trata de una garantía

implícita, comprendida en el art. 72, porque éste acoge, genéricamente, las soluciones preconizadas por el jusnaturalismo personalista que encuentra su condensación codificada, más perfecta, en la Declaración francesa. ...Si nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que ella no prohíbe (art. 10, donde halla fundamento la regla nullum crimen sine lege, nulla pena sine lege), no es posible que mediante decisiones del poder público, posteriores a ciertos hechos de conducta humana, se convirtieran en ilícitos y punibles esos hechos..." (destacados con cambio de fuente en el original, *Los principios generales de Derecho en la Constitución Uruguaya. Vigencia de la estimativa jusnaturalista*, en compilación: *Los principios generales de derecho en el derecho uruguayo y comparado*, F.C.U., 2ª Edición, 2005, págs. 77 y 78).

V.d) La Corporación también ha tenido ocasión de establecer el correcto alcance y jerarquía normativa del principio en análisis en reiteradas oportunidades. Así en Sentencia No. 70/1997 expresó: *"este principio de legalidad está consagrado en los arts. 1 y 85 C. Penal y el de irretroactividad de la ley penal, no sólo en el precitado art. 15 inc. 1 C. Penal sino que también tiene jerarquía constitucional. Como expresa Alberto Ramón REAL, la irretroactividad de*

la ley penal es un principio liberal o garantía implícita en el art. 72 de la Constitución, que deriva, además, indirectamente, del principio de libertad, expresamente proclamado en el art. 10 inc. 2 de la Carta. ...En igual sentido opinan JIMÉNEZ 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" (estos conceptos han sido reiterados en diversos pronunciamientos de la Corte: Sentencias Nos. 1501/2011, 2294/2011, 3033/2011, 899/2012).

V.e) En definitiva, es contraria a la Constitución una ley que, directa o indirectamente, pretendiera aplicar en forma retroactiva un régimen de prescripción más gravoso que el existente al momento de comisión del delito. Y eso es precisamente lo que ha venido a ocurrir con la sanción de la Ley No. 18.831.

En efecto, el artículo segundo dispone que *"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"* referidos en el artículo primero de la Ley No. 15.848.

V.f) De modo que por el artículo segundo de la Ley No. 18.831 se ha buscado derogar para el caso de los delitos referidos por la Ley No. 15.848, el régimen de prescripción que los regía.

V.g) De lo anterior, entonces, que por la vía de impedir el cómputo de la prescripción entre el 22 de diciembre de 1986 y la fecha de vigencia de la ley -27 de octubre de 2011-, se establecería un régimen de prescripción de delitos más gravoso que el vigente al momento de la comisión de los investigados en autos, al que se le da efecto retroactivo, con las consecuencias ya referidas.

VI) La Ley No. 18.831 en su artículo tercero viola el artículo 10 de la Constitución y el principio constitucional de irretroactividad de la ley penal más gravosa.

VI.a) No debería ser necesario, a semanas de cumplirse el bicentenario de las Instrucciones del año XIII, argumentar acerca de la existencia, vigencia y alcance de los principios de

libertad y de legalidad en materia penal.

Se trata este último de un principio que como señala Soler, más allá de su contacto con fuentes romanas, proviene de la Carta Magna del año 1215 (Sebastián Soler, *Derecho Penal Argentino*, Tomo I, 1949, El Ateneo, pág. 99). Es necesario recordar que "[e]ste principio, entendido en su forma abstracta, es decir, dando a la palabra ley el sentido de norma preestablecida a la acción que se juzga delictiva, es algo más que un mero accidente histórico o una garantía que puede o no acordarse. Asume el carácter de un verdadero principio formalmente necesario para la construcción de toda actividad punitiva que pueda ser calificada como jurídica" (Sebastián Soler, ob. y loc. cit., págs. 98 y 99).

VI.b) La Constitución de la República consagró el principio en materia penal en su artículo 10 y ha de considerarse también establecido en el artículo 72. Respecto de este principio, Cairoli señala que "[n]o es otra cosa que la expresión del viejo apotegma latino 'nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege' y está vigente a través del artículo 10 de la Carta, que dice 'Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que ella no prohíbe'. Traduce la necesidad de que la conducta sancionable debe estar específicamente determinada, así como la pena

pertinente. No es posible castigar a nadie por la comisión de un hecho que no está previsto en la ley penal como delito. ...Ya en la carta Magna inglesa de 1215 aparece este principio en el artículo 43 original y capítulo XXXI de la modificación: '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'".

Y señala más adelante el Prof. Cairolí: "*[e]l apotegma tiene para todos un valor absoluto y es para el legislador un factor directriz, y un programa que se impone a sí mismo, es un imperativo que no admite desviación ni derogaciones y representa una conquista de la ciencia jurídica que obedece a exigencias de justicia y que sólo ha sido negado por regímenes totalitarios. No sólo es una garantía del reo, sino de todos los ciudadanos que respetan la ley...*" (Milton Hugo Cairolí Martínez, *El Derecho Penal Uruguayo y las nuevas tendencias dogmático penales*, Tomo I, F.C.U., 2000, págs. 52 y 53).

VI.c) La Suprema Corte ha sostenido recientemente, revalidando conceptos vertidos por el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de segundo turno: "*El principio de legalidad penal, comprende una doble garantía: por un lado, una garantía referente a la*

necesidad de una predeterminación normativa suficiente de las conductas y sus penas, a través de una tipificación precisa, dotada de la adecuada concreción en la descripción que incorpora (*lex certa*); y por otro lado, una garantía de orden formal, consistente en la necesidad de una norma, como presupuesto de la actuación punitiva del Estado, que ostente rango de Ley. La jerarquía constitucional del principio de legalidad formal significa que, la única fuente de producción de la ley penal en el sistema patrio, son los órganos constitucionalmente habilitados, y la única ley penal, es la ley formal de ellos emanada, conforme al procedimiento establecido por la propia Constitución. Esta solución no admite que la doctrina, la jurisprudencia o la costumbre nacional o internacional, puedan habilitar el poder punitivo del Estado. El principio de legalidad es, pues, 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, como se ha visto, en el Código Penal" (Sentencia No. 1501/2011 de la Corporación).

