

Montevideo, veintiocho de setiembre de dos mil dieciséis

Sentencia N° 367/2016

Dra. Elena MARTINEZ ROSSO (DISCORDE)	MINISTRO S.C. de J.
Dr. Jorge Omar CHEDIAK GONZALEZ (DISCORDE)	MINISTRO S.C. de J.
Dr. Felipe Javier HOUNIE SANCHEZ (Redactor)	MINISTRO S.C. de J.
Dr. Jorge Tomas LARRIEUX RODRIGUEZ	MINISTRO S.C. de J.
Dr. Ricardo Cesar PEREZ MANRIQUE	PRESIDENTE S.C. de J.

VISTOS:

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados: “**AA. BB. CC. Incidente de prescripción. Excepción de inconstitucionalidad. Artículos 2 y 3 de la Ley No. 18.831**”, IUE 89-540/2015.

RESULTANDO:

I) En la presente causa se investiga la eventual responsabilidad penal derivada de la detención y tortura de los denunciados, DD y EE, así como de otras personas, quienes fueron detenidos por efectivos de la Armada durante el régimen militar (fs. 88-105 y 118-124vto. del expediente unido por cuerda: IUE 89-60/2016).

II) A fs. 42-46, la Defensa del indagado CC solicitó, por vía de excepción, la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 2 y 3 de la Ley 18.831, con base en los siguientes argumentos:

Su legitimación deriva de su calidad de indagado en un proceso penal.

Ladisposiciones impugnadas son inconstitucionales, por contradecir lo dispuesto en los artículos 7 y 72 de la Constitución, al violar el principio de irretroactividad de la Ley penal.

En nuestro ordenamiento jurídico no hay un deber de seguir los fallos de los órganos interamericanos.

En definitiva, solicitó que se declarara la inconstitucionalidad de los artículos 2 y 3 de la Ley 18.831 y, por ende, su inaplicabilidad al caso concreto.

III) Por providencia No. 199/2016, la titular del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 16o. Turno, Dra. Julia Staricco, dispuso la elevación del expediente para ante la Suprema Corte de Justicia (fs. 65), donde fue recibido el 15 de abril de 2016 (fs. 76).

IV) Por providencia No. 555/2016 se confirió traslado a la Sra. Fiscal Letrada Nacional en lo Penal de 14o. Turno y se dio vista al Sr. Fiscal de Corte (fs. 77).

V) La Sra. Fiscal Letrada Nacional en lo Penal de 14o. Turno evacuó el traslado conferido abogando por el rechazo de la excepción opuesta, por falta de legitimación (fs. 82-82vto.).

VI) El Sr. Fiscal de Corte, por las razones que expuso en el dictamen No. 1529/2015, consideró que no correspondía que se pronunciara sobre la constitucionalidad o no de las disposiciones legales cuestionadas, por ser inaplicables al caso (fs. 86-107vto.).

VII) Por providencia No. 920/2016 se dispuso el pasaje a estudio y se llamaron los autos para sentencia (fs. 110).

VIII) Una vez cumplidos los trámites de estilo, se acordó dictar sentencia en el día de la fecha.

CONSIDERANDO:

I) La Suprema Corte de Justicia, por mayoría y por diversos fundamentos, desestimará la excepción de inconstitucionalidad opuesta.

II) En cuanto a la legitimación del excepcionante.

1) Para los Sres. Ministros, Dres. Ricardo Pérez Manrique y Jorge Larrieux, el excepcionante no se encuentra legitimado para promover, por vía de excepción, la inconstitucionalidad de los artículos 2 y 3 de la Ley 18.831.

Como sostuvo la Suprema Corte de Justicia en sentencia No. 498/2014: Antes del ingreso al mérito de la cuestión que se somete a consideración de un órgano jurisdiccional, es preciso determinar la idoneidad de quienes actúan en cuanto a poder pretender aquello que solicitan.

La declaración de inconstitucionalidad sólo puede entablarse cuando exista quien se considere lesionado en su interés directo, personal y legítimo, legitimación que se requiere según lo previsto en el artículo 258 de la Constitución y en los artículos 509 nal. 1 y 510 nal. 1 del C.G.P.

La titularidad efectiva de dicho interés por la parte excepcionante, así como su real afectación por la disposición legislativa impugnada, es, por consiguiente, un presupuesto indispensable para la obtención de una sentencia eficaz sobre el mérito de lo pretendido (cf. Vescovi, Enrique, Cuadernos de Derecho Procesal, Tomo 1, 1973, pág. 123).

La Corporación ha definido con claridad las calidades que debe revestir el interés en actuar, fundamento de la legitimación aditiva, señalando 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". Partiendo de la

opinión de uno de los Maestros del constitucionalismo nacional, se afirmó que este interés es también el (...) inmediatamente vulnerado por la aplicación de la Ley inconstitucional.

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, Tomo 3, pág. 183).

A juicio del Sr. Ministro, Dr. Ricardo Pérez Manrique, en función de los antecedentes relevados, no puede sostenerse que la norma impugnada le está siendo aplicada al excepcionante, por lo que no posee el interés con las características requeridas constitucional y legalmente para ejercitar la declaración de inaplicabilidad peticionada.

En tal sentido, considera del caso reiterar lo expresado en sentencia No. 10/2016 de la Suprema Corte de Justicia en cuanto a 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 considera 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 legítima 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 (Cfme. Sentencia No. 759/2014), (...).

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 controvertiendo 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.

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 artículos 259 de la Carta y 508 del 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 [el excepcionante] ser [titular] de un interés directo que haya sido lesionado por la norma impugnada, corresponde declarar que [carece] de legitimación activa en cuanto a la declaración de inaplicabilidad de la Ley No. 18.831”(Cfme. además Sentencia No. 340/2014), (...).

Por su parte, el Sr. Ministro, Dr. Jorge Larrioux, conforme al cambio de posición que sobre el tema de la legitimación activa en estos casos ha adoptado desde la sentencia No. 878/2014 de este Colegiado, entiende que, como aún no existe en esta primera etapa del proceso requisitoria fiscal tendiente a imputar los presuntos hechos con apariencia delictiva investigados en autos, el excepcionante carece de legitimación para promover la declaración de inconstitucionalidad que pretende.

En tal sentido, resulta de aplicación en el caso la posición que sostuvo en la sentencia No. 498/2014 de la Corporación, en la que afirmó que: (...) *en mérito a que la inconstitucionalidad de una norma no se puede discutir en la etapa de presumario, la excepción impetrada resulta improcedente.*

En efecto, en cuanto a la concepción relativa a que el tema de la inconstitucionalidad, no debe ser abordado en un procedimiento presumario, siguiendo la posición sustentada por la Corporación en las Sentencias Nos. 2856/2007, 217/2010, 1032/2012, opinan que la disposición cuya declaración de inaplicabilidad se solicita, no resulta de ineludible aplicación al caso de autos, por cuanto el planteamiento se hace valer para la eventualidad que se entienda aplicable al caso la norma legal impugnada, lo que conlleva a su desestimación.

