

# Sistema de Jurisprudencia Nacional

**Nro:** 506/2013

**Oficina:** Suprema Corte de Justicia

Montevideo, treinta de octubre de dos mil trece

VISTOS:

Para sentencia definitiva estos autos caratulados: "AA – DENUNCIA DE DESAPARICION – EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD ARTS. 2 Y 3 DE LA LEY NRO. 18.831 Y ARTS. 7, 9 Y 21 DE LA LEY NRO. 18.026", IUE: 88-98/2010.

RESULTANDO:

- I) Los co-indagados BB, CC, DD, EE, FF, GG, HH y II interpusieron excepción de inconstitucionalidad de los artículos 7, 9 y 21 de la Ley No. 18.026, así como de lo dispuesto en los artículos 2 y 3 de la Ley No. 18.831. En síntesis, los comparecientes sostuvieron que los arts. 7, 9 y 21 de la Ley No. 18.026 son inconstitucionales e inaplicables al caso, puesto que los delitos que se investigan en estos obrados se extinguieron por prescripción y, además, que dichas normas no fueron creadas para ser aplicadas retroactivamente como indebidamente hace la a-quo (fs. 644), por lo que solicitan sean declarados inconstitucionales. En lo que respecta a la Ley No. 18.831, ésta legisla retroactivamente en materia penal más gravosa, por lo que vulnera los principios constitucionales de libertad, seguridad jurídica y legalidad, consagrados en los artículos 7, 10 y 12 de la Carta, lo que impone a la Corporación declarar su inconstitucionalidad.
- II) Recibidos los autos por la Corporación (fs. 666), se confiere traslado a las partes por el término de diez días, y vista al Sr. Fiscal de Corte por el término de veinte días (art. 516.1 C.G.P.).
- III) A fs. 673 comparece la Sra. Fiscal Letrado en lo Nacional de 5to. Turno, quien contesta la excepción opuesta, abogando por su desestimatoria.
- IV) El Sr. Fiscal de Corte se expide en Dictamen No. 381/2013 (fs. 697) considerando que corresponde desestimar el excepcionamiento en trámite.

# Sistema de Jurisprudencia Nacional

**Nro:** 506/2013

**Oficina:** Suprema Corte de Justicia

V) Por Auto No. 277/2013 (fs. 705) se dispuso el pasaje de los autos a estudio para sentencia, la que se dicta en este acto, en forma legal y oportuna.

## CONSIDERANDO:

I) Que la Suprema Corte de Justicia mantendrá su jurisprudencia y procederá, por mayoría, a hacer lugar al excepcionamiento por inconstitucionalidad opuesto respecto de los arts. 2 y 3 de la Ley No. 18.831 y lo desestimaré en lo que respecta a los arts. 7, 9 y 21 de la Ley No. 18.026, por los fundamentos que se pasan a exponer.

II) Conforme lo dispuesto por el artículo 258 de la Constitución de la República, los excepcionantes 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, los comparecientes tienen un interés que califican 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).

Los comparecientes tienen la calidad de indagados en autos y recae sobre alguno de ellos, pedido de procesamiento por la comisión –prima facie– en calidad de co-autores de un delito de desaparición forzada (art. 21 de la Ley No. 18.026). Se considera que en el caso, los comparecientes han sido convocados a participar en un proceso que se promueve en aplicación directa de las normas que impugnan por inconstitucionales.

# Sistema de Jurisprudencia Nacional

**Nro:** 506/2013

**Oficina:** Suprema Corte de Justicia

III) En lo que refiere a lo dispuesto por los artículos 7, 9 y 21 de la Ley No. 18.026, impugnan su constitucionalidad en el hecho de que a éstos: “se les pretende dar indebidamente efecto retroactivo”.