VI.d) El artículo tercero de la norma impugnada establece: "[d]eclárase 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".

Los delitos a que refieren los artículos anteriores son, como se sabe, aquellos comprendidos en el artículo primero de la Ley No. 15.848, esto es delitos cometidos antes del 1º de marzo de 1985, tal como señala la norma. Consecuentemente, por la vía de declarar que delitos cometidos antes del año 1985 son "crímenes de lesa humanidad", la Ley No. 18.831 aplica a hechos acaecidos antes de 1985 una ley penal que no existía en ese período, lo que la Constitución prohíbe.

El análisis de la evolución legislativa en nuestro país de la tipificación de los "crímenes de lesa humanidad" muestra que su incorporación es muy posterior a la fecha de comisión de los delitos contemplados en la Ley No. 15.848, y se inicia recién a partir del año 2001. 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, fue aprobada por la Ley No. 17.347 (fecha de promulgación: 13 de junio de 2001). En el año 2002 la Ley No. 17.510 aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, suscrito en Roma el 17 de

julio de 1998 y suscrito el 19 de diciembre de 2000 (fecha de promulgación: 27 de junio de 2002). En el año 2006 la Ley No. 18.026 establece en su Título II una serie de crímenes considerados de Lesa Humanidad y consagra su imprescriptibilidad (fecha de promulgación: 25 de setiembre de 2006).

En consecuencia, ni las normas que establecen la imprescriptibilidad de estos delitos, ni los tipos penales previstos por tales leyes pueden tener aplicación con relación a hechos acaecidos antes de su incorporación a nuestro ordenamiento.

Proceder de otro modo supone violar el principio constitucional de legalidad en materia penal, el cual consagra un derecho humano básico.

VII) **La incidencia del fallo de la CIDH en la resolución del caso.**

La Corporación debe examinar lo atinente a la incidencia que el Sr. Fiscal de Corte atribuye, sobre el objeto de este proceso de inconstitucionalidad por vía de excepción, a fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (fs. 136 vto. y ss.).

Sostiene el Sr. Fiscal de Corte, que el fallo de la CIDH de fecha 24 de febrero de 2011, dictado en el caso "GELMAN vs. URUGUAY", tiene

efectos que alcanzan a los procesos en que se impugne la constitucionalidad de la Ley No. 18.831: "... en el proceso de autos no son aplicables las normas cuya inaplicabilidad se pretende por parte de los impugnantes..., sino que lo que corresponde es cumplir la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 24 de febrero de 2011, dictada en el caso 'Gelman versus Uruguay'..." (fs. 1527).

La mayoría que suscribe esta sentencia no comparte esa afirmación.

VII.a) El Ministro redactor destaca que el Estado, como miembro de la comunidad internacional, reconoce la jurisdicción de los Tribunales Internacionales y, entre ellos, la Corte Internacional de Justicia y la Corte Penal Internacional y, asimismo, aunque no provengan de un tribunal, las decisiones del Comité de Derechos Humanos, en lo que refiere al sistema universal de protección de los Derechos Humanos.

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

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

de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Tratados y principios que obligan a dar fiel cumplimiento a las disposiciones emanadas de los tribunales internacionales en materia de derechos humanos.

Ello impone, pues, además de la plena observancia de las normas y principios relativos a Derechos Fundamentales de la Constitución, el pleno respeto de la normativa que, precisamente y para empezar, se invoca por fundamento de la referida sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (*i.a.*, Carta de la OEA, Convención Americana sobre Derechos Humanos), en pie de igualdad con la necesaria aplicación de las normas protectoras de Derechos Humanos del sistema universal del cual el Uruguay es igualmente parte (lo que, por lo demás, se establece en el art. 29 de la Convención).

Por lo que, entonces, concluye, obviamente, nunca cabría soslayar principios constitucionales de garantía de Derechos Humanos o Fundamentales, del propio Estado que acepta la jurisdicción de la Corte Interamericana, como tampoco los que imponen los referidos sistemas americano y universal de protección de esos derechos.

Para el Ministro redactor, nada puede justificar que el Estado -Estado parte de

dichos sistemas internacionales- deba o pueda llevar a cabo acciones que sean contrarias a los Derechos Humanos reconocidos a los individuos, tanto por su legislación interna tanto como por la normativa con fuente en esos sistemas internacionales.

No existe razón que justifique ignorar la normativa tutelar de derechos fundamentales, consagrada tanto en el derecho interno como en el derecho internacional de los Derechos Humanos.

Y esto, destaca el redactor, es especialmente insoslayable para los órganos jurisdiccionales nacionales que deben garantizar la plena vigencia de los llamados Derechos Humanos o Derechos Fundamentales (art. 23 de la Constitución).

Punto que reviste importancia a la luz de conclusiones de la sentencia de la CIDH a que hace referencia el Sr. Fiscal de Corte.

Ello porque entre tales conclusiones, en su párrafo 254, ese fallo expresa: *"En consecuencia, el Estado debe disponer que ninguna norma análoga, como prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, non bis in idem o cualquier excluyente similar de responsabilidad sea aplicada..."*.

La lectura de ese párrafo de la sentencia de la CIDH impone, necesariamente,

reparar las normas del derecho internacional de los Derechos Humanos, comenzando por la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la que ese fallo se apoyaría.