Por cuanto viene de decirse, resulta enteramente trasladable al presente, lo expresado por la Corte en Sentencia No. 365/2009, en el sentido que: "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 denunciada".

"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 solicita 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)".

En tal sentido, cabe recordar que la finalidad de la etapa presumario o de indagación previa, es indispensablemente el investigar y establecer si se configuraron tres parámetros específicos de esta fase, como ser: si el hecho denunciado podría ser constitutivo de delito, si el mismo podría llegar a encuadrar en el tipo penal denunciado o en cualquier otro de la normativa penal y, si se podría llegar a imputar a la persona que aparece como posible sujeto activo del delito o en otra figura, según el tipo específico del delito (...).

Por consiguiente, el acogimiento de una pretensión como la planteada supondría una declaración de inconstitucionalidad de "eventual" aplicación en tanto no existe "caso concreto", careciendo el interés de la nota de "directo" requerida (Sentencias Nos. 1197/2012, 625/2013).

Si bien es cierto -afirma el Dr. Larrieux- que el pronunciamiento de segunda instancia hace caudal de la normativa impugnada para desestimar la pretensión incidental de archivo y clausura de las actuaciones, también lo es que aún no se ha resuelto el pedido de procesamiento del indagado, por lo que la excepción opuesta no puede prosperar.

2) Por su parte, el re-dactor disiente con esta posición, por considerar que el hecho de que la excepción de inconstitucionalidad hubiese sido promovida en el curso de un presumario no incide en su procedencia.

La redacción dada al artículo 113 del Código del Proceso Penal por la Ley 17.773 zanjó definitivamente la discusión acerca de la naturaleza procesal de la etapa de presumario al pronunciarse en sentido afirmativo. Se trata de una cuestión sobre la que ya existía consenso doctrinario, como se señala en estudio específico sobre el punto (cf. Santiago Garderes y Gabriel Valentín, *El nuevo régimen del presumario*, FCU, 2a. Ed., 2009, pág. 43).

Por ello, coincide con los autores citados cuando señalan: "Afirmada la naturaleza procesal del presumario, debe concluirse en la admisibilidad de la excepción de inconstitucionalidad planteada durante esta etapa del proceso, puesto que el artículo 511 del Código General del Proceso dispone que la excepción de inconstitucionalidad podrá plantearse 'desde que se promueve el proceso hasta la conclusión de la causa (...)'; (...) resulta indudable que a partir de que la persona es indicada de cualquier manera como posible partícipe de un hecho con apariencia delictiva se activan todas las garantías emanadas de los principios (...) del debido proceso legal y demás del proceso penal (ob. cit., págs. 72 y 44).

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

En la especie, nos encontramos ante un sujeto que fue convocado en calidad de indagado a un proceso penal (fs. 261-263 del expediente unido por cuerda: IUE 89-60/2016), proceso penal que, atento a las características de los hechos denunciados (detención ilegal y apremios físicos llevados a cabo por funcionarios de la Armada durante el régimen militar), (fs. 88-105 y 118-124vto. del expediente acordonado), presupone la aplicación de las normas impugnadas. El mismo criterio fue expuesto por el Dr. Fernando Cardinal integrando la Corte en sentencia No. 794/2014, y por el Dr. Julio Chalar en el mismo fallo.

Además, en el caso, el excepcionante solicitó la clausura y el archivo de las actuaciones (fs. 11-12vto.), lo que le fue negado por sentencia No. 3473/2015 de primera instancia (fs. 31-36), la cual fue impugnada en el mismo acto en que se interpuso la excepción de inconstitucionalidad, lo que determinó la suspensión de las actuaciones respecto de CC.

Entonces, solo en aplicación de las normas impugnadas es concebible que un juzgado penal tramite en el año 2012 (fs. 88-104vto. del expediente unido por cuerda) una denuncia por hechos acaecidos en los años 70 del pasado siglo, más de 30 años antes.

III) En cuanto al fondo del asunto.

1) A juicio del redactor, no se verifica la inconstitucionalidad denunciada por infracción de los artículos 7, 10 inciso 2 y 72 de la Constitución.

Y ello porque las infracciones normativas en las que tal impugnación se basa no derivan de la Ley 18.831. En efecto, la Ley 18.831 no hizo más que reiterar soluciones que ya estaban recogidas en nuestro ordenamiento jurídico aplicables a los delitos de lesa humanidad.

Es así que, sin desconocer la naturaleza provisoria propia de la etapa procesal en la que se encuentra esta causa, puede afirmarse que los hechos en que se produjo la detención y las torturas objeto de la denuncia constituyen, en principio, un supuesto de delito de lesa humanidad.

De acuerdo con lo denunciado (fs. 118-125vto. del expediente acordonado), DD y EE fueron detenidos por efectivos de la Armada y reclusos en dependencias navales. Durante el período de reclusión sufrieron torturas.

En cuanto al concepto de crímenes de lesa humanidad, cabe señalar, como lo hiciera el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 1^{er} Turno, que: *Son delitos (...) generalmente practicados por las mismas agencias de poder punitivo operando fuera del control del derecho penal, es decir, huyendo al control y a la contención jurídica (...).*

Conceptualmente, los delitos de lesa humanidad o crímenes contra la humanidad (artículo 2 del CP, según redacción dada por el artículo 1o. de la Ley 18.026) son conductas violentas generalizadas y sistemáticas de una organización estatal o paraestatal, en perjuicio de una población civil o sector de la misma, que vulneran derechos anteriores al Estado, que no puede éste suprimir ni evitar su tutela trasnacional (...).

Se caracterizan por agraviar no sólo a las víctimas y sus comunidades, sino a todos los seres humanos, porque lesionan el núcleo de humanidad. Son "crímenes internacionales cometidos por grupos políticamente organizados que actúan bajo un color político, consistentes en los más graves y abominables actos de violencia y persecución, y cometidos sobre víctimas en razón de su pertenencia a una población o grupo más que por sus características individuales"; "su criminalidad anula la soberanía estatal" (...), (sentencia No. 426/2014).

En definitiva, parece claro que, en principio, los hechos investigados encartan en un supuesto de delito o crimen de lesa humanidad, por cuanto el accionar denunciado consiste en la detención, privación de libertad, interrogatorio y tortura de una persona por sus ideas y militancia política, cometida por efectivos militares.

2) En relación con la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, tal como este redactor sostuvo en sentencia No. 1061/2015 de la Corte (caso XX), cabe remitirse al fundado análisis que el Dr. Fernando Cardinal realizó en la sentencia No. 794/2014 en ocasión de integrar la Suprema Corte de Justicia en el caso ZZ, oportunidad en la cual, al analizar la constitucionalidad de los artículos 2 y 3 de la Ley 18.831, expresó que tales normas no modificaron el "statu quo" que las precedían, por cuanto ya se encontraban incorporadas en el sistema nacional de derechos humanos e ingresaban a nuestro ordenamiento por imperio de los artículos 72 y 332 de la Constitución.