Por lo tanto, resultan trasladables al subexamine, con las naturales adecuaciones, las consideraciones formuladas por la Suprema Corte de Justicia en Sentencia No. 212/2013 en la que se expresó: “La Corporación entonces, no habrá de ingresar al análisis de la regularidad constitucional de esta norma, en la medida en que la propia parte invoca que le agravia su aplicación retroactiva y no su forma o contenido (...). En efecto, los planteos de inconstitucionalidad respecto de la Ley No. 18.026, son condicionados a la interpretación que de la referida norma efectuaron Fiscalía y la Juez de primera instancia quienes, difiriendo de los argumentos expuestos por la Corte en casación en las Sentencias anotadas supra, entendieron que la Ley No. 18.026 es de aplicación retroactiva. Por tanto, corresponde que los excepcionantes transiten la vía recursiva a efectos de obtener una norma conforme a su posición”.

IV) En cuanto al fondo de la cuestión, tratándose de un caso sustancialmente análogo al presente, cabe remitirse a los fundamentos expuestos en reciente Sentencia de la Corporación dictada con el No. 152/2013, en la que se sostuvo que:

“La Ley No. 18.831 viola en sus artículos 2 y 3 el principio constitucional de legalidad y el de irretroactividad de la Ley penal más gravosa.

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

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

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

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

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

# Sistema de Jurisprudencia Nacional

**Nro:** 506/2013

**Oficina:** Suprema Corte de Justicia

Entiende la Corporación que se trata de normas penales.

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

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

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

V.b) Las Leyes sobre prescripción de delitos son irretroactivas, salvo que fueren más favorables para el prevenido, en tanto se dispuso para ellas idéntico tratamiento que respecto de las Leyes sustantivas (remisión del artículo 16 al artículo 15 del Código Penal; arts. 7 y 8 Código del Proceso Penal).

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

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

# Sistema de Jurisprudencia Nacional

**Nro:** 506/2013

**Oficina:** Suprema Corte de Justicia

Como señala Dannecker, coincidiendo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, la lógica jurídica no impone la inadmisibilidad de las Leyes retroactivas, sino que las exigencias constitucionales sólo suponen un límite para la aplicabilidad temporal y actúan como límites de la facultad de autorización. Por lo tanto, la prohibición de la retroactividad es un problema de protección de los derechos individuales; la conclusión de Dannecker al analizar el aspecto temporal de la Ley penal, es que en los casos en que no pueda aplicarse la Ley posterior porque perjudica al ciudadano, entonces se deberá aplicar la anterior, sin que eso exija postular un retorno a la vigencia del Derecho anterior (citado por Eliseu Frígols i Brines, *El Principio de Irretroactividad y la Sucesión de Leyes Penales – Una perspectiva desde el Derecho Comparado*, Editorial Jurídica Continental, San José de Costa Rica, 2002, pág. 141).

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

Este principio se encuentra consagrado en la Constitución de la República por la vía de su art. 72. Respecto del alcance de este principio y su recepción por nuestra Constitución, expresó el Profesor Alberto Ramón Real en clásica obra publicada originalmente en el año 1958: 'Esta garantía preciosa para la seguridad de las personas, fue establecida expresamente en el art. 8 de la Declaración de 1789: 'La Ley no debe establecer sino las penas estricta y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una Ley establecida y promulgada anteriormente al delito y legalmente aplicada'...entendemos que se trata de una garantía implícita, comprendida en el art. 72, porque éste acoge, genéricamente, las soluciones preconizadas por el jusnaturalismo personalista que encuentra su condensación codificada, más perfecta, en la Declaración francesa...Si nadie puede ser obligado a hacer lo que la Ley no manda, ni privado de lo que ella no prohíbe (art. 10, donde halla fundamento la regla *nullum crimen sine lege, nulla pena sine lege*), no es posible que mediante decisiones del poder público, posteriores a ciertos hechos de conducta humana, se convirtieran en ilícitos y punibles esos hechos...' (destacados con cambio de fuente en el original, *Los principios generales de Derecho en la Constitución Uruguaya. Vigencia de la estimativa jusnaturalista*, en compilación: *Los principios generales de derecho en el derecho uruguayo y comparado*, F.C.U., 2a. Edición, 2005, págs. 77 y 78).