Porque en efecto, la Convención consagra como garantía de tales Derechos, primero, la irretroactividad de la ley penal (art. 9: "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...").

Segundo, establece que el inculcado absuelto por una sentencia firme (*i.e.*, cosa juzgada) no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos (*non bis in idem*, art. 8 num. 4:).

Tercero, consagra la prohibición a los Estados partes de desconocer el principio de no retroactividad de la ley penal, y esto hasta en las llamadas situaciones de excepción que impliquen suspensión de ciertas garantías: "La disposición precedente [en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado]no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: ...9 (Principio de Legalidad y de

Retroactividad)...ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos" (art. 27 num. 2).

Como también, ineludiblemente, han de recordarse las normas de interpretación de la Convención de su art. 29: "Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

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

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

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

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

internacionales de la misma naturaleza".

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

Agrega asimismo el Ministro redactor que la Corte Interamericana carece de competencia penal, como lo estableció con memorable integración en el caso "Velásquez Rodríguez vs Honduras", haciéndolo en la oportunidad de acuerdo con ilustrada doctrina de derecho internacional. Se dice en ese trascendente fallo de la Corte Interamericana:

"132.- El procedimiento ante la Corte, como tribunal internacional que es, presenta particularidades y carácter propios por lo cual no le son aplicables, automáticamente, todos los elementos de los procesos ante tribunales internos.

133.- Esto, que es válido en general en los procesos internacionales, lo es más aún en los referentes a la protección de los derechos humanos.

134.-En efecto, la

protección internacional de los derechos humanos no debe confundirse con la justicia penal. Los Estados no comparecen ante la Corte como sujetos de acción penal. El Derecho internacional de los derechos humanos no tiene por objeto imponer penas a las personas culpables de sus violaciones, sino amparar a las víctimas y disponer la reparación de los daños que les hayan sido causados por los Estados responsables de tales acciones...

189.- El artículo 63.1 de la Convención dispone: Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada. Es evidente que en el presente caso la Corte no puede disponer que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. En cambio, es procedente la reparación de las consecuencias de la situación que ha configurado la violación de los derechos especificados en este caso por la Corte, contexto dentro del cual cabe el pago de una justa indemnización".

Lo que viene al caso por

cuanto, ahora, en el fallo que invoca el Sr. Fiscal de Corte, la Corte Interamericana ingresaría en lo que constituye materia propia de los tribunales penales y no de los tribunales de Derechos Humanos.

Conforme lo destacara el distinguido Profesor de Derechos Humanos y Derecho Internacional Público Dr. Fernando Urioste Braga:

"...la Corte Interamericana no tiene competencia penal. Así lo reconoció en su primera sentencia en el caso Velásquez de acuerdo con toda la doctrina de derecho internacional. Pero este es un aspecto que la Corte olvida o confunde a menudo, así en su jurisprudencia invade la jurisdicción penal sin darse cuenta o porque no domina la materia internacional... En otra oportunidad señalé las diferencias entre las jurisdicciones de derechos humanos y penales. La primera juzga exclusivamente los hechos a la luz de los derechos humanos a fin de establecer si son o no respetados; el juez penal tiene que calificar esos hechos según los tipos o figuras penales establecidas en la ley penal" (carta publicada en el semanario "Búsqueda", 5 de mayo de 2011).

Por supuesto, todavía es de mencionar la existencia de una extensa normativa

internacional del sistema universal que obliga al Estado uruguayo.

Porque en efecto, nuestro Estado como parte del sistema universal de protección de los Derechos Humanos, ratificó los Pactos de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de Derechos Civiles y Políticos, y su Protocolo Facultativo que habilita (artículo 2) a presentar denuncias de violaciones de Derechos Humanos reconocidos en el Pacto, ante el órgano de contralor de cumplimiento del mismo (Comité de Derechos Humanos de la ONU).

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

Y en tal sentido, cabe destacar diversas normas del Pacto de Derechos Civiles y Políticos: el art. 2 (obligación de respetar y garantizar los derechos reconocidos en el Pacto a todos los individuos que se encuentren en su territorio), el art. 5 (ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender acciones o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertados reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la

prevista en él), el art. 14.7 (nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país), el art. 15 (nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello) y el art. 4 que, aun en situaciones o estados de excepción, que pongan en peligro la vida de la nación, no autoriza a suspender las disposiciones del art. 15.

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

También, todavía, Uruguay

es parte del Estatuto de Roma que creara la Corte Penal Internacional que establece en su art. 20 que: "nadie será procesado por la Corte en razón de conductas constitutivas de crímenes por los cuales ya hubiere sido condenado".

Como en su art. 22.2 dispone: "La definición de crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía. En caso de ambigüedad, será interpretada en favor de la persona objeto de investigación, enjuiciamiento o condena". Y a su vez, el art. 24 el mismo Estatuto establece la irretroactividad *ratione personae* al afirmar que: "Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor.

De modificarse el derecho aplicable a una causa antes de que se dicte la sentencia definitiva se aplicarán las disposiciones más favorables a la persona objeto de la investigación, el enjuiciamiento o la condena".

Por cuyas razones, el Sr. Ministro redactor estima (sin dejar de coincidir con las demás razones de la mayoría que se expondrán a continuación, y sin perjuicio de ellas) que la opinión del Sr. Fiscal no puede ser recibida por cuanto los

artículos impugnados por inconstitucionalidad vulneran la normativa tanto de fuente nacional como de fuente internacional que se viene de examinar.

