

Montevideo, veintiuno de agosto de dos mil catorce

VISTOS:

Para sentencia estos autos caratulados: "AA – DENUNCIA - EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD - ARTS. 2 Y 3 DE LA LEY 18.831", IUE: 2-117149/2011.

RESULTANDO:

1.- A fs. 70 y ss., BB promueve por vía de excepción la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 2 y 3 de la Ley No. 18.831 del 27 de octubre de 2011.

Como sustento de su pretensión declarativa, básicamente expresó los siguientes agravios:

- Es innegable que es titular de un interés directo, personal y legítimo, que el art. 258 de la Carta exige para oponer la presente excepción.

- La Ley impugnada por disponer sobre materia penal con carácter retroactivo colide con el segundo inciso del art. 10 de la Carta, el cual, al consagrar el principio de libertad veda implícitamente la irretroactividad de la Ley penal, por ser ésta 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 tanto por el art. 72 de la Constitución que también resulta vulnerado por la Ley cuestionada.

- Las normas legales que se consideran inconstitucionales son inconciliables con el derecho constitucional de la seguridad jurídica reconocido por el art. 7 de la Carta.

- También se desconoce el derecho a la seguridad jurídica porque lesiona un derecho adquirido de rango constitucional, cual es, conforme al art. 10 de la Carta 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 con el art. 3 de la Ley impugnada. 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, trae como consecuencia su imprescriptibilidad.

- Ello conculca el derecho a la seguridad jurídica, porque transforma en delitos de lesa humanidad e imprescriptibles a ilícitos penales que no lo eran al tiempo de su comisión y cuya prescripción se regía por las normas del Código Penal sobre este instituto (arts. 15, 16 y 117 a 123).

- Solicita, en definitiva que se declare inconstitucional la norma cuestionada y su inaplicabilidad en el caso de autos al compareciente (fs. 77 vto.)

2.- Por Auto No. 1201/2012, el magistrado actuante resuelve suspender los procedimientos, y elevar las actuaciones a la Suprema Corte de Justicia (fs. 78).

3.- Recibidos los autos por la Corporación ésta, por Auto No. 1103/2013 confirió traslado a la Sra. Fiscal Letrado Nacional en lo Penal de 2o. Turno y luego otorgó vista de las actuaciones al Sr. Fiscal de Corte (fs. 80).

4.- El Sr. Fiscal de Corte, evacuando la vista conferida por Dictamen No. 2798/13 entendió que no corresponde pronunciarse sobre la constitucionalidad o no de las disposiciones legales cuestionadas por ser inaplicables al caso (fs. 131 y ss.).

5.- Atento a que la Suprema Corte de Justicia integrada admitió la inhibición del Sr. Ministro Dr. Ruibal Pino (fs. 162), se procedió a integrar la Suprema Corte de Justicia por sorteo en el que resultó designado el Sr. Ministro Dr. Daniel Tapié (fs. 167).

6.- Vuelto el expediente a estudio de los Sres. Ministros, se acordó, por mayoría, el dictado de sentencia definitiva para el día de la fecha (fs. 168 y ss.).

CONSIDERANDO:

I) La Suprema Corte de Justicia, integrada y por mayoría legal, desestimaré la excepción de declaración de inconstitucionalidad deducida.

II) El 30 de noviembre de 2011 Nancy Mabel Flores Mosquera presentó ante el Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 2do. Turno denuncia de torturas y tratos crueles sufridas por ella cuando fue detenida en febrero de 1971 por efectivos del ejército (fs. 3 y 4 vto.).

El 11 de abril de 2012 la Sede actuante confirió vista fiscal, la que fue evacuada solicitando medidas instructoras del presumario (fs. 14), a lo que accedió el Sr. Juez.

El 3 de junio de 2013 el compareciente de fs. 70 se presentó oponiendo la excepción de inconstitucionalidad en trámite.

III) Con carácter previo cabe relevar que según surge de la denuncia incorporada de fs. 3 y 4 vto. los hechos investigados en la causa ocurrieron entre febrero de 1971 y agosto de 1973. Por lo que los ilícitos denunciados en autos son anteriores al período dictatorial padecido por la República entre el 27 de junio de 1973 y el 1o. de marzo de 1985, salvo el período comprendido entre junio y agosto de 1973.

De acuerdo a lo expuesto anteriormente, los hechos denunciados en autos en el período precitado se encuentran comprendidos en el alcance temporal de la normativa citada, lo que determina ingresar a considerar la pertinencia de la declaración de inaplicabilidad peticionada.