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

# Sistema de Jurisprudencia Nacional

**Nro:** 506/2013

**Oficina:** Suprema Corte de Justicia

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

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

En efecto, el artículo segundo dispone que 'no se computará plazo alguno, procesal, de prescripción o de caducidad, en el período comprendido entre el 22 de diciembre de 1986 y la vigencia de esta Ley, para los delitos' referidos en el artículo primero de la Ley No. 15.848.

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

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

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

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

Se trata este último de un principio que como señala Soler, más allá de su contacto con fuentes romanas, proviene de la Carta Magna del año 1215 (Sebastián Soler, Derecho Penal Argentino, Tomo I, 1949, El Ateneo, pág. 99). Es necesario recordar que '[e]ste principio, entendido en su forma abstracta, es decir, dando a la palabra Ley el sentido de norma prestablecida a la acción que se juzga delictiva, es

# Sistema de Jurisprudencia Nacional

**Nro:** 506/2013

**Oficina:** Suprema Corte de Justicia

algo más que un mero accidente histórico o una garantía que puede o no acordarse. Asume el carácter de un verdadero principio formalmente necesario para la construcción de toda actividad punitiva que pueda ser calificada como jurídica' (Sebastián Soler, ob. y loc. cit., págs. 98 y 99).

VI.b) La Constitución de la República consagró el principio en materia penal en su artículo 10 y ha de considerarse también establecido en el artículo 72. Respecto de este principio, Cairoli señala que '[n]o es otra cosa que la expresión del viejo apotegma latino 'nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege' y está vigente a través del artículo 10 de la Carta, que dice 'Nadie está obligado a hacer lo que la Ley no manda, ni privado de lo que ella no prohíbe'. Traduce la necesidad de que la conducta sancionable debe estar específicamente determinada, así como la pena pertinente. No es posible castigar a nadie por la comisión de un hecho que no está previsto en la Ley penal como delito...Ya en la carta Magna inglesa de 1215 aparece este principio en el artículo 43 original y capítulo XXXI de la modificación: 'Ningún hombre libre será detenido o en forma alguna destruido, ni procederemos en contra de él ni lo condenaremos, sino por el juzgamiento legal de sus pares, o por la Ley del país'.

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

VI.c) La Suprema Corte ha sostenido recientemente, revalidando conceptos vertidos por el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de segundo Turno: 'El principio de legalidad penal, comprende una doble garantía: por un lado, una garantía referente a la necesidad de una predeterminación normativa suficiente de las conductas y sus penas, a través de una tipificación precisa, dotada de la adecuada concreción en la descripción que incorpora (lex certa); y por otro lado, una garantía de orden formal, consistente en la necesidad de una norma, como presupuesto de la actuación punitiva del Estado, que ostente rango de Ley. La jerarquía constitucional del principio de legalidad formal significa que, la única fuente de producción de la Ley penal en el sistema patrio, son los órganos constitucionalmente habilitados, y la única Ley penal, es la Ley formal de ellos emanada, conforme al procedimiento establecido por la propia Constitución. Esta solución no admite que la doctrina, la jurisprudencia o la costumbre nacional o internacional, puedan habilitar el poder punitivo del Estado. El principio de legalidad es, pues, granítico: nullum crimen, nulla poena sine previa lege poenale: esta es la base del Derecho Penal garantizador y garantista. No admite la aplicación retroactiva de ninguna norma penal, salvo el principio de benignidad y, además, expresamente consagrado, como se ha visto, en el Código Penal' (Sentencia No. 1501/2011 de la Corporación).

# Sistema de Jurisprudencia Nacional

**Nro:** 506/2013

**Oficina:** Suprema Corte de Justicia

VI.d) El artículo tercero de la norma impugnada establece: '[d]eclárase que, los delitos a que refieren los artículos anteriores, son crímenes de lesa humanidad de conformidad con los tratados internacionales de los que la República es parte'.