Así, el artículo 72 de la Carta, al referir a la enumeración de los "derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución", que no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o que se derivan de la forma republicana de gobierno, está dirigido no sólo al reconocimiento de los derechos subjetivos de los seres humanos en forma individual, sino también al Estado, quien debe velar por ellos utilizando cualquier mecanismo que tienda a tal finalidad.

La conclusión anterior se ve robustecida por el artículo 332 de la Constitución, según el cual, aun cuando no exista una reglamentación interna -en la cual debe contarse la Ley formal dictada por el Poder Legislativo-, la protección del sistema de los derechos humanos inherentes a la personalidad humana está asegurada por dicha disposición, dado que aquella omisión será "suplida" recurriendo a los fundamentos de Leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas.

Y señala Cardinal, (...) *la calificación de determinados delitos como de lesa humanidad -o crímenes de lesa humanidad- forman parte del universo de situaciones regladas por el artículo 72 mencionado, por cuanto no cabe duda alguna que funcionan como forma de protección de los derechos humanos, impuesto por la forma republicana de gobierno que impone a la autoridad pública -el Estado- que garantice a la sociedad toda su control y punición.*

Por lo tanto, la identificación y el reconocimiento de dichos delitos por parte de nuestro ordenamiento jurídico es anterior a la Ley 17.347 del 5 de junio de 2001 (que ratificó la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los

Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad de la ONU de 1968) y a la Ley 18.026 del 13 de setiembre de 2006 (sobre Cooperación con la Corte Penal Internacional en materia de lucha contra el genocidio, los crímenes de guerra y de lesa humanidad), en el bien entendido de que se encuentran en las normas de “jus cogens”, que ingresan al sistema constitucional mediante la aplicación del artículo 72 de la Constitución.

Así, pues, el concepto de crímenes de lesa humanidad como integrantes del núcleo de “jus cogens” se encuentra en el Estatuto del Tribunal de Nüremberg de 1945 (artículo 6 literal c), que los define como casos de *asesinato, exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos (...) y de persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes*, calificación que fue reafirmada en el artículo 1 literal b de la Convención de la ONU de 1968.

La firma o ratificación de los convenios en los que se definen los delitos de lesa humanidad resulta irrelevante, desde que es su fundamento el que los hace ingresar en el sistema constitucional uruguayo. Y ello, dice Fernando Cardinal, por dos motivos: *el primero, que por ser una garantía (constituida por el deber del Estado de perseguirlo) inherente a la protección de la personalidad humana, está incorporado sin necesidad de reglamentación alguna, conforme con el artículo 332 de la Constitución; el segundo, en tanto los mencionados instrumentos lo que hacen no es establecer la categoría, sino reconocerla, por cuanto si son inherentes a la personalidad humana, no es el precepto expresado en el Estatuto, Tratado o Convenio el que la hace vigente, sino que solo la actualiza mediante una verbalización determinada, ya que en sí preexisten a tal actualización.*

En consecuencia, la existencia de la categoría de delitos de lesa humanidad está incorporada a nuestro ordenamiento, al menos desde 1968, en virtud de lo dispuesto por los artículos 72 y 332 de la Constitución.

Y aquí, lo relevante del concepto de lesa humanidad es el bien jurídico tutelado, que no es otro, como dice Fernando Cardinal, que el sistema de derechos humanos en el encuadre que viene de realizarse.

Es así que *si existe una tipificación al momento de la comisión de un delito, por ejemplo, el homicidio, las lesiones, la privación de libertad, etc., que está catalogado como tal en el Código Penal, nada obsta a que, atendidas las circunstancias en que se efectuó y la finalidad con que se perpetró, pueda ser calificado como de lesa humanidad si encastra en la definición que de tal carácter dan las Convenciones que vienen de analizarse.*

Entonces, no se viola el principio “nullum crimen, nulla poena sine lege”, porque *el crimen existe y está tipificado por la descripción de la conducta, ya sea el homicidio, las lesiones, la privación de libertad, etc., con más el carácter dado por la finalidad que emerge de las normas del jus cogens (...). Y porque la conducta descrita la tiene [se refiere a la pena] aun cuando sea coincidente con otro delito, aun en su nomen juris que, desarrollando la misma conducta, no tuviere la finalidad requerida en el de lesa humanidad.*

Por ende, este redactor concluye con Fernando Cardinal que, en nuestro orden jurídico, los delitos de lesa humanidad estaban incorporados con anterioridad a que se dictaran las Leyes 17.347 y 18.026.

En tal sentido, Martín Riso Ferrand enseña que *(...) no puede pretenderse en materia de derechos humanos que el Derecho Internacional no tenga una importancia decisiva a la hora de interpretar la Constitución y menos que pueda prescindirse del orden internacional. Prescindir del Derecho Internacional de los Derechos Humanos hoy es tan injustificable como erróneo, y es evidente que su uso cambia todo el entorno interpretativo tradicional (...).*

La temática de los Derechos Humanos requiere una respuesta que no puede limitarse a la invocación de los artículos 4 y 82 inciso 2 de la Constitución (que refiere a la soberanía nacional y a quién y cómo se ejerce). Por el contrario -dice Martín Riso-, *muchas son las normas constitucionales que permiten (y conducen) a admitir una noción de soberanía más limitada y compatible con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. A mero título de ejemplo:*

(I) Del artículo 7 y siguientes surge una clara vocación jusnaturalista de la Carta y, sin ingresar a discutir el jusnaturalismo en el ámbito doctrinal ni sus variantes modernas, es un dato que para la Constitución uruguaya los derechos humanos no son "creados" por ella misma sino que son anteriores a la norma constitucional (ésta sólo se limita a reconocerlos), solución que coincide con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y con la mayoría de las Constituciones americanas. ¿Cómo el artículo 331 podría autorizar la modificación de algo que para la Constitución está por encima de ella? ¿De algo que es anterior al propio ordenamiento jurídico? Los artículos 4, 82 y 331 no pueden ser interpretados como autorizando lo anterior.

(II) Del artículo 72 surge con mucha más fuerza lo anterior y se abre la puerta para el ingreso de todos los derechos humanos de fuente internacional. ¿Puede el artículo 331 autorizar la modificación de algo que es inherente a la persona humana? La interpretación contextual de los artículos 4, 82 y 331, con base en los artículos 7 y 72, conduce a dar una respuesta negativa a dicha pregunta.

(III) No puede pensarse, hoy, en el siglo XXI, que, invocando una radical, extrema y anticuada noción de soberanía, nuestro país (cuya Constitución reconoce el Derecho Internacional Público) pueda apartarse de todos los compromisos internacionales asumidos y, en oposición a normas internacionales claras y en franca violación de lo que es el pensamiento de la comunidad internacional sobre lo que los derechos humanos son, pueda desconocer los derechos humanos o alguno de ellos.

