

## SENTENCIA Nº 28/2014

Montevideo, diecinueve de febrero de dos mil catorce

VISTOS:

Para sentencia estos autos caratulados: “AA Y OTROS. SUS DENUNCIAS. EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD ARTS. 1, 2 Y 3 DE LA LEY NRO.18.831”, I.U.E: 288-835/2011.

RESULTANDO:

l) En autos sustanciados ante el Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Penal y de Menores de Maldonado de 4o. Turno se plantearon dos excepciones por las que se solicita la declaración de inconstitucionalidad de lo dispuesto en los artículos 1, 2 y 3 de la Ley No. 18.831.

En primer lugar, la formulada por el Cnel. (r) BB, Cnel. (r) CC, Cnel. (r) DD, Cnel. (r) EE y Tte. Cnel. (r) FF (fs. 921/931 vto.) y en segundo orden la promovida por GG (fs. 933/943 vto.).

En apoyo de su pretensión declarativa los excepcionantes –en escritos prácticamente idénticos- desarrollan argumentos que pueden resumirse en lo siguiente:

- En cuanto a la legitimación activa, sostienen que es innegable que ostentan la titularidad del interés directo, personal y legítimo que el artículo 258 de la Lex Magna exige para oponer una excepción de inconstitucionalidad.

- Con relación al artículo 1o. de la Ley No. 18.831, dados sus efectos retroactivos surge evidente que el mismo va más allá de una derogación tácita de la Ley No. 15.848, que sólo operaría hacia el futuro, determinando la anulación de la Ley de Caducidad.

- El artículo 2o. de la Ley cuestionada, dispuso, en el año 2011, que se borren los efectos producidos durante más de 25 años por los plazos procesales y de prescripción o caducidad en los procesos sustanciados respecto de los delitos comprendidos en la Ley No. 15.848. “Traducido ello a un lenguaje fácil, se dispone que los plazos vencidos no vencieron” (fs. 922 vto. y 934 vto.).

- Por el artículo 3o. de la Ley atacada se le da efecto también retroactivo a la imprescriptibilidad de los delitos referidos.

Los ilícitos comprendidos en la Ley de Caducidad no son en su gran mayoría, de lesa humanidad, sino delitos previstos y regidos por nuestro Código Penal, más allá de su gravedad.

- La Ley impugnada, por 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 retroactividad de la Ley penal, por ser ésta frontalmente contraria al accionar libre de los seres humanos.

- Además, la irretroactividad de la Ley penal, en tanto garantiza que no se sancionen como ilícitas y delictivas conductas que al tiempo de su comisión eran lícitas, constituye un derecho inherente a la personalidad humana, amparado por el artículo 72 de la Constitución, que también resulta vulnerado por la Ley No. 18.831.

- Las normas legales impugnadas, son inconciliables con el derecho constitucional a la seguridad jurídica, reconocido por el artículo 7 de la Carta.

Desconocen el derecho a la seguridad jurídica las Leyes retroactivas en materia penal, porque lesionan un derecho adquirido de rango constitucional, cual es, conforme al artículo 10 de la Lex Magna que las conductas que eran lícitas al tiempo de su comisión u omisión no se transformen en ilícitos y punibles por aplicación de Leyes que proyectan sus efectos hacia el pasado.

Es lo que ocurre, evidentemente, con el artículo 3 de la Ley atacada. Este al declarar que los delitos comprendidos en la Ley de Caducidad, cometidos todos ellos antes del 1o. de marzo de 1985, son crímenes de lesa humanidad, lo que trae como consecuencia su imprescriptibilidad, proyecta hacia el pasado, retroactivamente, los efectos de los artículos 7 y 29 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, aprobado por la Ley No. 17.510, de fecha 27 de junio de 2002, así como los de los artículos 7 y 19 a 25 de nuestra Ley No. 18.026, de fecha 25 de setiembre de 2006.

- La Ley No. 18.831, sobre todo su artículo 1o., colide frontalmente con el segundo inciso del artículo 82 de la Constitución e indirectamente con los artículos 4 y 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.

Cuando una Ley es sometida a referéndum —como lo fue la Ley No. 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.

- Los artículos 1, 2 y 3 de la Ley No. 18.831 son retroactivos y, por ende, coliden con el artículo 10 de la Constitución y con el principio general de libertad, resultante del mismo.