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

El análisis de la evolución legislativa en nuestro país de la tipificación de los 'crímenes de lesa humanidad' muestra que su incorporación es muy posterior a la fecha de comisión de los delitos contemplados en la Ley No. 15.848, y se inicia recién a partir del año 2001. La 'Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad', adoptada en la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 26 de noviembre de 1968, fue aprobada por la Ley No. 17.347 (fecha de promulgación: 13 de junio de 2001). En el año 2002 la Ley No. 17.510 aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, suscrito en Roma el 17 de julio de 1998 y suscrito el 19 de diciembre de 2000 (fecha de promulgación: 27 de junio de 2002). En el año 2006 la Ley No. 18.026 establece en su Título II una serie de crímenes considerados de Lesa Humanidad y consagra su imprescriptibilidad (fecha de promulgación: 25 de setiembre de 2006).

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

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

V) La Sra. Fiscal Letrado en lo Penal de 5to. Turno, refiriendo a la obligatoriedad de investigar del Estado señaló que: "(...) la discusión debería darse por zanjada en virtud de la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el Caso Gelman vs. Uruguay, del 24 de febrero de 2011 en la que se estableció que la obligación estatal de investigar y sancionar a los responsables han alcanzado desde hace mucho carácter de jus cogens".

Con respecto a la incidencia del fallo de la CIDH en la resolución del caso, ha expresado la Corporación en la sentencia que viene de citarse, que:

# Sistema de Jurisprudencia Nacional

**Nro:** 506/2013

**Oficina:** Suprema Corte de Justicia

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

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

Que asimismo, reconoce los principios imperativos de derecho internacional, pacta sunt servanda y bona fide, y los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre derecho de los Tratados y 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Tratados y principios que obligan a dar fiel cumplimiento a las disposiciones emanadas de los tribunales internacionales en materia de derechos humanos.

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

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

Para el Ministro redactor, nada puede justificar que el Estado -Estado parte de dichos sistemas internacionales- deba o pueda llevar a cabo acciones que sean contrarias a los Derechos Humanos reconocidos a los individuos, tanto por su legislación interna como por la normativa con fuente en esos sistemas internacionales.

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

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

# Sistema de Jurisprudencia Nacional

**Nro:** 506/2013

**Oficina:** Suprema Corte de Justicia

Punto que reviste importancia a la luz de conclusiones de la sentencia de la CIDH a que hace referencia la Sra. Fiscal actuante.

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

La lectura de ese párrafo de la sentencia de la CIDH impone, necesariamente, repasar las normas del derecho internacional de los Derechos Humanos, comenzando por la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la que ese fallo se apoyaría.

Porque en efecto, la Convención consagra como garantía de tales Derechos, primero, la irretroactividad de la Ley penal (art. 9: 'Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito...').

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

Tercero, consagra la prohibición a los Estados partes de desconocer el principio de no retroactividad de la Ley penal, y esto hasta en las llamadas situaciones de excepción que impliquen suspensión de ciertas garantías: 'La disposición precedente [en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado] no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos:...9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad)...ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos' (art. 27 nal. 2).

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

- a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las Leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y

# Sistema de Jurisprudencia Nacional

**Nro:** 506/2013

**Oficina:** Suprema Corte de Justicia

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

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

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

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

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

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

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

Lo que viene al caso por cuanto, ahora, en el fallo que invoca la Sra. Fiscal, la Corte Interamericana ingresaría en lo que constituye materia propia de los tribunales penales y no de los tribunales de

# Sistema de Jurisprudencia Nacional

**Nro:** 506/2013

**Oficina:** Suprema Corte de Justicia

Derechos Humanos.

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

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

Por supuesto, todavía es de mencionar la existencia de una extensa normativa internacional del sistema universal que obliga al Estado uruguayo.

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

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

Y en tal sentido, cabe destacar diversas normas del Pacto de Derechos Civiles y Políticos: el art. 2 (obligación de respetar y garantizar los derechos reconocidos en el Pacto a todos los individuos que se encuentren en su territorio), el art. 5 (ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender acciones o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertados reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él), el art. 14.7 (nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la Ley y el procedimiento penal de cada país), el art. 15 (nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la Ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello) y el art. 4 que, aun en situaciones o estados de excepción, que

# Sistema de Jurisprudencia Nacional

**Nro:** 506/2013

**Oficina:** Suprema Corte de Justicia

pongan en peligro la vida de la nación, no autoriza a suspender las disposiciones del art. 15.