En definitiva, una correcta interpretación de la Constitución nos demuestra que ella no impide en forma alguna la admisión de las nuevas concepciones y la adecuada forma de compatibilizar el derecho interno con las normas internacionales de los derechos humanos. Es más, se impone claramente el enfoque moderno de estos temas en forma ineludible para el intérprete ("Algunas garantías básicas de los derechos humanos", Segunda edición actualizada y ampliada, Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Grupo Editorial Ibáñez, 2011, Colección Internacional No. 27, págs. 48-49).

La imprescriptibilidad de estos delitos también forma parte del sistema de tutela de los derechos fundamentales consagrados en el artículo 72 de la Constitución, ya que busca protegerlos de forma tal que sea imposible que quienes los perpetraron puedan sustraerse al castigo.

Además, la imprescriptibilidad se encuentra igualmente incluida en "el universo de normas de jus cogens" también desde 1968, por lo que la ausencia de reglamentación interna no impide su aplicación (artículos 72 y 332 de la Constitución y artículo 1 de la Convención de la ONU de 1968).

Y al respecto, dice Fernando Cardinal: *Véase que la citada Convención de 1968, en su art 1, inicia la expresión de la norma diciendo: "Los siguientes crímenes son imprescriptibles...", lo que denota, desde su propio tenor, el carácter declarativo del precepto. No se trata de establecer una imprescriptibilidad, sino que se declara que ella existe, y por ende es anterior a su propia redacción.*

Ello demuestra el carácter de norma protectora inherente al sistema de derechos humanos, impidiendo que quienes lo violan en su más grave forma cometiendo los delitos allí expresados, se sustraigan a la sanción; e

impone al Estado que garantice la persecución de dichos crímenes, sin que se pueda escudar en un instituto tal como la prescripción, anteponiendo a la seguridad jurídica la protección del sistema de derechos humanos.

Tal conclusión no colide con ningún otro principio constitucional por razones análogas a las expuestas al tratar la existencia de crímenes de lesa humanidad con independencia de la legislación interna. Así, el hecho de que el instituto de la prescripción pertenezca al derecho sustancial no es óbice para su aplicación anterior a la Ley que ratificara la Convención de la ONU de 1968.

Entonces, en el Código Penal, al menos desde la declaración contenida en el artículo 1 de la dicha Convención, pueden distinguirse dos categorías: la de los delitos imprescriptibles, entre los cuales se encuentran los del artículo 1 citado y, eventualmente, los de cualquier otra norma de “jus cogens” que se vea incorporada a través del artículo 72 de la Constitución; y la de los que admiten prescripción, que constituirían una regla para cualquier delito no exceptuado por norma especial.

Es por eso que las Leyes 17.347 y 18.026 no tienen incidencia respecto a la situación anterior, por cuanto lo que ellas hicieron fue reconocer, mediante Ley formal interna, que los delitos de lesa humanidad son imprescriptibles, de acuerdo con las definiciones que en ellas se consagran.

IV) El Sr. Ministro, Dr. Ricardo Pérez Manrique, sin perjuicio de considerar que el excepcionante no está legitimado, entiende pertinente agregar que, tal como lo sostuvo en su discordia a la sentencia No. 212/2013 de la Corte, los delitos que se investigan en estos autos constituyen, en puridad, crímenes de lesa humanidad y, por lo tanto, no prescriben. En la discordia citada expresó: “...además tienen recepción este tipo de crímenes en nuestro propio Derecho Constitucional, toda vez que la Constitución de la República establece en su artículo 239 que 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”. Igual criterio ha expuesto en otras oportunidades (por ejemplo, en sentencia No. 1061/2015).

V) Se impondrá al excepcionante el pago de las costas por ser de precepto (artículo 523 del C.G.P.). Los costos, por su orden.

Por los fundamentos expuestos, la Suprema Corte de Justicia, por mayoría,

FALLA:

Desestímase la excepción de inconstitucionalidad opuesta.

Las costas de cargo del excepcionante y los costos en el orden causado.

Y devuélvase.

DR. JORGE CHEDIAK **DISCORDIA:** I) A mi juicio, corresponde declarar inconstitucionales e inaplicables a los excepcionantes los arts. 2 y 3 de la Ley No. 18.831, sin especial condenación procesal.

II) Con carácter liminar, pongo de relieve que los excepcionantes ostentan un claro interés directo en la desaplicación de las normas legales impugnadas, ya que la Sra. Jueza *a quo* desestimó la defensa de prescripción opuesta por ellos, entre otros argumentos, en virtud de lo establecido en la Ley No. 18.831 (fs. 35).

Como sostuvo la Suprema Corte de Justicia en su Sentencia No. 20/2013, la aplicación de las normas controvertidas al caso concreto no es eventual ni hipotética, sino que es absolutamente cierta.

III) Con respecto al fondo del asunto, me remito a la fundamentación expuesta en la citada Sentencia No. 20/2013 de la Corporación.

DRA. ELENA MARTINEZ DISCORDE: En cuanto hago lugar a la excepción opuesta y, en su mérito, declaro inconstitucionales, y por ende inaplicables al excepcionante, los artículos 2 y 3 de la Ley No. 18.831, de acuerdo con los siguientes fundamentos.

I) Respecto a la legitimación activa del indagado para impugnar en el curso del presumario penal, me remito a lo manifestado en el cuerpo de la sentencia (Considerando No. 2), argumentación que comparto íntegramente y tengo por reproducida.

II) En cuanto al mérito de la impugnación, entiendo que corresponde amparar la excepción de inconstitucionalidad movilizada en la causa.

El cuestionamiento está centrado en definir si los arts. 2 y 3 de la Ley No. 18.831 vulneran los arts. 7, 10, 72 y 82 de la Constitución.

Estimo que la regularidad constitucional de ambas normas legales se encuentra afectada, tal como se verá seguidamente.

Las disposiciones impugnadas, establecen:

Artículo 2o.: *“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”.*

Artículo 3o.: *“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”.*

Al respecto, el excepcionante afirma que la Ley resistida, al haber regulado materia penal con carácter retroactivo, colidaría 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 frontalmente contraria al accionar libre de los seres humanos.

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

Por otra parte -sigue afirmando- las normas legales que considera inconstitucional resultan inconciliables con el derecho constitucional a la seguridad jurídica, reconocido por el art. 7 de la Carta.

La seguridad jurídica permite a las personas prever las consecuencias legales de su conducta. Cuando la norma elimina la previsibilidad de esas consecuencias, atenta contra la seguridad jurídica.

El art. 3 de la Ley impugnada desconoce este derecho, pues lesiona un derecho adquirido de rango constitucional. Las conductas que eran lícitas al tiempo de su comisión u omisión no se transforman en ilícitas y punibles por aplicación de Leyes que proyectan sus efectos hacia el pasado.

