

916/2019	Suprema Corte de Justicia	ALTA	DEFINITIVA
Fecha	Ficha	Procedimiento	
01/04/2019	545-75/2018	PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD	

Materias	
DERECHO PROCESAL PENAL	
DERECHO PENAL	

Firmantes	
Nombre	Cargo
Dra. Elena MARTINEZ ROSSO	MINISTRO S.C. de J.
Dr. Jorge Omar CHEDIAK GONZALEZ	MINISTRO S.C. de J.
Dra. Bernadette Josefina MINVIELLE SANCHEZ	MINISTRO S.C. de J.
Dr. Eduardo Julio TURELL ARAQUISTAIN	PRESIDENTE S.C. de J.
Dr. Luis Domingo TOSI BOERI	MINISTRO S.C. de J.
Dr. Gustavo Orlando NICASTRO SEOANE	Secretario Letrado

Redactores	
Nombre	Cargo
Dr. Eduardo Julio TURELL ARAQUISTAIN	PRESIDENTE S.C. de J.

Discordes	
Nombre	Cargo
Dra. Bernadette Josefina MINVIELLE SANCHEZ	MINISTRO S.C. de J.

Abstract	
Camino	Descriptor Abstract
DERECHO PROCESAL->PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY->LEGITIMACION EN EL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD	
DERECHO PROCESAL->PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY->OBJETO DE LA DECLARACION->NORMA INCLUIDA	Arts.1,2 y 3 de la Ley N° 18.831 y arts.8,13,15 y 21 de la Ley N° 18.026
DERECHO PROCESAL->PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY->ACEPTACIÓN	Se declaran incostitucionales los arts. 2 y 3 de la Ley N° 18.831
DERECHO->FUENTES DEL DERECHO->PRINCIPIOS GENERALES->IRRETROACTIVIDAD DE LAS LEYES	
DERECHO CONSTITUCIONAL->DERECHO HUMANO->RECONOCIDO EN LA CONSTITUCIÓN->SEGURIDAD JURÍDICA	

Descriptor

Resumen

La Corporación, por mayoría, hará lugar, parcialmente, a la excepción opuesta y declarará inconstitucionales los artículos 2 y 3 de la Ley N° 18.831, desestimando por unanimidad la pretensión declarativa respecto del artículo 1° de la ley de referencia y respecto de los artículos 8 (*rectius*: 7), 9, 13 y 21 de la Ley N° 18.026.

En cuanto a la inconstitucionalidad presentada respecto de la Ley N° 18.831, para los Sres. Ministros Dres. Jorge Chediak, Elena Martínez, Luis Tosi y Eduardo Turell, se declaran inconstitucionales los art. 2 y 3, por los fundamentos expuestos en Sentencia n° 680/2017.

Por su parte, y por colidir con lo dispuesto en el artículo 82 de la Constitución, el Sr. Ministro Dr. Luis Tosi, considera que se impone su rechazo, reiterando los argumentos expuestos oportunamente por el Dr. Felipe Hounie como integrante de la Corporación.

Resumen

Asimismo se sostiene la falta de legitimación del excepcionante para pretender la declaración de inconstitucionalidad de la Ley N° 18.026, por tratarse de un sujeto que se encuentra fuera del ámbito de aplicación subjetiva de la misma.

(D) La Sra. Ministra Dra. Minvielle entiende que corresponde desestimar la excepción de inconstitucionalidad de los arts. 2 y 3 de la Ley N° 18.831. (Señalado en discordias a la sentencia nro. 250/2018 y otras). Considera que debe ejercerse de oficio el "control de convencionalidad", por lo cual, el ordenamiento jurídico internacional de los derechos humanos, sin perjuicio de su jerarquía constitucional a nivel interno, es el que prima sobre cualquier norma que se pretenda hacer valer en su contra.

Respecto de la impugnación al art. 7 de la Ley N° 18.026, desestima la excepción de inconstitucionalidad opuesta.

Texto de la Sentencia

Montevideo, primero de abril de dos mil diecinueve

VISTOS:

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados: **"TESTIMONIO DE IUE: 94-109/2015; OO – DENUNCIA – EXCEPCIÓN DE INCONS-TITUCIONALIDAD ARTS. 1, 2 Y 3 DE LA LEY N° 18.831 Y ARTS. 8, 13, 15 Y 21 DE LA LEY N° 18.026"**, individualizados con el **IUE: 545-75/2018**.