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

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

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

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

Por cuyas razones, el Sr. Ministro redactor estima (sin dejar de coincidir con las demás razones de la mayoría que se expondrán a continuación, y sin perjuicio de ellas) que la opinión de la Sra. Fiscal no puede ser recibida por cuanto los artículos impugnados por inconstitucionalidad vulneran la normativa tanto de fuente nacional como de fuente internacional que se viene de examinar.

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

# Sistema de Jurisprudencia Nacional

**Nro:** 506/2013

**Oficina:** Suprema Corte de Justicia

Por lo que viene de expresarse, no cabe duda que las sentencias emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son actos jurisdiccionales producidos por dicho órgano internacional, cuya jurisdicción y competencia ha sido reconocida expresamente por Uruguay, en el momento del depósito del instrumento de ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Se deriva de ello que –en observancia de su obligación internacional- nuestro país, como Estado condenado, debe proceder de buena fe a dar cumplimiento a lo dictaminado por dicha Corte.

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

‘Es preciso señalar, ante todo, que ninguna disposición de la CADH establece que la jurisprudencia sentada en las sentencias u opiniones consultivas de la Corte IDH o en los informes de la Com. IDH sea obligatoria para las autoridades nacionales. El artículo 68.1 CADH, que establece que ‘[l]os Estados partes se comprometen a cumplir la decisión de la Corte Interamericana en todo caso en que sean partes’, no se refiere a la jurisprudencia, sino a la parte resolutive de la sentencia o resolución de la Corte IDH. Por ello, en la CADH no puede encontrarse el fundamento de un deber de derecho internacional de seguir la jurisprudencia de los órganos del sistema interamericano’, Ezequiel Malarino, ‘Acerca de la pretendida obligatoriedad de la jurisprudencia de los órganos interamericanos de protección de Derechos Humanos para los Tribunales Nacionales’, publicado en ‘Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional’, Tomo II, 2011, Konrad Adenauer Stiftung, págs. 427 a 428.

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

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

Sin embargo, la doctrina del control de convencionalidad se enfrenta a una objeción de peso: la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte IDH no puede inferirse lógicamente de la cita de la

# Sistema de Jurisprudencia Nacional

**Nro:** 506/2013

**Oficina:** Suprema Corte de Justicia

jurisprudencia de ese tribunal que la afirma, pues tal tipo de argumentación presupone en sus premisas lo que se debe demostrar, a saber, si la jurisprudencia de ese tribunal es obligatoria. En otras palabras, solo es posible afirmar que existe un deber de seguir la jurisprudencia de la Corte IDH en virtud de la doctrina judicial del control de convencionalidad si antes se ha concluido que la jurisprudencia de la Corte IDH (también aquella que estableció el control de convencionalidad) es obligatoria. Para eludir caer en una petición de principio es necesario encontrar razones independientes a la misma jurisprudencia de la Corte IDH que permitan concluir el deber de seguir dicha jurisprudencia.

Al establecer la doctrina del control de convencionalidad, la Corte IDH sugiere una razón. Argumenta que los tribunales nacionales deben seguir su jurisprudencia, porque ella es 'intérprete última de la Convención Americana'. Sin embargo, este es un argumento poco afortunado, porque el hecho de que la Corte IDH sea la autoridad final en el sistema interamericano (siendo sus sentencias definitivas y no revisables: artículo 67 CADH) no apoya la conclusión de que las autoridades locales estén obligadas a seguir su jurisprudencia al aplicar la CADH en los procesos internos. En verdad, este argumento solo dice que la Corte IDH tendrá la última palabra en relación con la interpretación de la CADH en los procesos interamericanos. Ni siquiera es idóneo para fundar la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte IDH en los procesos interamericanos (esto es, para la Com. IDH), pues la cuestión de la obligatoriedad de la jurisprudencia es diferente de la cuestión de la definitividad e irrevocabilidad de una decisión. Un tribunal de última instancia tiene ciertamente la última palabra sobre un caso, pero la doctrina del caso no es necesariamente obligatoria para otros casos y otros tribunales. Para que esto sea así el sistema debe contar con una regla adicional que establezca el carácter vinculante de los precedentes (*stare decisis et quia non movere*) y esta regla no existe en el sistema interamericano. Por eso, mal puede derivarse una obligación de seguir la jurisprudencia del solo hecho de que un tribunal tenga la autoridad final para decidir un caso', Ezequiel Malarino, ob. cit., págs. 428 y 429.