- La Ley impugnada vulnera el derecho a la seguridad jurídica, resultante de la lesión de derechos adquiridos. En la especie, quienes por su condición de militares o policías en actividad antes del 1o. de marzo de 1985 podían ser imputados de los delitos comprendidos en el artículo 1o. de la Ley No. 15.848, tenían un derecho adquirido a no ser juzgados por su supuesta autoría, en virtud de haber caducado, por imperio legal, la pretensión punitiva del Estado respecto de los mismos.

Y 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 y el que esos mismos delitos no fueran considerados crímenes imprescriptibles de lesa humanidad, por la elemental razón de que al tiempo de su comisión– es decir, antes del 1o. de marzo de 1985- en nuestro Derecho positivo no existían delitos imprescriptibles ni crímenes de lesa humanidad.

En definitiva, solicitan se declare la inconstitucionalidad de la Ley No. 18.831 y su inaplicabilidad a los comparecientes.

II) Por Providencia No. 456, del 6/III/2013, la Sra. Juez Letrado de Primera Instancia en lo Penal y de Menores de Maldonado de 4o. Turno dispuso la suspensión de los procedimientos y la elevación de los autos para ante la Suprema Corte de Justicia (fs. 945).

III) Por Auto No. 902, del 15/V/2013, la Corporación resolvió conferir traslado a la Sra. Fiscal Letrado Departamental de Maldonado de 3er. Turno. Fecho, otorgar vista al Sr. Fiscal de Corte (fs. 989).

IV) La Sra. Fiscal Letrado Departamental de Maldonado de 3er. Turno, evacuando el traslado conferido y por los fundamentos que expresó en fs. 1001/1018 solicitó se rechace el planteamiento de las Defensas en cuanto solicitan se declare inconstitucional la Ley No. 18.831 por considerar que la misma no es de aplicación al caso de autos.

V) El Sr. Fiscal de Corte se expidió en Dictamen No. 2138/13, entendiendo que “...no corresponde pronunciarse sobre la constitucionalidad o no de las disposiciones legales cuestionadas por ser inaplicables al caso, salvo mejor opinión de la Corporación” (fs. 1044 vto.).

VI) Por Decreto No. 1248, del 26/VI/2013, se dispuso el pasaje a estudio y autos para sentencia, citadas las partes (fs. 1046).

#### CONSIDERANDO:

1) La Suprema Corte de Justicia, por mayoría, desestimaré las excepciones de inconstitucionalidad promovidas en autos, con costas a cargo de los excepcionantes.

2) En el presente caso, el planteamiento de inconstitucionalidad fue propuesto cuando aún no se ha resuelto acerca de la posible prescripción de la acción penal.

Al respecto, corresponde tener presente las siguientes actuaciones que emergen de la causa:

- En fs. 332/333 las representantes de FF y BB solicitaron la clausura y archivo de las actuaciones por haber operado la prescripción de los presuntos ilícitos investigados.

- Por Auto No. 2370, del 15/VIII/2012 la Sede dispuso: "...atento a la incipiente instrucción de los hechos no pudiendo en esta instancia especificarse los presupuestos básicos para tal pronunciamiento se diferirá su resolución a la etapa procesal oportuna" (fs. 635).

- En fs. 646, compareció el Defensor de GG, peticionando se proceda a la clausura y archivo de la causa, por entender que los hechos investigados ocurrieron hace aproximadamente 35 años, por lo que los ilícitos habrían prescrito.

Acerca de ésta solicitud recayó Decreto No. 2467, del 22/VIII/2012, por el cual se resolvió: "...estése a lo dispuesto a fojas 634 por auto No. 2370 in fine..." (fs. 653).

- El indagado FF interpuso recurso de reposición y apelación en subsidio contra la Resolución No. 2370.

Esto motivó el dictado de la Providencia No. 2956, del 3/X/2012, por la cual se dispuso desestimar el recurso de reposición interpuesto y no hacer lugar al recurso de apelación deducido en subsidio "...en virtud de la naturaleza de mero trámite de la providencia atacada lo cual obsta vehiculizar tal recurrencia a su respecto, resultando en consecuencia inadmisibles" (fs. 705).

Surge de la reseña que viene de efectuarse que la Sede actuante aún no ha abordado la aplicación al subexamine de la norma cuestionada.