Este artículo, 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 aparejado su imprescriptibilidad y proyecta hacia el pasado, retroactivamente, los efectos de los arts. 7 y 29 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, aprobado por Ley No. 17.510, de 27 de junio de 2002, así como los arts. 7 y 19 a 25 de la Ley No. 18.026, de 25 de setiembre de 2006.

Las normas resistidas -continúa postulando- arrasa el derecho a la seguridad jurídica, pues transforma en delitos de lesa humanidad e imprescriptibles a ilícitos penales comunes que no lo eran al tiempo de su comisión y cuya prescripción se regía por las normas del C.P. (arts. 15, 16, 117 a 123).

En la especie, quienes por la condición de militares o policías en actividad antes del 1o. de marzo de 1985 podían ser imputados de los delitos comprendidos en el art. 1o. de la Ley No. 15.848, fueran o no autores de

alguno de ellos, tenían un derecho adquirido a no ser juzgados por su supuesta autoría, en razón de haber caducado, por imperio legal, la pretensión punitiva del Estado respecto de los mismos.

Finalmente -concluyen- los arts. 2 y 3 de la Ley No. 18.831 violan el principio de libertad consagrado en el art. 10 de la Carta, pues ésta norma establece que “*nadie será obligado a hacer lo que no manda la Ley*”.

A mi criterio, le asiste razón al impugnante.

En este sentido, en Sentencia No. 20/2013, la Corporación -en línea argumental que comparto plenamente y que hago propia- sostuvo:

“(…)

IV) Previo al ingreso al mérito de la cuestión en examen, corresponde establecer lo siguiente.

IV.a.- Con respecto a si las Leyes de prescripción de los delitos constituyen normas procesales o normas sustantivas, Bayardo Bengoa reconoce que ha llegado a discutirse en el plano doctrinario si la prescripción constituye una Ley de forma o una Ley de fondo. El citado autor explica que esta problemática ya fue resuelta por Carrara, para quien la prescripción entraña una disposición de fondo. El Maestro italiano sostiene que si la Ley antigua es la más favorable, la nueva Ley es irretroactiva; mientras que si, por el contrario, la más favorable es la nueva Ley, ésta se aplica a los hechos anteriores a su vigencia.

El mismo autor entiende -en términos compartibles- que nuestro Código Penal resuelve el problema, acorde con el criterio que consigna en la norma de reenvío del art. 16: ‘las Leyes de prescripción siguen las reglas del artículo anterior’. Y el art. 15 inc. 1 del C.P. expresa, con total claridad, que: ‘Cuando las Leyes penales configuran nuevos delitos, o establecen una pena más severa, no se aplican a los hechos cometidos con anterioridad a su vigencia’.

Con ello, se consagró la prevalencia de la Ley prescriptiva más favorable al reo (cf. Bayardo Bengoa, Fernando, Derecho Penal Uruguayo, Tomo I, JVS, Montevideo, 1962, pág. 144).

En definitiva, corresponde tener presente que instituto de la prescripción ingresa sin duda alguna en el concepto de ‘Ley penal’ desde que ésta comprende no sólo el precepto, la sanción, la noción del delito y la culpabilidad, sino todo el complejo de las disposiciones ordenadoras del régimen de extinción de la pretensión punitiva.

IV.b.- Por otra parte y como ya ha tenido la oportunidad de expresar este Alto Cuerpo, los delitos cometidos durante la dictadura no constituyen delitos de lesa humanidad (cf. Sentencias Nos. 887 y 1.501/2011 de la Suprema Corte de Justicia).

Los hechos denunciados en el subexamine habrían ocurrido ‘...durante el período de 1972 a 1o. de marzo de 1985...’ (cfme. fs. 171).

Respecto de los denominados ‘crímenes de lesa humanidad’, corresponde señalar la evolución legislativa de dicha tipificación en nuestro país:

(a) Por Ley No. 17.347 (promulgada el 13/VI/2001), fue aprobada 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.

(b) Mediante la Ley No. 17.510 se aprobó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptado en Roma, República Italiana, el 17 de julio de 1998 y suscrito el 19 de diciembre de 2000. Esta Ley fue promulgada el 27 de junio de 2002 y publicada en el Diario Oficial el 8 de julio del mismo año.

(c) La Ley No. 18.026, promulgada el día 25 de setiembre de 2006, establece en su Título II una serie de crímenes considerados de Lesa Humanidad y consagra su imprescriptibilidad en el artículo 7.

Conforme a lo que viene de reseñarse, 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 significa, lisa y llanamente, conferir a dichas normas penales carácter retroactivo, lesionándose así normas y principios constitucionales como se referirá.

Sobre el tema, corresponde recordar lo expresado por la Suprema Corte de Justicia en sentencia No. 1.501/2011:

‘Por último, en cuanto al recurso interpuesto por el Ministerio Público, referido en lo sustancial al error padecido en la calificación delictual en que habría incurrido el Tribunal, al tipificar los hechos punitivos como Homicidio muy especialmente agravado, cuando hubiera debido aplicar la figura de la Desaparición Forzada, no resulta recepcionable.

La Corte, coincidiendo con el Tribunal entiende que la figura no resulta aplicable, en virtud que el delito de Desaparición Forzada, fue creado por el artículo 21 de la Ley No. 18.026, de fecha 25 de setiembre de 2006, es decir que al no existir la norma al momento de ejecutarse los hechos a juzgar, no corresponde su aplicación en forma retroactiva, pues ello resultaría en franca vulneración a lo dispuesto en el art. 15 inc. 1 del Código Penal y a los pilares básicos en que se fundan los principios que rigen el Derecho Penal.

En la medida que ello, constituye un requisito inherente a la prohibición penal derivada del artículo 15 inc. I. del Código Penal, que está especialmente consagrado por una norma de derecho internacional, como lo es el Pacto de San José de Costa Rica, que es Ley nacional (Ley No. 15.737) y que literalmente expresa que: ‘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. Si con posterioridad a la comisión del delito la Ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello’.

En doctrina se ha expresado que: *'...la irretroactividad de la Ley penal es un principio liberal o garantía implícita en el art. 72 de la Constitución Vigente, que deriva, además, indirectamente, del principio de libertad, expresamente proclamado en el art. 10 inc. 2 de la Carta. Asimismo, está íntimamente vinculado a la seguridad, valor aludido en el art. 7 y también comprendido en el art. 72 de la Constitución Vigente...'* (Alberto Ramón REAL, *'Los principios generales de derecho en la Constitución Uruguaya'*, Montevideo, 1965, pág. 53).

En igual sentido opinan JIMENEZ 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 pues, además, el delincuente, sólo puede motivarse por el mandato normativo cuando éste está configurado como Ley en el momento de la comisión del hecho. Por eso entiende que lo decisivo para la irretroactividad es la idea de la seguridad jurídica (*'...Tratado de Derecho Penal. Parte General'*, Ed. BOSCH, Barcelona, vol. 1, pág. 184) (Sent. No. 70/97).

(...)