VII.b) Expresan los Sres. Ministros Dres. Larrieux y Chediak (y lo comparte el Ministro redactor), que, en el año 1985, la República Oriental del Uruguay ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos celebrada en San José, Costa Rica, entre los días 7 y 22 de noviembre de 1969. El instrumento de ratificación, de fecha 26 de marzo de 1985, fue depositado el 19 de abril de 1985 en la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos. El gobierno de la República Oriental del Uruguay declaró que reconoce la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por tiempo indefinido y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención, bajo condición de reciprocidad, de acuerdo a lo establecido en sus artículos 45 párrafo 3, y 62, párrafo 2.

Por lo que viene de expresarse, no cabe duda que las sentencias emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son actos jurisdiccionales producidos por dicho órgano internacional, cuya jurisdicción y competencia ha sido

32

reconocida expresamente por Uruguay, en el momento del depósito del instrumento de ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Se deriva de ello que -en observancia de su obligación internacional- nuestro país, como Estado condenado, debe proceder de buena fe a dar cumplimiento a lo dictaminado por dicha Corte.

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

"Es preciso señalar, ante todo, que ninguna disposición de la CADH establece que la jurisprudencia sentada en las sentencias u opiniones consultivas de la Corte IDH o en los informes de la Com IDH sea obligatoria para las autoridades nacionales. El artículo 68.1 CADH, que establece que '[l]os Estados partes se comprometen a cumplir la decisión de la Corte Interamericana en todo caso en que sean partes', no se refiere a la jurisprudencia, sino a la parte resolutive de la sentencia o resolución de la Corte IDH. Por ello, en la CADH no puede encontrarse el fundamento de un

deber de derecho internacional de seguir la jurisprudencia de los órganos del sistema interamericano.", Ezequiel Malarino, "Acerca de la pretendida obligatoriedad de la jurisprudencia de los órganos interamericanos de protección de Derechos Humanos para los Tribunales Nacionales", publicado en "Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional", Tomo II, 2011, Konrad Adenauer Stiftung, pags. 427 a 428.

Además, corresponde tener presente que "...la Corte IDH afirmó la existencia de un deber de las autoridades judiciales nacionales de seguir su jurisprudencia al resolver los pleitos internos a través de la doctrina del control de convencionalidad.

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

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

Al establecer la doctrina del control de convencionalidad, la Corte IDH sugiere una razón. Argumenta que los tribunales nacionales deben seguir su jurisprudencia, porque ella es 'intérprete última de la Convención Americana'. Sin embargo, este es un argumento poco afortunado, porque el hecho de que la Corte IDH sea la autoridad final en el sistema interamericano (siendo sus sentencias definitivas y no revisables: artículo 67 CADH) no apoya la conclusión de

que las autoridades locales estén obligadas a seguir su jurisprudencia al aplicar la CADH en los procesos internos. En verdad, este argumento solo dice que la Corte IDH tendrá la última palabra en relación con la interpretación de la CADH en los procesos interamericanos.

Ni siquiera es idóneo para fundar la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte IDH en los procesos interamericanos (esto es, para la Com IDH), pues la cuestión de la obligatoriedad de la jurisprudencia es diferente de la cuestión de la definitividad e irrevocabilidad de una decisión. Un tribunal de última instancia tiene ciertamente la última palabra sobre un caso, pero la doctrina del caso no es necesariamente obligatoria para otros casos y otros tribunales. Para que esto sea así el sistema debe contar con una regla adicional que establezca el carácter vinculante de los precedentes (*stare decisis et quia non movere*) y esta regla no existe en el sistema interamericano. Por eso, mal puede derivarse una obligación de seguir la jurisprudencia del solo hecho de que un tribunal tenga la autoridad final para decidir un caso", Ezequiel Malarino, Ob. cit., págs. 428 y 429.

Conforme lo que viene de señalarse, teniendo particularmente en cuenta que como

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

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

En el caso, nos encontramos ante un proceso de inconstitucionalidad promovido por vía de excepción, respecto del cual su resolución compete, en forma originaria y exclusiva, a la Suprema Corte de Justicia. Ésta sólo puede expedirse

-conforme sus facultades- pronunciándose sobre la conformidad o no de la norma en cuestión con las reglas y principios constitucionalmente consagrados. Sólo en ese marco corresponde emitir pronunciamiento a la Corporación en esta causa, teniendo presente que *"La aceptación de la competencia de los órganos interamericanos en relación con los procesos interamericanos no altera la asignación de competencias judiciales establecida en la Constitución, ni la independencia de criterio de los jueces nacionales garantizada en ella"* Ob. Cit., pág. 433.

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

A esto corresponde añadir que, para los delitos cometidos durante la dictadura y amparados por la Ley de Caducidad, no se creó ninguna prescripción especial, sino que, simplemente, regían los mismos términos extintivos que para cualquier otro delito, por lo que, en la especie, no sería de aplicación la condena impuesta por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a la remoción de las leyes de prescripción establecidas

especialmente para esos casos, puesto que no se dictaron leyes de tal naturaleza.

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

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

Viene al caso señalar que el imperio del texto constitucional deriva de la

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

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

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

Nacional.

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

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

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

Las Cortes Supremas y Tribunales Constitucionales tampoco están exentas de ese

control de convencionalidad, pues para ellas no alcanzaría con limitarse a confrontar la norma interna con el texto constitucional sino analizar si además es o no convencional (Caso Boyce y otros con Barbados, 20.11.2007, serie C 169).

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

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

las reglas habituales del debido proceso" (Dificultades operativas del control de convencionalidad en el sistema interamericano, en *El Estado de Derecho hoy en América Latina*, KAS págs. 21 -29).