3) Siendo así, con las naturales adecuaciones, resulta trasladable al subexamine lo expuesto por la Corporación –en mayoría- en Sentencia No. 465/2013:

"En primer lugar, en cuanto al tema relativo a la legitimación activa cabe tener presente que los arts. 258 de la Carta y 509 del C.G.P precisan quiénes pueden ser titulares de la solicitud al establecer que: 'La declaración de inconstitucionalidad de una Ley y la inaplicabilidad de las disposiciones afectadas por aquélla, podrán solicitarse por todo aquel que se considere lesionado en su interés directo, personal y legítimo'.

'En este sentido la Corporación ha señalado respecto de las calidades que 'debe revestir el interés de actuar, fundamento de la legitimación activa, que además de tener la característica de legítimo (no contrario a la regla de derecho, la moral o las buenas costumbres), personal (invocando un interés propio, no popular o ajeno), debe ser directo, es decir que el mismo...sea inmediatamente vulnerado por la norma impugnada'.

'Se confirma por la Corporación que este interés también es...vulnerado por la aplicación de la Ley constitucional. No lo es, en cambio, el interés que remotamente pudiera llegar a ser comprometido si la Ley se aplicara (Justino Jiménez de Aréchaga, La Constitución de 1952, T. III, pág. 183) (cfe. Sent. 28/2010)'.

No obstante compartir las referidas formulaciones efectuadas por la Corte, el redactor [Sr. Ministro Dr. Pérez Manrique] entiende que la exigencia de que el interés sea directo, ‘... por oposición a indirecto, rechaza así lo eventual pero no necesariamente lo futuro...’ (v. Discordia Dr. Van Rompaey Sentencia No. 231/2012), por lo que considero que el interés futuro siempre que sea inequívoco habilita a proponer una cuestión de inconstitucionalidad.

Como se señalara en Sentencia No. 21/2013, suscripta por la unanimidad del Cuerpo: ‘...Trasladando tales conceptos al caso, resulta claro que los accionantes plantean una situación hipotética, basada en el alegado grado de certeza de que lo investiguen por su condición de militar durante el gobierno de facto, en virtud de lo ocurrido con un número importante de colegas militares. Ello, si bien es una posibilidad, lejos está de definir un interés directo, ya que no existe siquiera atisbo de caso concreto (ni siquiera surge que haya sido interrogado como testigo en un presumario).

Como sostuvo la Corte en el fallo citado ‘supra’, ‘... en la medida en que no se autoriza una acción popular, solamente se encuentran habilitados para promover la pretensión de inconstitucionalidad quienes acrediten ser titulares de un interés inmediatamente vulnerado por la norma atacada, requisito que no resulta eficazmente cumplido por los promotores particulares, quienes invocan un interés que puede conceptualizarse como abstracto no basado en la lesión actual o inmediata de su interés y que supondría, en consecuencia, la emisión de un juicio genérico y no referido a un caso concreto por parte de este Cuerpo, como lo requieren las disposiciones que regulan la declaración de inconstitucionalidad (cf. Art. 259 Const.; 508 C.G.P., Sentencias Nos. 179/2006 y 664/2008 de la Corporación)’.

(...)

Cabe 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. En este sentido 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 CGP, 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 Corporación).

Esta Corporación 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 lo expuesto, corresponde concluir que al no haber sido aplicada la Ley No. 18.831 al caso de autos, se impone el rechazo de la declaración de inconstitucionalidad ejercitada.

4) Las costas a cargo de los excepcionantes, por ser de precepto (artículo 523 del Código General del Proceso).

Por los fundamentos expuestos, y lo dispuesto en los artículos 508 y siguientes del Código General del Proceso, la Suprema Corte de Justicia, por mayoría,

FALLA:

DESESTIMANDO LAS EXCEPCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD INTERPUESTAS EN AUTOS, CON COSTAS.

PRACTIQUENSE LAS NOTIFICACIONES CORRESPONDIENTES Y OPORTUNAMENTE DEVUELVA.

**Dr. Jorge Omar CHEDIAK GONZALEZ**

**Dr. Jorge Tomas LARRIEUX RODRIGUEZ**

**Dr. Ricardo Cesar PEREZ MANRIQUE**

**Dr. Jorge RUIBAL PINO**

DR. JULIO CESAR CHALAR DISCORDE: Por cuanto voto por declarar inconstitucionales e inaplicables a los excepcionantes, los artículos 2 y 3 de la Ley No.18.831.