RESULTANDO:

I.- En la presente causa se investiga la eventual responsabilidad penal derivada de la denuncia presentada por OO a comienzos de 1985, respecto de la desaparición de su hermano, FF, quien fuera detenido el 16 de setiembre de 1981 en la intersección de la Avenida José Belloni y la calle San Cono (fs. 1, 3, 3 vto., 6). Fue conducido al centro de detención clandestino "La Tablada" donde fue sometido a torturas que determinaron su fallecimiento al día siguiente de su detención. De la denuncia y de las actuaciones posteriores surgió que en dicha desaparición intervinieron funcionarios del régimen dictatorial que gobernó el país desde el golpe de estado del 27 de junio de 1973 hasta la reinstalación del Estado de Derecho en el año 1985, entre los que se encontraría CC (fs. 9-15, 53, 105-128).

II.- A fs. 129/151, la Defensa del imputado CC solicitó, por vía de excepción, la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley No. 18.831 y de los artículos 7, 8, 9, 10 13, 16 y 21 de la Ley No. 18.026, con base en los siguientes argumentos:

- son leyes penales re-troactivas, lo que supone una infracción del artículo 10 inciso segundo de la Constitución, que consagra el principio de irretroactividad de la ley penal. Ello también vulnera el artículo 72 de la Carta, por cuanto sanciona como ilícita una conducta que, al momento de su comisión, era lícita.

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

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

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

En definitiva, solicitó que se declarara la inconstitucionalidad de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley No. 18.831 y de los artículos 8 (7), 9, 10, 13, 16 y 21 de la Ley No. 18.026, por ende, su inaplicabilidad al caso concreto.

III.- Por Providencia No. 1271/2018, la Suprema Corte de Justicia confirió traslado al titular de la Fiscalía Especializada en Crímenes de Lesa Humanidad y dio vista al Sr. Fiscal de Corte (fs. 164).

IV.- El Sr. Fiscal Letrado titular de la Fiscalía Especializada en Crímenes de Lesa Humanidad evacuó el traslado conferido abogando por el rechazo de la excepción opuesta (fs. 169/170).

V.- El Sr. Fiscal de Corte, por las razones que expuso en el Dictamen No. 549/2017, del 28 de junio de 2018, consideró que no correspondía que se pronunciara sobre la constitucionalidad o no de las disposiciones impugnadas de la Ley No. 18.831, por ser inaplicables al caso, ni respecto a la de la Ley No. 18.026, por ser inadmisibles la excepción planteada respecto de esa norma (fs. 174/195).

VI.- Por Providencia No. 1816/2018 se dispuso el pasaje a estudio y se llamaron los autos para sentencia (fs. 197).

CONSIDERANDO:

I.- La Suprema Corte de Justicia, por mayoría, hará lugar, parcialmente, a la excepción opuesta y en su mérito declarará inconstitucionales, y por ende inaplicables al excepcionante, los artículos 2 y 3 de la Ley No. 18.831, desestimando por unanimidad la pretensión declarativa movilizada respecto del artículo 1° de dicha Ley y respecto de los artículos 8 (*rectius*: 7), 9, 13, 13 y 21 de la Ley No. 18.026. Todo sin especial condenación procesal.

II.a.- En cuanto a la in-constitucionalidad planteada respecto de la Ley No. 18.831, para los Sres. Ministros Dres. Jorge Chediak, Elena Martínez, Luis Tosi y el redactor, cabe revalidar los fundamentos expuestos por la Corporación en Sentencia No. 680/2017, entre otras, en las cuales por mayoría declaró inconstitucionales los artículos 2º y 3º, desestimando el excepcionamiento en lo demás, en términos que, por su exacta adecuación al caso en examen, se tendrán por reproducidos y como parte integrante del presente pronunciamiento.

II.b.- Por su parte, y en fundamento particular, el Sr. Ministro Dr. Luis Tosi, en cuanto a la denunciada inconstitucionalidad del artículo 1º de la Ley No. 18.831, por colidir con lo dispuesto en el artículo 82 de la Constitución, considera que se impone su rechazo, reiterando los argumentos que expusiera el Dr. Felipe Hounie como integrante de la Corporación.