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

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

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

Por ello, "Conectado con lo dicho es la conveniencia de interpretar la Convención Americana, dentro de lo posible y razonable, atendiendo las particularidades locales, según la doctrina del margen de apreciación nacional. Tal contemplación, que evita autismos normativos o 'internacionalismos salvajes' (como alguna vez se los denominó) afianza, en vez de debilitar, la solidez y eficacia del Pacto de San José de Costa Rica" (Sagües, Obligaciones internacionales y Control de Convencionalidad, en Estudios Constitucionales, Año 8, No. 1/2010, págs. 117-136).

VII.c) El miembro integrado, Doctor José Balcaldi Tesauro, expresó que no comparte el dictamen del Señor Fiscal de Corte en cuanto expresa que:

"...no corresponde pronunciarse sobre la constitucionalidad o no de las disposiciones legales cuestionadas por ser inaplicables...". Y ello porque, a su juicio, en esta causa, las normas legales cuya inconstitucionalidad se impugna están siendo aplicadas expresamente según se vio, lo cual revela una inconsistencia en el planteo referido.

Entonces, si se están aplicando por el Sr. Juez Penal como claramente lo señala en la sentencia, es imperativo que

la Suprema Corte de Justicia se expida sobre la constitucionalidad o no de los referidos artículos de la ley 18.831, pues es ese y no otro el objeto del proceso de inconstitucionalidad de la ley. El hecho de que el Sr. Fiscal de Corte entienda que son otras las normas que deben regular el caso y que las impugnadas no se deben aplicar, no implica que así no haya acontecido concretamente de acuerdo a los fundamentos expuestos por el Señor Juez de la causa en ejercicio de su independencia técnica, como sin hesitación aconteció en el caso, tal como surge de la resolución que desestima la solicitud de clausura y archivo por haber operado la prescripción (a fs. 1300). Entiende el Sr. Ministro integrado Doctor Balcaldi Tesauro que el objeto específico del proceso que se ventila, es el control de constitucionalidad de determinadas normas legales aplicadas o aplicables que fueron tachadas de inconstitucionales, todo según se regula en los artículos 508 a 522 del Código General del Proceso.

VIII) Respecto de la invocada inconstitucionalidad del artículo 1º de la Ley N° 18.831, en concepto de los Sres. Ministros Dres. Larrioux, Chediak, Pérez Manrique, y el miembro integrado Dr. Balcaldi Tesauro -aunque por diversos fundamentos- no le asiste razón a los excepcionantes.

En este orden, los
45

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

En lo que dice relación a la alegada inconstitucionalidad del artículo 1 de la Ley No. 18.831, entiende el Sr. Ministro Dr. Larrioux que como se sostuvo en la referida Sentencia de la Corporación No. 1.501/2011, la Ley No. 15.848 no consagró una amnistía, por lo que los delitos comprendidos en su artículo primero no dejaron de existir, sino que se eliminó la posibilidad de accionar para su persecución por parte del Ministerio Público. Por lo tanto la norma contenida en el artículo 1 de la Ley No. 18.831 no implicó innovación penal retroactiva alguna. A su vez, el artículo 1 de la Ley No. 15.848 fue declarado inconstitucional por la Suprema Corte de Justicia mediante Sentencia No. 365/2009, por lo que la

46

norma en estudio viene a regular la situación, adecuándola a los preceptos constitucionales, según lo dispuesto en el fallo de la Corporación.

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

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

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

En criterio del Sr.

Ministro Dr. Chediak, el ejercicio por el cuerpo electoral de la posibilidad de referéndum sobre una determinada norma no supone que en caso de su desestimación (como ocurrió con la Ley 15.848) se confiera a la Ley cuestionada un valor tal que escape a las posibilidades derogatorias que la Carta confiere del Poder Legislativo, pues ello no emerge de ninguna norma constitucional. Coincide con este temperamento el Señor Ministro integrado Doctor José Balcaldi Tesauro, quien expresa además que el artículo 1º es constitucional, puesto que se trata de una norma de rango legal que deroga otra anterior de igual categoría.

El miembro integrado Doctor Balcaldi Tesauro entiende que la derogación del artículo 1º no afecta derechos adquiridos, ya que el hecho de remover un obstáculo para habilitar la investigación de determinados sucesos por los Tribunales no hace otra cosa que restablecer el principio general amparado en la Constitución del libre ejercicio del derecho de los ciudadanos de recurrir a la Justicia y, de los titulares de la pretensión punitiva del Estado a cumplir con su poder-deber. Por otra parte, el Señor Ministro que concurre a integrar la Corporación, expresa que no asiste razón al accionante en cuanto tiene derechos adquiridos por haber sido beneficiario de una ley de amnistía general. En tal sentido, y tal como lo

48

sostuviera en su calidad de integrante de la Sala penal de segundo turno en Sentencia No. 1/2010, señala que la Ley No. 15.848 no constituyó una amnistía. Se manifestó en esa oportunidad que al ser la amnistía un acto de clemencia soberana, la *generalis abolitio* de los romanos a la que refirió Irureta Goyena, la regulación prevista en la Ley No. 15.848 no reviste, no se compadece, con la nota de generalidad que reclama dicha causa de extinción del delito. En efecto, el funcionario policial, militar, asimilado o equiparado no resulta comprendido en la caducidad de la pretensión punitiva del Estado por el sólo ministerio de la ley referida (como sucede, por ejemplo, con la Ley 15.737), sino que resultará abarcado si se verifican otros dos supuestos necesarios: a) pedido de informes del Juez de la causa, y, b) decisión del Poder Ejecutivo acerca de "...si el hecho investigado lo considera comprendido o no en el artículo 1º...".

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

Finalmente, entiende el Señor Ministro Doctor Chalar que, constatada la

inconstitucionalidad de los art. 2º y 3º de la Ley 18.831 y la consiguiente ausencia de un presupuesto para el ejercicio y progreso de la acción penal, ello agota el interés del actor, excluyendo su legitimación para reclamar un pronunciamiento respecto del artículo 1º, por cuya razón no ingresa al examen de la pretendida declaración de inconstitucionalidad del mismo.