IV) Es de señalar que de autos surge que la referida excepción se interpuso, sin haber solicitado previamente el archivo y clausura de las actuaciones por prescripción, relevándose asimismo que en esta instancia del presumario ni siquiera existe pedido fiscal de procesamiento.

En función de ello no puede sostenerse que la norma impugnada le está siendo aplicada, por lo que el promotor no posee el interés con las características requeridas constitucional y legalmente para promover la declaración de inaplicabilidad peticionada.

V) 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 de la presente 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.

Se puede decir que el carácter de ser directo requiere la CERTEZA de que la norma le es aplicada al excepcionante, es en tal sentido que el Redactor de la presente ha sostenido que aún el caso futuro si reviste tal carácter de certeza legitima activamente para deducir la cuestión de constitucionalidad.

En el caso de autos, como surge de la reseña practicada, la etapa procesal en la que se deduce el excepcionamiento de inconstitucionalidad determina que la norma no le ha sido aplicada, existiendo solamente la EVENTUALIDAD de que así sea.

En tal caso es evidente que el interés no reviste el carácter de jurídicamente protegido.

Teniendo en cuenta los conceptos que vienen de señalarse conduce indefectiblemente a sostener que la Ley no le es de indudable o indiscutible aplicación.

Por consiguiente, el excepcionante no acreditó tener un interés directo lesionado, como se requiere a efectos de solicitar la declaración de inconstitucionalidad, no existiendo una conexión indispensable entre la Ley que se pretende impugnar y la cuestión sometida a resolución.

VI) 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”, pág.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”, pág. 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.

VII) 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 Corporación)

La Corte 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 acreditado los accionantes ser titulares de un interés directo que haya sido lesionado por la norma impugnada, corresponde declarar que carecen de legitimación activa en cuanto a la declaración de inaplicabilidad de la Ley No. 18.831” (Cfme. además Sentencia No. 340/2014).

VIII) El Sr. Ministro Dr. Chediak señala que en la situación de autos la excepción de inconstitucionalidad fue propuesta en un proceso penal en etapa presumarial.

Como lo señala el Sr. Fiscal de Corte “...la excepción de inconstitucionalidad fue promovida en Sede de presumario y el impugnante posee la calidad de indagado, tal como lo sostiene en su escrito como sustento de la legitimación activa invocada” (fs. 132 vto.-133).

En la situación de autos resulta enteramente trasladable lo expresado en la Sentencia No. 365/2009 de la Corte en el sentido de que: “La declaración de inconstitucionalidad por vía de excepción en la etapa del presumario.

La Corte ha entendido que la inconstitucionalidad de una norma no puede discutirse en la etapa del presumario, debido a que, evidentemente, aún no se ha formulado juicio alguno acerca de la probable participación del indagado en los hechos con apariencia delictiva denunciados.

Así, pues, la Corporación señaló: ‘En función de ello, y teniendo en cuenta que el enjuiciamiento penal resulta una eventualidad, las disposiciones cuya declaración de inaplicabilidad se peticiona no resultan de ineludible aplicación al caso de autos, lo que conlleva a su declaración de inadmisibilidad, en tanto el planteamiento se hace valer para la eventualidad de que se entienda aplicable al caso la norma legal impugnada’ (Cf. Sentencias Nos. 842/2006, 1085/2006 y 2856/2007, entre otras).

A diferencia de lo resuelto por la Corte en dichas ocasiones, la aplicación de la norma impugnada es absolutamente cierta, puesto que buena parte de la operativa de la Ley ya se cumplió”.

En el caso, el referido Ministro puntualiza que se presenta la particularidad de que no fue reclamada la clausura y archivo de las actuaciones en virtud de entender que respecto de los hechos de autos hubiera operado la prescripción. Corresponde recordar que como se expresara en Sentencia No. 20/2013 “...la prescripción del delito...se caracteriza por extinguir el mismo, o mejor aún, por extinguir la responsabilidad en abstracto. Es un instituto de orden público, que puede declararse de oficio aun cuando el reo no lo hubiere opuesto expresamente (art. 124); por ende es irrenunciable y puede oponerse en cualquier momento de la causa” (Bayardo Bengoa, Derecho Penal Uruguayo, Tomo III, 1963, pág. 267).

Por lo tanto, a criterio del referido Ministro, surge que la aplicación de la norma cuestionada a la situación del promotor es absolutamente cierta, afectándose así el interés directo, personal y legítimo del excepcionante.