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

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

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

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

En efecto, al fundar su pretensión, el excepcionante sostuvo: *“(…) cuando una Ley es sometida a referéndum, como lo fue la Ley 15.848 el 16 de abril de 1989, la competencia para mantenerla o no en vigencia se traslada al Cuerpo Electoral, el cual, en ejercicio directo de la soberanía, decide si la confirma o la revoca. (...) [e]n uno u otro caso, su resolución no es modificable por el Poder Legislativo, porque éste solo puede ejercer indirectamente la soberanía de la Nación ‘conforme a las reglas establecidas’ en la Constitución. Y esas reglas, respecto de leyes sometidas a referéndum, le asignan competencia exclusiva al Cuerpo Electoral. Lo que excluye la competencia de dicho Poder respecto de las mismas (...). No cabe exigir un texto constitucional expreso que excluya de la competencia derogatoria de las Cámaras las leyes confirmadas en un referéndum, porque tal exclusión surge del artículo 82 de la Constitución, del cual resulta claramente que cuando el Cuerpo Electoral, en ejercicio directo de la soberanía, dicta actos jurídicos o ejerce sus competencias, sus decisiones no pueden ser modificadas por los Poderes de Gobierno, que ejercen indirectamente dicha soberanía”* (fs. 135, 135 vto. y 140 vto., 141).

No comparte tal conclusión.

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

Lo dispuesto en el artículo 82 inciso 2 de la Carta no tiene el contenido que el excepcionante le atribuye ni tal contenido puede desprenderse del contexto de la Constitución.

El artículo 82 inciso 2 se limita a enumerar las formas de ejercicio de la soberanía, distinguiendo, según su ejercicio, que se realice en forma “directa” o “indirecta”. Ahora bien, la disposición no establece que haya una preeminencia de las modalidades de ejercicio “directo” sobre las de ejercicio “indirecto”. Ambas formas de ejercicio son aludidas sin existir un mandato constitucional que prefiera una sobre otra. La referencia que sí realiza la Constitución alude a que las modalidades de ejercicio se regirán “conforme a las reglas expresadas en la misma”, esto es, en la propia Carta. Es más, tal aserto se enfatiza mediante el uso del adjetivo “todo”: “todo conforme a las reglas expresadas en la misma”.

Y las reglas expresadas en la Constitución no contienen ninguna previsión que vede al Poder Legislativo reingresar en la regulación de una materia sometida a referéndum. Ello se desprende de la lectura atenta de la Carta y fue claramente advertido por el excepcionante, quien por ello intentó, expresamente, refutar ese hecho en los términos antes transcritos.

Las “reglas expresadas en la misma” están contenidas en el artículo 79 inciso 2, en el cual se establecen los requisitos constitucionales del recurso de referéndum y se comete al legislador su regulación por vía legal. Empero, esta norma no atribuye al Cuerpo Electoral la competencia que el excepcionante pretende. Y tampoco tal atribución de competencia surge de las otras tres disposiciones constitucionales que refieren al referéndum: el artículo 82 inciso 2, el artículo 304 inciso 1 y el artículo 322 literal C.

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

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

En definitiva, lo dispuesto en el artículo 82 inciso 2 de la Constitución no supone atribución de competencia alguna; a su vez, lo dispuesto en la Ley No. 18.831 es materia constitucionalmente atribuida al Poder Legislativo.

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

En tal sentido, el impugnante sostuvo que: *"(...) es de principio que el órgano administrativo sometido a jerarquía o el juzgado de primera instancia que dictó la sentencia apelada no puede reasumir competencia sobre el asunto ya resuelto –en uno u otro sentido– en la vía de alzada y modificar o revocar, a su vez, lo dispuesto a ese nivel respecto a la impugnación. 'Mutatis mutandi', es evidente que cuando el Cuerpo Electoral, en vía de alzada, se pronuncia en un referéndum sobre una ley impugnada con arreglo al artículo 79 de la Carta, el Parlamento es incompetente para enervar los efectos de lo resuelto por el Cuerpo Electoral"* (fs. 139 vto./140).

La argumentación en base a estos ejemplos no logra demostrar lo que se pretende.

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

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

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

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

III.- En cuanto a la pre-tensión dirigida contra los artículos de la Ley No. 18.026, se impone relevar la ausencia de legitimación del excepcionante, rechazando la excepción planteada a su respecto sin otras consideraciones.