Por lo expuesto, y de conformidad con lo dispuesto por los artículos. 508 y ss. del Código General del Proceso, y artículos. 256 y ss. de la Constitución Nacional, la Suprema Corte de Justicia, por mayoría

FALLA:

DECLÁRANSE INCONSTITUCIONALES E INAPLICABLES RESPECTO DEL SR. J. R. Z. Q. LOS ARTÍCULOS 2º Y 3º DE LA LEY No. 18.831, DESESTIMÁNDOSE EN LO DEMÁS.

SIN ESPECIAL CONDENACIÓN PROCESAL.

COMUNÍQUESE A LA ASAMBLEA GENERAL. Y DEVUÉLVASE.

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

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

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

DR. JOSÉ BALCALDI
MINISTRO

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

DISCORDE DESESTIMO EL
EXCEPCIONAMIENTO DE
INCONSTITUCIONALIDAD
INTRODUCIDO.

I) Ingresando al mérito, las presentes actuaciones se inician por denuncia de Julio Castro Ures, respecto de la desaparición forzada de su padre Julio Castro, de fecha 9 de julio de 1985 (fs. 2-6).

Desestimada la excepción de inconstitucionalidad de la Ley No. 15.848 (fs. 154-155), por Oficio de fecha 18.IX.1989 se comunica que la Presidencia de la República ha declarado que los hechos denunciados se encuentran comprendidos por el art. 1 de la Ley No. 15.848. Ante la existencia de nuevos elementos, aparición de los restos de quien fuera en vida Julio Castro a fs. 232 D/280 de fecha 17 de agosto de 2010 SE EXCLUYE EXPRESAMENTE EL PRESENTE CASO QUE SE DECLARA NO COMPRENDIDO EN LA HIPÓTESIS DEL ART. 1 DE LA LEY No. 15.848, DECISIÓN ADMINISTRATIVA FIRME.

En posición coincidente a la postulada por el Sr. Fiscal de Corte se entiende que no corresponde a la Corporación ingresar al análisis de la declaración de inconstitucionalidad peticionada por el excepcionante en la medida que no se trata de disposiciones que resulten de aplicación al caso concreto.

Como se señala acertadamente por el Sr. Fiscal de Corte a fs. 1542 y ss. a partir de la reseña de las actuaciones la solución desestimatoria se impone en la medida que la normativa en análisis no es aplicable a este caso concreto.

Ello por cuanto al remitirse sus disposiciones a los delitos comprendidos en el art. 1 de la Ley No. 15.848 de 22 de diciembre de 1986 de acuerdo a la resolución actual del Poder Ejecutivo de fecha 17 de agosto de 2010, lo excluyó expresamente, dejando sin efecto la decisión del Ejecutivo de la época que lo consideró comprendido dentro de la misma.

Así, a fs. 161 la Suprema Corte de Justicia en oficio librado al Juez de la causa en fecha 18 de setiembre de 1989 cumple en hacerle saber que *"... el Poder Ejecutivo informó que los hechos denunciados se encuentran comprendidos en el art. 1º de la ley 15.848"*, lo que determinó el archivo de las

actuaciones.

Elevados los autos por la Sede competente al Poder Ejecutivo, a fin de que determinara si consideraba el caso comprendido o no dentro del supuesto de caducidad de la pretensión punitiva del Estado consagrado en el art. 1 de la Ley No. 15.848, el 17 de agosto de 2010 (fs. 232) se expresa:

"CONSIDERANDO:

I) que la referida normativa no resulta de aplicación al caso.

II) que, por lo tanto, corresponde devolver estos antecedentes al Poder Judicial, determinando que el caso consultado no se considera comprendido dentro del artículo 1º de la ley N° 15.848..."

"...El Presidente de la República RESUELVE:

1º. Devuélvanse estos antecedentes al Poder Judicial declarando que el caso consultado no se encuentra comprendido dentro de lo establecido por el artículo 1º de la ley N° 15.848..."

II) Procede, en el presente nivel de análisis, determinar la incidencia que tal declaración conlleva en el subexamine.

La norma cuestionada

establece en su art. 1: *"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 Nº 15.848, de 22 de diciembre de 1986"*.

Como se señala en el dictamen fiscal referido, la norma citada deviene inaplicable en la especie en virtud de que de su propio texto surge que sólo se aplica a los delitos comprendidos en el art. 1 de la Ley No. 15.848, en tanto, si bien en primera instancia el Poder Ejecutivo lo entendió comprendido, a posteriori, lo excluyó expresamente, decisión que por demás no fue objeto de cuestionamiento alguno.

Acto administrativo que se encuentra firme al no haber sido impugnado conforme a derecho.

Igual razonamiento cabe aplicar respecto del art. 2 en cuanto a su ámbito de aplicación restringido comprendiendo sólo los delitos en ella enunciados al establecer que: *"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"* así como respecto

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

III) Al decretar el procesamiento del Sr. Z. el a quo argumenta que el de autos se trata de un crimen de lesa humanidad, en consecuencia - sostiene- por su naturaleza resulta imprescriptible. Cita abundante doctrina y jurisprudencia.

Señala que el Poder Ejecutivo con fecha 30 de junio de 2011 dejó sin efecto las decisiones administrativas que impedían investigar hechos comprendidos en la Ley No. 15.848. Ignora así que un año antes el presente caso había sido excluido, habilitándosele la investigación judicial del mismo. Decisión administrativa que no fuera impugnada.

Menciona como un argumento más la aprobación de la Ley No. 18.831.