Más allá de lo que viene de señalarse, existen otras razones que a su criterio permiten tener por acreditada la legitimación del promotor: atento a la naturaleza, marco subjetivo y temporal de los hechos de la presente causa la norma cuestionada forma parte del elenco legal de aplicación al proceso penal en estudio. Siendo así, entiende que aplicando un criterio de razonabilidad -pues evidentemente la cuestión de la prescripción y la aplicabilidad de la Ley No.18.831 más temprano que tarde se planteará- no corresponde esperar a la aplicación puntual de la norma para entender que el indagado se encuentra legitimado para plantear la excepción de inconstitucionalidad.

Con las naturales adecuaciones, resulta trasladable lo expresado por la Corte en Sentencia No. 137/2010: "...En efecto, el demandado –no voluntariamente- ingresó en el presente proceso laboral y, por ende, se le aplicarán todas las normas de procedimiento que contiene, incluidas las atacadas. De modo que, desde el momento que se le notificó la demanda, la única posibilidad que las normas impugnadas no lo perjudiquen (porque ya son pasibles de aplicación) es la hipótesis de comparecencia a la audiencia de ambas partes y de resultado ganancioso en el juicio. Porque de otra forma, es seguro que se le van a aplicar.

El ingreso pues, en la situación de la norma (por ser empleador demandado) acaece cuando accede al proceso, por lo que no tiene que esperar a la ocurrencia puntual de las situaciones reguladas para el procedimiento, por las que 'seguramente' deberá pasar".

En el excepcionamiento se expresa que hasta la promulgación de la Ley cuestionada: "...éramos titulares de...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..." (fs. 76).

Por lo tanto, entiende el Dr. Chediak que de la correcta intelección del excepcionamiento fluye que el promotor de la excepción en estudio reivindica su "derecho adquirido" a que se declare la prescripción, lo que deja en evidencia su voluntad de hacer uso de dicho instituto.

En definitiva, variando la posición que antes sostuvo ante casos similares, concluye que el excepcionante ostenta en obrados la legitimación activa imprescindible para el ingreso al estudio de la declaración movilizada infolios.

Atento a la solución expresada por la mayoría de la Corte considera que no corresponde se pronuncie en cuanto al fondo de la cuestión deducida.

IX) Las costas de cargo del excepcionante, por ser de precepto (art. 523 del C.G.P.).

Por tales fundamentos, la Suprema Corte de Justicia, integrada y por mayoría legal,

FALLA:

DESESTIMANDO LA EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD PROMOVIDA, CON COSTAS DE PRECEPTO (ART. 523 C.G.P.).

OPORTUNAMENTE, DEVUELVASE.

Dr. JULIO CHALAR DISCORDE: Por cuanto a mi juicio corresponde declarar inconstitucionales e inaplicables al excepcionante los artículos 2 y 3 de la Ley No.18.831, sin especial condenación procesal.

Según surge de fs. 3 y 4, la Sra. Nancy Mabel Flores Mosquera formuló denuncia penal por hechos delictivos aparentemente acaecidos entre los meses de febrero de 1971 y agosto de 1973. Individualiza como sujetos responsables de los hechos que relata, al "(...) Capitán DD, EE y los Alférez BB y CC (...)" (fs. 4).

Por Auto No. 318/2013 se dispuso la solicitud de informes al Ministerio de Defensa Nacional a los efectos de ubicar al Alférez BB (fs. 37). Una vez agregada en autos la información requerida, como fuera solicitado por el Ministerio Público, por Auto No. 930/2013 (fs. 58) y por Auto No. 1079/2013 (fs. 63) se procedió a citar a declarar ante la Sede al Sr. BB. A fs. 69 comparece el Sr. BB y designa como defensoras de particular confianza a las Dras. Graciela Figueredo y Rosanna Gavazzo para luego interponer excepción de inconstitucionalidad de la Ley No.18.831, artículos 2 y 3.

Así las cosas, cabe señalar que el excepcionante fue citado a declarar en autos como presunto implicado en los hechos denunciados, lo que lo hace indagado en autos.

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 citados como indagados 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, tal y como fuera relevado por mis colegas, se investigan hechos que resultan contemplados por la normativa atacada (art. 1) y en aplicación de la mentada norma, que no se relevó, de oficio, la prescripción (art. 124 C.P.).

Por lo tanto, corresponde declarar la inconstitucionalidad de los artículos 2 y 3 de la Ley No. 18.831, por los fundamentos expuestos en la Sentencia No. 152/2013 dictada por la Corporación.