A mi juicio, los excepcionantes se encuentran legitimados para promover la inconstitucionalidad de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley No. 18.831, por las siguientes consideraciones

Se trata de sujetos denunciados que fueron citados a declarar en calidad de indagados, según consta a fs. 314, 434 y 569.

Compareció a fs. 332 y ss. el Sr. FF, quien solicitó la clausura y archivo de las actuaciones, por prescripción. Continúan las actuaciones y es recién a fs. 634 y ss. que la Sede provee a lo solicitado por Resolución No. 2370/2012 en la que resuelve diferir el pronunciamiento a la etapa procesal oportuna.

A fs. 661 el Defensor del Sr. FF interpone recursos de reposición y apelación en subsidio, recayendo Resolución Interlocutoria No. 2956/2012 (fs. 704 y ss.). Por la última mencionada se mantuvo la recurrida por iguales fundamentos y no se hizo lugar al recurso de apelación por entender, la Sra. Magistrada a-quo, que la impugnada tiene naturaleza de mero trámite.

Conforme lo dispuesto por el artículo 258 de la Constitución de la República, los comparecientes se encuentran legitimados para promover la declaración de inconstitucionalidad por vía de excepción, por ser la Ley impugnada una norma que, como se verá, viola su interés directo, personal y legítimo.

En Sentencia No. 60/2006 de la Corporación se ha señalado "... además de tener la característica de legítimo (no contrario a la regla de derecho, la moral o las buenas costumbres), personal (invocando un interés propio, no popular o

ajeno), debe ser directo...". Siendo claras en autos las notas de legítimo y personal, se analizará la nota de directo.

En el caso, considero que los comparecientes tienen un interés que califica como directo. Como explica Giorgi, en concepto común a los procesos de anulación de actos administrativos y de inconstitucionalidad de la Ley, interés directo significa un interés inmediato, no eventual ni futuro.

Implica que el particular se encuentra en una situación jurídica definida y actual con relación a la Administración (Héctor Giorgi, El Contencioso Administrativo de anulación, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, Montevideo, 1958, pág. 188). Alguna tesis más amplia -aunque minoritaria en doctrina- como la que expone Durán Martínez (y cita en autos el Sr. Fiscal de Corte), admite que el interés futuro quede comprendido dentro de la categoría "interés directo" (la posición de Augusto Durán Martínez en: Contencioso Administrativo, Montevideo, 2007, págs. 117 y 118).

Véase que en las presentes actuaciones presumariales, se investigan hechos que resultan contemplados por la normativa atacada (art. 1) y es en aplicación de la mentada norma, que no se relevó, de oficio, la prescripción.

En otro orden de consideraciones, no resulta aplicable lo expresado por esta Corte en Sentencia No. 21/2013 por cuanto como se sostuvo en el propio fallo: "(...) resulta claro que los accionantes plantean una situación hipotética, basada en el alegado grado de certeza de que lo investiguen por su condición de militar durante el gobierno de facto, en virtud de lo ocurrido con un número importante de colegas militares. Ello, si bien es una posibilidad, lejos está de definir un interés directo, ya que no existe siquiera atisbo de caso concreto (ni siquiera surge que haya sido interrogado como testigo en un presumario)" (subrayado me pertenece).

En los presentes obrados, sí hay caso concreto, tratándose, los excepcionantes, de indagados por hechos contemplados en la normativa impugnada. No puede sostenerse que se invoca, para fundar su legitimación, su condición de militares durante el gobierno de facto. Por el contrario, todos los excepcionantes son indagados en el presumario por lo que considero que han sido convocados a participar en un proceso que se promueve en aplicación directa de las normas que impugnan por inconstitucionales.

En cuanto a las razones de fondo por las que declaro inconstitucionales los artículos 2 y 3 impugnados, me remito a los fundamentos expresados por la Corporación en Sentencia No. 152/2013.

Con respecto a la alegada inconstitucionalidad del art. 1, reitero lo expresado en la sentencia citada en cuanto a que, constatada la inconstitucionalidad de los arts. 2 y 3 de la Ley No. 18.831 y la consiguiente ausencia de un presupuesto para el ejercicio y progreso de la acción penal, ello agota el interés del actor, excluyendo su legitimación para reclamar un pronunciamiento

respecto del artículo 1, por cuya razón no ingresa al examen de la pretendida declaración de inconstitucionalidad del mismo.