Pero tal ley es modificativa de la Ley No. 15.848 que no es de aplicación en autos, su invocación en consecuencia no constituye elemento decisivo del rechazo de la prescripción por la sencilla razón que es asunto excluido del ámbito de la misma.

IV) Corresponde tener presente que en nuestro sistema de contralor constitucional el

efecto de inaplicación de la ley al caso concreto es el que se produce en todos los sistemas difusos, en los cuales, cualquier juez, en ocasión de aplicar la ley, decide si ésta es o no legítima, especificándose en cuanto al ámbito de actuación del órgano constitucional: *"En esencia la actividad consiste en resolver un conflicto de normas que se plantea -generalmente- con motivo de la aplicación de las mismas a un determinado caso concreto"*.

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

El citado autor también releva como requisito de contenido la relación con la causa principal (pertinencia o relevancia) en los siguientes términos: *"Es natural que si se pretende obtener un pronunciamiento que valdrá para el caso que se está controvirtiendo ante el Juez, el mismo tenga que tener una relación directa con la causa en cuestión. Si fuera ajeno a la misma, carecería de razón plantearla en el juicio principal. La doctrina y la jurisprudencia se muestran exigentes reclamando que la 'quaestio'*

planteada deba 'ser un antecedente lógico y necesario para la resolución del Juez. Es imprescindible que exista una conexión indispensable entre la ley impugnada y la cuestión en discusión (pertinencia)'" (ob. cit. pág. 161).

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

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

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

Este Tribunal sostuvo en Sentencia No. 24/99, citando fallos anteriores que: "... *la Corte se halla facultada para declarar si una ley es o no constitucional; su examen entonces debe constreñirse a la norma y determinar si la misma colide o no con textos o principios superiores que emanan de la Constitución...Los fundamentos en que se apoya este criterio son claros en opinión de la Corte; la declaración acerca de la constitucionalidad de una ley sólo es pertinente si ésta es de aplicación necesaria e ineludible en un caso concreto...; por el contrario a la Corte en la materia le está vedado efectuar declaraciones genéricas y emitir opiniones sobre cuestiones abstractas de derecho...*".

En función de ello corresponde concluir que no corresponde aplicar al caso de autos las disposiciones cuestionadas en la medida que el ámbito de aplicación de la norma se encuentra restringido a los delitos comprendidos en el art. 1 de la Ley No. 15.848, entre los cuales no se encuentra el caso de autos, por haber sido excluido del mismo por el Poder Ejecutivo en forma expresa.

VI) En suma: no corresponde pronunciarse sobre la alegada inconstitucionalidad toda vez que en autos según resulta de fs. 60 dicha norma no es aplicable por Resolución del Poder Ejecutivo que no fuera impugnada en la vía administrativa correspondiente.

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

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

VII) Se cuestiona en autos la norma impugnada, en cuanto declara el carácter de delitos de lesa humanidad de los previstos en la Ley No.

15.848 y las consecuencias de tal afirmación respecto del cómputo de los plazos de prescripción de la acción penal, lo que comprende eventuales agravios constitucionales derivados de los arts. 2 y 3 de la Ley No. 18.831.

A criterio de este Ministro el impugnante no puede invocar lesión a un interés directo, personal y legítimo.

El Sr. Julio Castro estuvo desaparecido hasta que fueron hallados su restos en el mes de octubre de 2011 a partir de dicho momento se verificó que fue asesinado con posterioridad a su detención, pudiéndose recién ejercer la acción penal por el delito de homicidio.

La acción penal no se extinguió, lo que a mi criterio determina que el excepcionante carece además de legitimación para impugnar la Ley No. 18.831 por inconstitucionalidad.

Es también dudoso que la prescripción haya operado a favor del excepcionante, pues la Resolución No. 322 del Poder Ejecutivo que excluyó el caso de la Ley No. 15.848 tiene efectos extunc.

Al efecto, Durán Martínez afirma: *"Si la revocación es por razones de legalidad y no existe recurso es discrecional aunque limitada por la*

60

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

Resulta evidente que será el Juez de la causa quien deberá resolver estas cuestiones, ajenas al ámbito de la declaración de inconstitucionalidad propuesta en autos.

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

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

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

constitucional puso en manos de aquél".

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

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

Como señala Nogueira, en la medida en que los derechos humanos son inherentes a la dignidad humana, ellos limitan la soberanía o potestad estatal, no pudiendo invocarse esta última para justificar su vulneración o para impedir su protección internacional, no pudiendo invocarse el principio de no intervención cuando se ponen en ejercicio las instituciones, los mecanismos y las garantías establecidas por la comunidad internacional para

asegurar la protección y garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de toda persona y de todas las personas que forman parte de la humanidad (citado por Martín Risso Ferrand, ob. cit., págs. 114 y 115).

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

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

"A modo de síntesis, la ilegitimidad de una Ley de amnistía dictada en beneficio de funcionarios militares y policiales que cometieron delitos de esta naturaleza, gozando de impunidad durante regímenes de facto, ha sido declarada por órganos jurisdiccionales, tanto de la comunidad internacional como de los Estados que pasaron por procesos similares al vivido por el Uruguay en la misma época. Tales pronunciamientos, por la similitud con la cuestión analizada y por la relevancia que han tenido, no podrían soslayarse en el examen de constitucionalidad de la Ley No. 15.848 y han sido tenidos en cuenta por la Corporación para dictar el presente fallo".

La norma impugnada, Ley

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

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

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

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

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

"Los Estados Partes de la Convención se comprometen a cumplir la decisión en todo

caso en sean partes" (Ochs Olazábal, "El fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Gelman con Uruguay", La Ley Uruguay, Año IV N° 7, julio 2011; Blengio Valdés, Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gelman vs. Uruguay", Revista de Derecho Público, FCU, Montevideo, año 2011, N° 39; Riso Ferrand, Cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Newsletter, El Derecho Digital Uruguayo).