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

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

# Sistema de Jurisprudencia Nacional

**Nro:** 506/2013

**Oficina:** Suprema Corte de Justicia

En el caso, nos encontramos ante un proceso de inconstitucionalidad promovido por vía de excepción, respecto del cual su resolución compete, en forma originaria y exclusiva, a la Suprema Corte de Justicia. Esta sólo puede expedirse -conforme sus facultades- pronunciándose sobre la conformidad o no de la norma en cuestión con las reglas y principios constitucionalmente consagrados. Sólo en ese marco corresponde emitir pronunciamiento a la Corporación en esta causa, teniendo presente que 'La aceptación de la competencia de los órganos interamericanos en relación con los procesos interamericanos no altera la asignación de competencias judiciales establecida en la Constitución, ni la independencia de criterio de los jueces nacionales garantizada en ella', ob. cit., pág. 433.

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

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

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

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

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

# Sistema de Jurisprudencia Nacional

**Nro:** 506/2013

**Oficina:** Suprema Corte de Justicia

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

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

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

Además, para los Sres. Ministros Dres. Ruibal Pino y Larrieux, es necesario hacer referencia al control de convencionalidad ya que la Ley cuya inconstitucionalidad se reclama es consecuencia del fallo Gelman -especialmente párrafo 224- y en tal sentido se ajusta a la interpretación del Pacto de San José que hace la CIDH.

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

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

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

# Sistema de Jurisprudencia Nacional

**Nro:** 506/2013

**Oficina:** Suprema Corte de Justicia

Como Señala Sagües ‘... el talón de Aquiles de la doctrina del control de convencionalidad es que un Estado (esto es, en particular sus jueces) o, en términos generales, todos los Estados adscriptos al sistema interamericano de derechos humanos, pueden verse vinculados por una jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos vertida en un procedimiento en que no fueron parte, y por tanto, donde tampoco fueron oídos. Es decir que resultan encadenados por una tesis jurisdiccional sobre la que no tuvieron oportunidad de exponer sus puntos de vista, omisión que no coincidiría mucho con las reglas habituales del debido proceso’ (Dificultades operativas del control de convencionalidad en el sistema interamericano, en El Estado de Derecho hoy en América Latina, KAS págs. 21 -29).

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

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

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

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

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

FALLA:

# Sistema de Jurisprudencia Nacional

**Nro:** 506/2013

**Oficina:** Suprema Corte de Justicia

DECLARANSE INCONSTITUCIONALES E INAPLICABLES EN EL CASO DE AUTOS LOS ARTS. 2 Y 3 DE LA LEY No. 18.831, DESESTIMANDOSE EN LO DEMAS.

SIN ESPECIAL CONDENACION PROCESAL.

COMUNIQUESE A LA ASAMBLEA GENERAL. Y DEVUELVA SE.

DR. RICARDO PEREZ MANRIQUE DISCORDE POR CUANTO ENTIENDO QUE CORRESPONDE DESESTIMAR EL EXCEPCIONAMIENTO DE INCONSTITUCIONALIDAD INTRODUCIDO RESPECTO DE LOS ARTS. 2 Y 3 DE LA LEY No. 18.831.

I) Previamente, en cuanto al pronunciamiento con relación a la legitimación de los indagados en autos, al haberse ejercitado el planteo de inconstitucionalidad en la etapa presumarial, en la que respecto de algunos de los comparecientes se solicitó el procesamiento y con relación a otros aún no se ha formulado juicio alguno sobre la probable participación de los denunciados en hechos con apariencia delictiva.