'VI) A juicio de los Sres. Ministros Dres. Ruibal Pino, Larrieux, Chediak y Chalar, los arts. 2 y 3 de la Ley No. 18.831 vulneran flagrantemente los principios de legalidad e irretroactividad de la Ley penal más gravosa, por las razones que se expresan a continuación.

Dichas normas disponen:

Artículo 2: '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'.

Artículo 3: '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'.

El principio de irretroactividad de la Ley penal más gravosa deriva de los principios de libertad y legalidad, que no es otra cosa que la expresión del viejo proloquio latino nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege y emana del art. 10 inc. 2 de la Constitución de la República, según el cual 'Ningún habitante de la República será obligado a hacer lo que no manda la Ley, ni privado de lo que ella no prohíbe'.

No es posible castigar a nadie por la comisión de un hecho que, al momento de su realización, no está previsto en la Ley penal como delito, ni siquiera aunque sea similar o aproximado a la conducta sancionada.

Este principio se complementa con el de reserva, reconocido en el artículo 10 inciso 1 de nuestra Carta, que reza: 'Las acciones privadas de las personas que de ningún modo atacan el orden público ni perjudican a un tercero, están exentas de la autoridad de los magistrados'.

Cairoli enseña que Anselmo Von Feuerbach -fundador de la ciencia penal en Alemania- afirmó el principio de legalidad como un freno para el arbitrio del Juez.

Ya en la Carta Magna de 1215 aparece este principio en el artículo 43 original y en el Capítulo XXXI de la modificación, según el cual: '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'.

También fue consagrado en las Constituciones de Virginia y Maryland en 1776 y en la norteamericana de 1787.

Asimismo, fue reconocido en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Francia revolucionaria de 1789.

A su vez, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, también consagró este importante principio en su artículo 11, que dispone: 'Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional'.

Pero la doctrina del Siglo XIX ubica incluso antes los orígenes del principio de irretroactividad de la Ley penal.

En este sentido, puede citarse la opinión del profesor italiano Luigi Olivi, que sitúa la fuente de dicho principio en el derecho natural, independientemente de cualquier texto legislativo.

Según este autor, desde los tiempos de Constantino y Ulpiano ya estaba consagrado el principio de irretroactividad.

Además, señala que el Derecho Canónico reconoció, desde muy antiguo, este principio. De tal forma, indica que surge consagrado en un escrito emanado del pontífice Gregorio III del año 593, el cual reza: 'Quoties novum quid statuit, ita solet futuris formam imponere ut dispendiis praeterita non commendet: ne detrimentum ante prohibitionem possint ignorantes incurrere, quod eos postmodum dignum est sustinere'.

Más tarde, Graziano, en su decreto adjunto al Corpus iuris canonici, escribe: 'Poena criminis ex tempore legis est, quae crimen inhiibuit, nec ante legem ulla rei damnatio est, sed ex lege'.

El citado profesor italiano también hace referencia a la consagración del principio en estudio en las legislaciones modernas. De esta forma, menciona que surge de la Declaración de los Derechos del Hombre francesa, cuyo artículo 8 estatuye: 'La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires. Nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit'. A su vez, el artículo 8 de la Constitución del 24 de junio de 1793 preceptúa: 'L'effet rétroactif donné à la loi serait un crime'. En la Constitución de la República francesa de 5 de Fructidor del Año III, el art. 14 establece: 'Aucune loi, ni criminelle, ni civile, ne peut avoir d'effet rétroactif'.

Asimismo, Olivi cita, en Italia, al Código Penal sardo del 20 de noviembre de 1859, cuyo artículo 3 establece: 'Se la pena che era imposta dalla legge al tempo del commesso reato e quella stabilita dalla legge posteriore fossero diverse fra loro sarà sempre applicata la pena più mite'.

Del mismo modo, el artículo 6 del Código Toscano de 1853 dispone: 'Ai delitti avvenuti ma non giudicati prima del giorno dal quale avrà piena esecuzione il Codice penale saranno applicate le pene prescritte dal medesimo, ognorachè sieno più miti di quelle stabilite dalle leggi anteriori'.

*Y, mencionando al Código Penal italiano vigente en 1888, el referido autor dice que su artículo 2 reza: 'Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo una legge posteriore, non costituisca reato; e, se vi sia stata condanna, ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali' (Olivi, Luigi, 'Reati e pene in ordine al tempo', en *Completo Trattato Teorico e Pratico di Diritto Penale secondo il Codice Unico del Regno d' Italia*, obra dirigida por Pietro Cogliolo, Vol. I, Parte II, Milán, 1888, págs. 483 a 491).*

En suma, todas estas normas reconocen o consagran el principio de irretroactividad de la Ley penal más gravosa, que se encuentra insito en el artículo 72 de nuestra Constitución, en el bien entendido de que es una garantía implícita e inherente a la personalidad humana o derivada de la forma republicana de gobierno.

No solo supone una garantía para el sujeto sometido al proceso penal, sino que es una garantía de todas las personas que respetan la Ley, asegurándolas contra cualquier actuación arbitraria de la Ley penal.

*El apotegma tiene un valor absoluto y es un factor directriz para el legislador y un programa que se impone a sí mismo; es un imperativo que no admite desviación ni derogaciones y que representa una conquista de la conciencia jurídica, que obedece a exigencias de justicia y que solo ha sido negado por regímenes totalitarios (cf. Cairolí, Milton, *El Derecho Penal uruguayo y las nuevas tendencias dogmático penales*, Tomo I, 1a. edición, F.C.U., Montevideo, febrero de 2000, págs. 52 y 53).*

*En esta misma línea de pensamiento, se inscribe la doctrina francesa, entre cuyos más conspicuos representantes se ubican Garraud, Garçon y Jéze, para quienes la regla nullum crimen no puede sufrir ninguna excepción, ya que constituye el principio más sólido sobre el que se basa la libertad civil, así como el fundamento de la paz pública. Como fundamento de este principio, estos autores destacan que la Ley ha de proclamar de antemano aquello que ordena o prohíbe, de forma que el individuo pueda actuar de acuerdo con la regla de que todo lo que no está expresamente prohibido está permitido y, por lo tanto, pueda gozar de la libertad y de la seguridad jurídica (citados por Eliseu Frígols i Brines, *El principio de Irretroactividad y la Sucesión de Leyes Penales. Una perspectiva desde el derecho comparado*, Prólogo de Javier Boix Reig (Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia), Editorial Jurídica Continental, pág. 41).*

Y, en el ámbito americano, es necesario tener especialmente en cuenta que este principio de irretroactividad de la Ley penal más gravosa está consagrado a texto expreso en el Pacto de San José de Costa Rica, cuyo artículo 7.2 preceptúa: 'Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las Leyes dictadas conforme a ellas'.

Por consiguiente, una Ley que prevea un aumento del término de prescripción o, lisa y llanamente, la declaración de imprescriptibilidad de cualquier delito no puede regir para situaciones ocurridas con anterioridad

a su entrada en vigencia, so riesgo de vulnerar ostensiblemente un principio tan caro para cualquier Estado de Derecho que se digne de ser tal.