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

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

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

De entenderse que la norma establecida en el Artículo 3 de la Ley No. 18.831 al

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

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

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

El Estatuto del referido Tribunal Militar, en su art. 6 establece:

"a. *CRIMENES CONTRA LA PAZ: A saber, planificar, preparar, iniciar o librar guerras de agresión, o una guerra que constituya una violación de Tratados, acuerdos o garantías*

internacionales, o participar en planes comunes o en una conspiración para lograr alguno de los objetivos anteriormente indicados.

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

c. CRIMENES CONTRA LA HUMANIDAD: A saber, el asesinato, la exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra la población civil antes de la guerra o durante la misma; la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna del país donde se perpetraron".

El Tribunal de Nuremberg se constituyó por Ley No. 10 del Consejo de Control

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

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

En función de lo cual el Presidente de la República *"Que corresponde que el Uruguay, como país beligerante y miembro de las Naciones Unidas preste su adhesión y coadyuve en los planes adoptados, planes que, en materia de crímenes de guerra se hallan también aconsejados por el Comité Jurídico Interamericano de Rio de Janeiro del 30 de julio de 1945"*.

Decretó la autorización al

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

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

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

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

El art. 1 establece la imprescriptibilidad cualquiera sea el tiempo en que se hayan cometido de, entre otros los crímenes de lesa humanidad.

Uruguay, se encuentra en situación de obligación internacional respecto del cumplimiento del Estatuto del Tribunal de Nuremberg al

haber adherido especialmente aceptando su competencia.

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

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

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

La interpretación pro homine de tal norma permite a concluir que la Convención tiene por finalidad reconocer una situación jurídica que se define por la carencia de tiempos que los vuelvan no perseguibles penalmente. Ello es así por la naturaleza de estas conductas y porque es la Humanidad, la afectada en última instancia por estos delitos.

Pero además tiene

recepción este tipo de crímenes en nuestros 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.

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

El derecho de gentes que equivale a la alemana 'Volkerrecht', es la traducción castellana del 'ius gentium' romano no es otra cosa que la antigua denominación del Derecho Internacional Público. Incluso en nuestra Facultad de Derecho (antigua Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Mayor de la

República) se enseñó Derecho de Gentes a partir del año 1963, habiéndose publicado Curso Elemental de Derecho de Gentes por el primer catedrático Gregorio Perez Gomar" (cfme. "Derecho Constitucional Contemporáneo", Tomo II, Tercera Edición actualizada, F.C.U. pág. 223).

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

la Suprema Corte debe juzgar (en primera o ulterior instancia, según ya hemos explicado)" (Primer Curso de Derecho Público- Derecho Internacional, F.C.U, pág. 572).

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

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por Ley No. 13.751:

"Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional...

Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional".

La Convención Americana de Derechos Humanos, en su Artículo 9 - Principio de legalidad y de retroactividad -, refiere al derecho aplicable, excediendo el nivel de la ley interna:

"Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivas según el derecho aplicable".

En el mismo sentido el art. 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos establece que no hay pena sin ley:

"1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida.

2. El presente artículo no impedirá el juicio o la condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocido por las naciones civilizadas".

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, ampara la existencia de este orden normativo en su art. 53:

"Es nulo todo tratado que en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma

imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter".

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

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

Norma general de jus cogens internacional, aplicable por todos los Estados, más allá de su codificación a través del Estatuto de Roma. El efecto de éste es añadir certeza y taxatividad a algo preexistente.

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

El Estado ha reconocido por Ley No. 18.596:

"el quebrantamiento del Estado de Derecho que impidiera el ejercicio de derechos fundamentales a las personas, en violación a los Derechos Humanos o a las normas del Derecho Internacional Humanitario, en el período comprendido desde el 27 de junio de 1973 hasta el 28 de febrero de 1985" (art. 1°).

Por la misma Ley se ha reconocido *"la responsabilidad del Estado uruguayo en la realización de prácticas sistemáticas de tortura, desaparición forzada y prisión sin intervención del Poder Judicial, homicidios, aniquilación de personas en su integridad psicofísica, exilio político o destierro*

de la vida social, en el período comprendido desde el 13 de junio de 1968 hasta el 26 de junio de 1973, marcado por la aplicación sistemática de las Medidas Prontas de Seguridad e inspirado en el marco ideológico de la Doctrina de la Seguridad Nacional” (art. 2).

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

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

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

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

que si bien la aprobación de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad se produjo con posterioridad a esos hechos, dicho 'instrumento' sólo afirma la imprescriptibilidad, lo que importa el reconocimiento de una norma ya vigente (*jus cogens*), en función del derecho internacional público de origen consuetudinario. De esta manera, no se fuerza la prohibición de irretroactividad de la ley penal, sino que se reafirma un principio instalado por la costumbre internacional, que ya tenía vigencia al tiempo de comisión de los hechos" (cfme. "Derechos Humanos: Justicia y reparación." Ricardo Luis Lorenzetti y Alfredo Jorge Kraut", pág. 138 a 139).

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

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

En definitiva, rechazo la

excepción de inconstitucionalidad respecto de los artículos 2 y 3 de la Ley No. 18.831.

Primero porque no se aplican en el caso de autos.

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

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

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

No todos los delitos

comprendidos en la Ley No. 15.848 son de lesa humanidad, pero algunos sí lo son y ello será determinado por el tribunal de mérito, que deberá calificar si las conductas delictivas tipificadas en el Código Penal cometidas en el marco de la acción del terrorismo de Estado constituyen o no crímenes de lesa humanidad.

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