Comparto, al efecto la posición amplia expuesta por el Sr. Fiscal de Corte en su dictamen cuando señala que a partir de la reforma del art. 113 del C.P.P., el mero indagado tiene un interés con las características exigidas por la Carta para movilizar el recurso, el cual según la norma constitucional puede, por vía de excepción, oponerse en "cualquier procedimiento judicial" (art. 258.2 Constitución).

Como se señala a fs. 701 si toda persona indagada tiene derecho a ser defendida desde el primer momento y la actuación del Defensor da la pauta de la existencia de actividad procesal, en una etapa de instrucción –la presumarial- que es el inicio del procedimiento penal, permite entender que los indagados poseen legitimación activa para el planteamiento de la cuestión constitucional que invocan.

II) Respecto de los arts. 7, 9 y 21 de la Ley No. 18.026, coincido con la mayoría en cuanto al rechazo de su declaración de inconstitucionalidad.

# Sistema de Jurisprudencia Nacional

**Nro:** 506/2013

**Oficina:** Suprema Corte de Justicia

III) Se entiende que no corresponde a la Corporación ingresar al análisis de la declaración de inconstitucionalidad petitionada por los excepcionantes en la medida que no se trata de una disposición que resulte de aplicación al caso concreto.

Surge de autos que se promueve una denuncia por desaparición forzada, en función de lo cual en principio no se puede alegar prescripción por tratarse de delito permanente.

Comparto, al efecto las consideraciones que formulara el Dr. Van Rompaey en discordia extendida a Sentencia No. 1501/2011 en la que se indicara: "...Trátase de un delito permanente, en el que, en virtud de la conducta voluntaria del agente, la consumación prosigue en el tiempo, dando lugar a un estado antijurídico duradero.

Y su persecución penal, aun cuando esta figura delictiva no estuviere incorporada a la legislación nacional a la época del comienzo de consumación con la privación injusta de libertad de las víctimas, no resulta impedida por una aplicación estricta del principio de legalidad y el de irretroactividad de la norma penal, por cuanto el delito de desaparición forzada se sigue consumando en la actualidad, día a día, hasta la aparición de los cuerpos de quienes fueran ultimados por los agentes estatales.

A mi juicio, parece claro que la certeza, -en grado de creencia que descarta toda duda razonable-, de que los desaparecidos están muertos, no implica la inaplicabilidad del tipo delictivo de la desaparición forzada, por cuanto la pérdida de la vida no es excluyente, lógica ni razonablemente, de la incertidumbre insita en la desaparición. Las víctimas estarán muertas, pero igualmente continúan desaparecidas, por lo que el delito de desaparición forzada se sigue consumando hasta que no se conozca el paradero, el destino final, la ubicación de sus restos.

Como lo establece el art. 21 de la Ley No. 18.026, el delito de desaparición forzada será considerado como delito permanente, mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima.

Y reitero: el destino o paradero de la víctima no puede asimilarse conceptualmente a la constatación (y en esto la plataforma fáctica sobre que se erige el fallo del Tribunal permanece incólume) de la muerte de las víctimas: el cese de la consumación opera cuando, partiendo de la premisa fáctica del deceso de los detenidos, aparecen sus restos mortales. Porque, aun muertas, las víctimas permanecen desaparecidas.

El deceso no tiene la virtud mágica de terminar con el estado de desaparición ni con la incertidumbre, angustia y sufrimiento permanente de sus familiares...".

# Sistema de Jurisprudencia Nacional

**Nro:** 506/2013

**Oficina:** Suprema Corte de Justicia

Surge de lo expuesto que es cuestión de aplicación de la Ley, así el tema fue considerado con mi voto particular en autos caratulados: "JJ. Veintiocho delitos de homicidio muy especialmente agravados en reiteración real. Casación penal" I.U.E. 98-212/2010, en oportunidad de resolver un recurso de casación sobre el mérito.

IV) 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).

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