El principio de legalidad es 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 en el Código Penal.

Por lo tanto, la irre-troactividad de la Ley penal, constituye un requisito inherente a la prohibición penal derivada del artículo 15 inc. 1o. del Código Penal, que –como se dijo- está especialmente consagrado por una norma de derecho internacional, como lo es el Pacto de San José de Costa Rica, que es Ley nacional (No. 15.737).

Como señala el profesor español Santiago Mir Puig: ‘Con la exigencia de una lex praevia se expresa la prohibición de retroactividad de las Leyes que castigan nuevos delitos o gravan su punición: es preciso que el sujeto pueda saber en el momento en que actúa si va a incurrir en algún delito o en alguna nueva pena. Este aspecto del principio de legalidad afecta a su sentido de protección de la seguridad jurídica’ (‘Bases Constitucionales el Derecho Penal’, Ed. Iustel, 2011, pág. 73).

Asimismo, como lo expresa el catedrático de Filosofía del Derecho español Luis Prieto Sanchís: ‘Consecuencia lógica del principio de legalidad en sentido amplio es la prohibición de retroactividad de las Leyes penales o sancionadoras, que recogen los arts. 9.3 y 25.1 de la Constitución, entre otras cosas porque los tipos penales perderían toda su función preventiva y con ello su legitimidad si fuesen aplicados a hechos ya cometidos en el momento de su promulgación. La garantía de la legalidad debe decir, pues, nullum crimen, nulla poena sine praevia lege, dado que antes de la existencia de la Ley propiamente ninguna conducta puede considerarse delictiva’ (Garantismo y Derecho Penal Ed. Iustel 2011, pág. 103).

En definitiva, los artículos 2 y 3 de la Ley No. 18.831, al establecer el primero que no se computarán plazos de prescripción ya transcurridos y el segundo al disponer, en forma retroactiva, que a la naturaleza original del tipo penal se adicionará el carácter de ‘crímenes de lesa humanidad’, provocando como consecuencia su imposibilidad de extinción, vulneran ostensiblemente el principio de irretróactividad de la Ley penal más gravosa y con ello los principios y reglas constitucionales recogidos en los artículos 10 y 72 de la Constitución Nacional, todo lo cual determina el amparo de la pretensión declarativa movilizada respecto de dichas normas”.

Habida cuenta de la argumentación desplegada por el Dr. Fernando Cardinal al integrar este Cuerpo, en Sentencia No. 794/2014, corresponde realizar las siguientes consideraciones.

Aún cuando no hubiera obstáculos para el ingreso a nuestro ordenamiento jurídico de la categoría de los delitos de lesa humanidad y de su régimen jurídico, a través de lo que dispone el art. 72 de la Constitución, debemos plantearnos si tal ingreso puede implicar la modificación o derogación de alguna disposición constitucional expresa o de derechos también ingresados a través del art. 72 de la Constitución, o si, por el contrario, tal ingreso debe realizarse de manera que todos los derechos en juego, de igual jerarquía constitucional, tengan su propio ámbito natural de aplicación y puedan convivir en forma armónica, sin sacrificio de unos por otros.

Al respecto, Pablo Cajar-ville señala que: “...la previsión del art. 72, que admite la incorporación a la Constitución de nuevos contenidos no expresados en su texto, no menoscaba la taxatividad de los procedimientos de reforma total o parcial, previsto en el art. 331 de la propia Carta. Por lo tanto, procurando entre ambas disposiciones la debida correspondencia y armonía, debe concluirse que los derechos, deberes y garantías que se incorporan en la Constitución a través del art. 72 no pueden contrariar ninguna disposición constitucional expresa y deben ser coherentes con todas ellas” (Cf. “Reflexiones sobre los principios generales

de derecho en la Constitución Uruguaya”, en Estudios Jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real, F.C.U./1996, pág. 157, citado por Augusto Formento y José Miguel Delpiazzo, en “Primer reconocimiento jurisprudencial del bloque de constitucionalidad: concepto, importancia, efectos jurídicos y perspectivas”, publicado en Revista de Derecho, Ed. Universidad de Montevideo, Año IX (2010), No. 18, pág. 107).

En este sentido, refiriéndose a una eventual colisión de principios, Robert Alexy enseña que *“Para descubrir lo fuerte que pueda ser una teoría de los principios desde el punto de vista de su rendimiento, hay que fijarse en la semejanza que tienen los principios con lo que se denomina ‘valor’. En lugar de decir que el principio de la libertad de prensa colisiona con el de la seguridad exterior, podría decirse que existe una colisión entre el valor de la libertad de prensa y el de la seguridad exterior. Toda colisión entre principios puede expresarse como una colisión entre valores y viceversa”*.

“Principios y valores son por lo tanto lo mismo...”. “Esto muestra con claridad que el problema de las relaciones de prioridad entre principios se corresponde con el problema de una jerarquía de los valores” (Cf. Derecho y Razón Práctica, Ed. Coyoacán, México/2002, pág. 16).

Frente a una eventual colisión con los principios de libertad, de seguridad jurídica y de legalidad comprometidos en la consagración de la irretroactividad de las Leyes penales, todos ellos de raigambre constitucional, debe buscarse la interpretación que permita la vigencia y la máxima extensión de cada uno sin sacrificio de ninguno de ellos.

En la especie, el ingreso de los delitos de lesa humanidad a través del art. 72 de la Constitución solo puede tolerarse con el límite impuesto por el principio de legalidad y el de irretroactividad, ambos derivados del derecho a la libertad y a la seguridad jurídica.

En temática referida al derecho laboral, en el cual estaban en pugna distintos derechos y libertades de raigambre constitucional, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5o. Turno -en postura que comparto y apelando a la natural adaptación de los conceptos al caso de autos- sostuvo: *“...la Sala no comparte las citas que hace la recurrente de esos trabajos doctrinarios, y, fundamentalmente, las consecuencias que pretende extraer en su beneficio.*

Desde luego, se coincide en cuanto a que el goce de los derechos fundamentales, todos, los de primera, segunda y tercera generación, por imperio de lo dispuesto en el art. 7 de la Constitución, está asegurado por el Estado. Pero no existe ninguna norma que establezca la preeminencia que postula el apelante respecto de los de contenido social o individuales no patrimoniales respecto de los patrimoniales”.

“(...)”

“Frente a esta situación, la Sala mantendrá su jurisprudencia transcribiendo, por tratarse de una situación prácticamente igual a la de autos, lo que sostuviera en sentencia No. 159/06: ‘Como acertadamente señala el Dr. Martín Risso Ferrand: ‘El problema de las ocupaciones no es si son prolongaciones del derecho de huelga o no (omissis) sino que es hasta dónde llega el derecho, o si se quiere dónde termina. Y aquí el tema, si bien es de Derecho Laboral, se presenta además como un tema de Derechos Humanos. Los derechos humanos tienen dos límites: los que surgen de Ley formal y los que surgen de la existencia de otros derechos. Hay que buscar esos límites y armonizarlos y ello es posible’, sigue diciendo el autor, ‘estableciendo algunas sencillas reglas de armonización razonable...’ (Las ocupaciones de los lugares de trabajo en Tribuna del Abogado No. 147 pág. 12).

