

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 89/2014

Oficina: Suprema Corte de Justicia

Montevideo, diecisiete de marzo de dos mil catorce

VISTOS:

Para sentencia estos autos caratulados: "AA Y OTRA – DENUNCIA - EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD ARTS. 1, 2 Y 3 DE LA LEY NRO. 18.831", IUE: 87–695/1986.

RESULTANDO:

I) Por Resolución No. 6, del 5 de enero de 2012, el Sr. Juez Letrado de Primera Instancia en lo Penal de Primer Turno -a pedido de la Fiscal Letrada Nacional en lo Penal de 2do. Turno- dispuso la instrucción de la causa.

II) A fs. 71, se presentó BB, planteando por vía de excepción la declaración de inconstitucionalidad de lo establecido en los artículos 1, 2 y 3 de la Ley No. 18.831.

En apoyo de su pretensión, resumidamente, sostuvo:

- Que es innegable que es titular del interés directo, personal y legítimo, que el artículo 258 de la Lex Magna exige para oponer la presente excepción.

- La Ley impugnada por disponer sobre materia penal con carácter retroactivo, colide con el segundo inciso del artículo 10 de la Carta, el cual al consagrar el principio de libertad veda implícitamente la irretroactividad de la Ley penal.

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

- La Ley No. 18.831 es inconciliable con el derecho constitucional a la seguridad jurídica, reconocido por el artículo 7 de la Carta.

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 89/2014

Oficina: Suprema Corte de Justicia

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

Es lo que ocurre, evidentemente, con el artículo 3 de la Ley cuestionada.

- La Ley No. 18.831, sobre todo en su artículo 1, colide frontalmente con el segundo inciso del artículo 82 de la Constitución e indirectamente con sus artículos 4 y 79 (inciso segundo), así como con el principio de que el ejercicio directo de la soberanía, en los casos establecidos por el artículo 82, solo compete al Cuerpo Electoral.

En definitiva, solicitó se declare la inconstitucionalidad de la Ley No. 18.831 y su inaplicabilidad al compareciente.

III) Por Providencia No. 312/2013, del 25 de febrero de 2013, el Sr. Juez Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 1er. Turno dispuso la suspensión de los procedimientos y la elevación de los autos para ante la Suprema Corte de Justicia (fs. 82).

IV) Por Auto No. 301, del 6 de marzo de 2013, la Corporación dispuso conferir traslado a la Fiscal Letrado Nacional en lo Penal de 2do. Turno. Fecho, otorgar vista al Sr. Fiscal de Corte (fs. 84).

V) La Fiscal Letrado Nacional en lo Penal de 2do. Turno, evacuando el traslado conferido y por los fundamentos que expresó en fs. 90/104, solicitó se rechace la excepción de inconstitucionalidad promovida.

VI) El Sr. Fiscal de Corte se pronunció en Dictamen No. 1105/13, entendiendo que "... no corresponde pronunciarse sobre la constitucionalidad o no de las disposiciones legales cuestionadas por ser inaplicables al caso, salvo mejor opinión de la Corporación" (fs. 132).

VII) Por Decreto No. 762, del 29 de abril de 2013, se dispuso el pasaje a estudio y autos para sentencia, citadas las partes (fs. 183).

VIII) La Fiscal de la causa, planteó la recusación de los Sres. Ministros de la Corporación Dres. Jorge Ruibal Pino, Jorge Larrieux, Julio César Chalar y el redactor.

Por nota del 29/VIII/2013, se dio cuenta que en autos IUE 1-100/2013, por Sentencia No. 1530/2013 la Suprema Corte de Justicia (integrada) desestimó las recusaciones de los Sres. Ministros Dres. Larrieux,

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 89/2014

Oficina: Suprema Corte de Justicia

Chalar y Chediak y que el Sr. Ministro Dr. Jorge Ruibal Pino se declaró inhibido de oficio (artículo 326.2 del Código General del Proceso) para conocer en las presentes actuaciones, por haber intervenido en las mismas (fs. 187).

Se dispuso la integración de la Corte y realizado el sorteo de rigor, resultó designado para integrar el Cuerpo el Sr. Ministro Dr. Rolando Vomero (cfme. Acta de Audiencia de sorteo de fs. 197).

CONSIDERANDO:

I) La Suprema Corte de Justicia, por mayoría, hará lugar, parcialmente, a la excepción opuesta y en su mérito declarará inconstitucionales y por ende inaplicables a los excepcionantes, los artículos 2 y 3 de la Ley No. 18.831, desestimando por unanimidad la pretensión declarativa movilizada respecto del artículo 1 de dicha Ley, sin especial condenación procesal.

II) La legitimación activa de los promotores será el primer punto a analizar.

Tal como expresó la Corporación en Sentencia No. 229/2003, "... 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.