En efecto, la referida Ley, sobre *"Modificación al Código Penal. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Genocidio. Crímenes de lesa humanidad. Crímenes de lesa humanidad"* fue promulgada el 25 de setiembre de 2006 y publicada en el Diario Oficial el 4 de octubre del mismo año.

En consecuencia, el excepcionamiento no puede prosperar, por cuanto, la aprobación e incorporación a nuestro derecho interno de los denominados "Crímenes de Lesa Humanidad" se produjo con posterioridad a la comisión de los hechos de la presente causa, por lo que las reglas que establecen su imprescriptibilidad, no pueden ser aplicadas al "sub lite", pues ello significaría, lisa y llanamente, conferir a dicha norma penal carácter retroactivo, lo que no puede admitirse.

De ello se deriva la falta de legitimación del excepcionante para pretender su declaración de inconstitucionalidad, por carecer de un interés que presente la nota de "directo", por tratarse de un sujeto que se encuentra fuera del ámbito de aplicación subjetivo de la Ley No. 18.026.

En definitiva, la impugnación de la regularidad constitucional de la Ley No. 18.026 debe rechazarse sin ingresar al mérito por falta de legitimación activa.

IV.- Las costas serán de cargo del excepcionante conforme al artículo 523 del C.G.P., sin especial condenación en costos.

Por estos fundamentos, la Suprema Corte de Justicia,

FALLA:

HACIENDO LUGAR, PARCIALMENTE, A LA EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD OPUESTA Y, EN SU MÉRITO, DECLARANDO INCONSTITUCIONALES Y, POR ENDE, INAPLICABLES AL EXCEPCIONANTE LOS ARTÍCULOS 2 Y 3 DE LA LEY N° 18.831.

DESESTIMANDO EL EXCEPCIONAMIENTO EN LO DEMÁS.

COMUNÍQUESE A LA ASAMBLEA GENERAL (ART. 522 DEL C.G.P.).

HONORARIOS FICTOS 20 BPC.

OPORTUNAMENTE, DEVUÉLVASE.

MINISTRA DRA. BERNADETTE MINVIELLE SÁNCHEZ

DISCORDE: por cuanto entiendo que corresponde desestimar la excepción de inconstitucionalidad, con costas de precepto (art. 523 del C.G.P.).

I) El excepcionante solicita la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 1, 2 y 3 de la Ley 18.831 y de los arts. 7, 8, 9, 10, 13, 16 y 21 de la Ley 18.026 y, por ende, su inaplicabilidad al caso concreto.

II) Incumplimiento parcial de la carga de la alegación (art. 512 del C.G.P.)

II.I) En atención al tenor de los artículos impugnados y del acto de proposición en cuestión, considero que el excepcionante cumplió con la carga de la debida argumentación únicamente en lo que refiere a su solicitud de declaración de inconstitucionalidad de los arts. 1, 2 y 3 de la Ley 18.831 y el art. 7 de la Ley 18.026 que establece la imprescriptibilidad de los delitos regulados en ésta.

En efecto, en ese artículo de la Ley 18.026 (que es el No. 7 y no el No. 8 como por error lo indicó el excepcionante a fs. 131 vta.) se establece: "*Imprescriptibilidad*.- Los crímenes y penas tipificados en los Títulos I a III de la Parte II de la presente ley son imprescriptibles".

Y respecto de la regularidad constitucional de la Ley 18.026 por establecer la imprescriptibilidad de ciertos delitos, como los investigados en esta causa, el excepcionante se expresó a fs. 131 *in fine* – 132 (párrafos numerados por el excepcionante con los Nos. 9 y 10 en su escrito), a fs. 132 vta. *in fine*/133 *supra* (párrafo No. 26 del escrito), a fs. 133 vta. (párrafo No. 4 del escrito).

II.II) En función de lo expuesto, considero que cabe considerar la pretensión dirigida contra lo dispuesto en el art. 7 de la Ley 18.026 así como también examinar la excepción en lo atinente a la Ley 18.831. Respecto de los demás artículos impugnados de la Ley 18.026, coincido con el Sr. Fiscal de Corte en cuanto a que no puede considerarse cumplido el requisito de admisibilidad previsto en el art. 512 del C.G.P.

III) Análisis sustancial

III.I) En cuanto al mérito, a diferencia de la mayoría que concurre al dictado del presente pronunciamiento, entiendo que los arts. 2 y 3 de la Ley 18.831 son constitucionales tal como lo he señalado con anterioridad en discordias a las Sentencias Nos. 250/2018, 251/2018, 257/2018, 325/2018, 326/2018, 462/2018, 463/2018, 636/2018, 658/2018.