Manuel Díez Picazo (*Sistema de Derecho Fundamentales*, 2da. Edición Thomas Civitas, Navarra, 2005) señala que ‘...en casos de colisión de derechos, es necesario llevar a cabo un cuidadoso estudio de las características del caso concreto, tanto en sus aspectos fácticos como jurídicos a fin de evaluar las razones a favor de uno y otro, a fin de hallar un punto de equilibrio que resulte más ajustado al caso concreto’ (citado por Risso Ferrand en ob. cit. nota No. 5, pág 13).

Por el mismo camino para la dilucidación de situaciones en las que se enfrentan derechos constitucionalmente reconocidos, y, por tanto, de igual rango normativo, aboga el Dr. Alejandro Castello quien, con su habitual acierto, señala, en cita de la Dra. Natalia Coluzzo (*XVII Jornadas Uruguayas del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social - Ocupación de los lugares de Trabajo - Estudio y evolución del fenómeno*, pág 317 y ss.) que ‘...el Juez, deberá armonizar, ante el caso concreto, los derechos en juego utilizando las reglas de proporcionalidad, adecuación y la indispensabilidad de la medida’.

‘Como ha sostenido la Suprema Corte de Justicia, en jurisprudencia consolidada (vide, entre otras Nos. 27/89, 312/95, 202/02) ningún derecho reconocido por la Constitución reviste el carácter de absoluto, un derecho ilimitado sería una concepción antisocial por ello su necesidad de hacerlo compatible con el derecho de los demás dentro de la comunidad y con los intereses superiores de esta última (Conf. sent. No. 54/04).

Así como nuestra mejor jurisprudencia recoge esa concepción del estatuto constitucional como un conjunto sistemático y armonioso de los derechos estableciendo sus límites de modo de hacerlos compatibles unos con otros y con el interés general de una comunidad de vida democrática, otros derechos como el español establece la limitación del derecho de huelga cuando se conculca la libertad de otras personas o se perjudican desproporcionadamente otros bienes reconocidos también por la Constitución (en el mismo sentido en Brasil se establece como límite del derecho de huelga la restricción de derechos o garantías fundamentales de otros individuos)”.

Finalmente, para la interpretación y armonización de los derechos humanos, corresponde citar y compartir la argumentación desarrollada en la obra “Introducción al derecho”, en su edición ampliada y actualizada, cuya autoría es de Eduardo Jiménez de Aréchaga y de Martín Risso Ferrand, en cuanto en ella se expresa: “Ya se vio a lo largo del presente capítulo, cómo los derechos humanos frecuentemente entran en conflicto entre sí, lo que obliga al Juez o al aplicador que corresponda a complejas tareas de armonización. Pero: ¿cómo funciona o cómo se realiza esta armonización? Lentamente, para casos concretos, o a veces con pretensión general, se vienen formulando distintas reglas, técnicas o criterios para emplear en la materia. Sin pretender agotar el tema ni mucho menos creo que algunas orientaciones pueden ser útiles. A saber:

1) El primer paso debe implicar siempre la armonización de los distintos derechos en conflicto. Esto se basa en que todos los derechos humanos son esenciales e inherentes al hombre, por lo que cada vez que en un caso se sacrifica uno debe tenerse presente que se está haciendo algo de inusual gravedad. Todos los derechos humanos, sin excepción alguna, no hacen más que recoger los valores superiores de la comunidad (nacional e internacional) y el principal objetivo del aplicador del derecho siempre debe ser el de tutelarlos a todos sin excepción.

a) En primer término la armonización siempre debe implicar la salvaguarda del ‘contenido esencial’ de cada uno de los derechos en juego, evitando principalmente la desnaturalización de cada uno: esto significa que cuando es posible la armonización mediante el respeto de los contenidos esenciales de todos los derechos, el intérprete debe necesaria e inevitablemente optar por esta variante interpretativa, desterrando toda otra que implique sacrificar algún derecho.

b) En segundo término debe profundizarse y agotarse toda posibilidad de análisis del caso concreto de que se trate, ya que muchas veces las dificultades de armonización son más aparentes que reales y cuando se

profundiza en el caso y sus distintos componentes y matices, haciendo las distinciones correspondientes, se aprecia que la armonización sí es posible.

c) Fundamentalmente el intérprete debe resolver esos casos actuando en defensa del sistema de derechos humanos, y no conforme a ideas políticas ni ideológicas. Evitar esto no es sencillo pero debe procurarse.

Se ha señalado que los casos de conflictos de derechos humanos, normalmente, no dan respuestas en términos de sí o no, sino de más o menos, y normalmente el resultado no será la primacía de uno de los valores sobre los otros sino que se tenderá a lograr un punto de equilibrio entre los referidos derechos.

2) La inmensa mayoría de los casos de conflicto u oposición de derechos humanos se pueden resolver conforme a la regla anteriormente mencionada de la armonización.

Pero forzoso es reconocer que hay casos en que dicha armonización no es posible por lo que hay que recurrir a otras variantes.

Debe tenerse presente que solo cuando se encuentre una forma de armonización posible podrá reconocerse la primacía de un derecho sobre otro. Esto es absolutamente excepcional y en general se presenta cuando está en juego el derecho a la vida que no puede ser objeto, normalmente, de armonización.

3) Por último y como tercera regla para los casos excepcionales en que no es posible la armonización (primera regla) y debe procederse a reconocer la primacía de un derecho (valor) sobre otro (segunda regla), es interesante que todavía, luego de la conclusión final se vuelva a analizar el caso para ver si no hay posibilidades, en alguna medida por más que sea menor, de salvaguardar algo del derecho sacrificado en el caso concreto.

Y no es un tema menor, si se ha llegado a la conclusión que la única solución posible es sacrificar el contenido esencial de un derecho, al menos extrememos las posibilidades de atenuar y sacrificar dicho sacrificio" (cf. Autores citados, Introducción al derecho, edición ampliada y actualizada, FCU, 2007, págs. 173/174).

Trasladada la precedente argumentación al caso concreto, en todo caso, la imprescriptibilidad derivada del carácter de delitos de lesa humanidad sólo podría ingresar a nuestro Derecho, vía art. 72 de la Constitución, por los fundamentos expuestos, sin sacrificio de los principios de legalidad y de irretroactividad derivados del principio de libertad y de seguridad jurídica consagrados en el art. 7 de la Constitución.

Nada impide la armonización de tales derechos, manteniendo el contenido esencial de cada uno de ellos, sin sacrificar a ninguno.