III.II) En tal sentido, he manifestado en términos plenamente trasladables que:

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

II.- En la Resolución de Supervisión del Cumplimiento de la sentencia citada de 20 de marzo de 2013, se reiteró la obligación de investigar y se señaló la primacía de las decisiones de la Corte sobre las de derecho interno en los siguientes términos: "...la sentencia dictada por la Corte tiene carácter de cosa juzgada internacional y es vinculante en su integridad (tanto en sus partes considerativas como dispositivas y resolutivas) para el Estado del Uruguay, por lo cual, en cumplimiento de la misma todos sus órganos e instituciones, incluidos sus jueces y el Poder Judicial, deben continuar adoptando todas las medidas que sean necesarias para investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de graves violaciones de los derechos humanos en el presente caso y en casos similares que los efectos de la ley de caducidad o de normas análogas, como la de prescripción, caducidad, irretroactividad de la ley penal u otras excluyentes similares de responsabilidad, o cualquier otra interpretación administrativa o judicial al respecto, no se constituyan en un impedimento u obstáculo para continuar las investigaciones..." (Sobre este punto véase ampliamente: "RINCÓN COVELLI, Tatiana: "Democracia y Derechos Humanos: la sentencia de la CIDH en el caso Gelman Vs. Uruguay" en AA.VV.: "¿Justicia de Transición? Mecanismos políticos y jurídicos para la elaboración del pasado", Pablo GALAIN PALERMO (Ed.), Tirant lo blanch, Valencia, 2016, págs. 102 y 103).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Como sostiene el Profesor citado en la nota periodística, la circunstancia de que los tipos penales fueran incorporados con posterioridad por el orden jurídico nacional, no quiere decir que la prohibición de torturar por razones políticas (a vía de ejemplo) no existiera con anterioridad en el plano internacional. Cuando nos enfrentamos a crímenes de Estado o cometidos con el apoyo del aparato estatal: “...la cuestión jurídica a develar es si esas conductas estaban prohibidas por un ordenamiento de igual o superior jerarquía al nacional...”. Si esa norma no existiese, entonces, sí sería viable acudir a la cara máxima de Derecho Penal liberal de legalidad (“nullum crimen sine legge”); pero para la mayoría de la SCJ, asume una posición sesgada, limitada, hemipléjica y toda vez que toma en consideración solamente el orden interno, renuncia de antemano: “...a realizar esa búsqueda de la norma para la imputación (concreta), que no significa “creación” de la norma a posteriori, sino simplemente la determinación de cuál es la norma que debería aplicarse al caso concreto...” (el destacado no corresponde al original).

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

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

Quizá esas relecturas o nuevos enfoques puedan dar mayor sosiego a las directas e indirectas víctimas y contribuyan a un real restablecimiento de la paz nacional duradera, fundada en la verdad y el reconocimiento de la responsabilidad, objetivos primordiales estos últimos que deben guiar la Justicia de transición” (discordia a la Sentencia No. 463/2018).

III.III) En lo que dice relación con la legitimación activa para impugnar el art. 7 de la Ley 18.026 –único precepto de esta Ley que entiendo cumple con la carga de la alegación-, la mayoría considera que la incorporación de los delitos de lesa humanidad se produjo en el ordenamiento uruguayo con posterioridad a la comisión de los hechos de la presente causa.

No comparto dicha posición, por cuanto toma tal circunstancia como fundamento para negarle al excepcionante legitimación activa, todo ello desconsidera que el orden jurídico internacional ya desde antaño prohíbe este tipo de comportamientos.

Por último, en atención al tenor de la argumentación desplegada en sostén de la inconstitucionalidad del art.7 de la Ley 18.026, resulta enteramente trasladable la fundamentación expresada por la suscrita, en relación a la alegada inconstitucionalidad de la Ley 18.831.

En efecto, en lo medular la inconstitucionalidad de la Ley 18.026 se fundó en la infracción al principio de irretroactividad de la ley penal más gravosa y del derecho a la seguridad jurídica, infracciones ambas comunes al embate crítico dirigido contra la Ley 18.831.

En definitiva, por los fundamentos expuestos, desestimo la excepción de inconstitucionalidad opuesta, con costas de precepto (art. 523 del C.G.P.).