Por cierto, no se trata de la mera 'legitimatío ad causam', que consiste en la terminología de ilustrado procesalista, '... en la probable titularidad de los intereses específicos del proceso', sino, la que él mismo llama 'legitimación sustancial', o sea, su '... efectiva titularidad...' (Dante Barrios De Angelis, 'Introducción al Proceso', Ed. 1980; además en 'El Proceso Civil', t. 1, pág. 70). Dicho de otro modo: si realmente, luego de sustanciado el proceso, quienes invocaron tal calidad, están en situación –concreta- de peticionar la actuación reclamada.

Ya que esta legitimación así entendida –ya se le llame 'legitimación sustancial', 'legitimación en la causa' o aun mismo, 'legitimatío ad causam'-, es un presupuesto de la pretensión contenida en la demanda, necesario e imprescindible para que haya un proceso, no ya válido pero sí eficaz. Según lo enseña la mejor doctrina 'Resulta evidente de lo expuesto, que la legitimación en la causa (como el llamado por algunos interés sustancial para obrar) no es un presupuesto procesal, porque lejos de referirse al procedimiento o al válido ejercicio de la acción, contempla la relación sustancial que debe existir entre el sujeto demandante o demandado y el interés sustancial discutido en el proceso. Se trata de presupuestos materiales o sustanciales para la sentencia de fondo (Hernando Devis Echandía,

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 89/2014

Oficina: Suprema Corte de Justicia

Teoría general del proceso, T. 1, pág. 291; Cf. Enrique Vescovi, Derecho Procesal Civil, T. II, pág. 316) (Sent. No. 335/97)".

(...)

“De acuerdo con la regla contenida en el art. 258 de la Constitución –y reiterada en el art. 509 C.G.P.–, están legitimados para promover la declaración de inconstitucionalidad de una Ley, todos aquéllos que se consideren lesionados ‘... en su interés directo, personal y legítimo’. La titularidad efectiva de dicho interés por los promotores de la declaración de inconstitucionalidad, y su real afectación por la disposición legislativa impugnada, resulta, pues, presupuesto de la obtención de una sentencia eficaz sobre el mérito de lo pretendido (Cf. Vescovi, Enrique, en Cuadernos de Derecho Procesal, T. 1, 1973, pág. 123)”.

Ingresando al estudio del subexamine, en primer lugar, corresponde reparar en la situación de que la excepción de inconstitucionalidad fue propuesta en un proceso penal en etapa presumarial.

Como lo señala el Sr. Fiscal de Corte “... la excepción de inconstitucionalidad fue promovida en sede de presumario y el impugnante posee la calidad de indagado, tal como lo sostiene en su escrito como sustento de la legitimación activa invocada” (fs. 110 y vto.).

En la situación de autos, resulta enteramente trasladable lo expresado por la Corporación en Sentencia No. 365/2009:

“La declaración de inconstitucionalidad por vía de excepción en la etapa del presumario.

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

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

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

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 89/2014

Oficina: Suprema Corte de Justicia

Corresponde recordar que "... la prescripción del delito...se caracteriza por extinguir el mismo, o mejor aún, por extinguir la responsabilidad en abstracto. Es un instituto de orden público, que puede declararse de oficio aun cuando el reo no lo hubiere opuesto expresamente (art. 124); por ende es irrenunciable y puede oponerse en cualquier momento de la causa" (Bayardo Bengoa, Derecho Penal Uruguayo, Tomo III, 1963, pág. 267).

En el caso, se presenta la particularidad de que no fue reclamada la clausura y archivo de las actuaciones en virtud de entender que respecto de los hechos de autos hubiera operado la prescripción, pero ello no significa que la norma cuestionada no hubiera sido aplicada a la situación del excepcionante.

Del tenor de la Interlocutoria No. 6, del 5 de enero de 2012, surge que el Sr. Juez Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 1er. Turno expresamente aplicó las reglas contenidas en la Ley No. 18.831. Textualmente dijo: "Amén de los argumentos expuestos supra cabe añadir... Y la Ley 18831/2011 ha establecido en el art. 1o. que se restablece el pleno ejercicio de la pretensión punitiva del Estado para los delitos cometidos en aplicación del terrorismo de Estado hasta el 1o. de marzo de 1985, comprendidos en el art. 1o. de la Ley 15848/1986. Por el art. 2o. esta Ley dice que no se computará plazo alguno de prescripción o caducidad en el período comprendido entre el 22 de diciembre de 1986 y la vigencia de esta Ley, para los delitos a los que se refiere en el art. 1o.. Por el art. 3o. esta Ley declara que los delitos a que se refieren los arts. anteriores son crímenes de lesa humanidad de conformidad con los Tratados Internacionales de los que la República es parte" (fs. 32/33).

Como viene de verse, la Sede aplicó la Ley en cuestión, dejando constancia que en virtud de ella –entre otros argumentos- la causa ha proseguido.

Por lo tanto, surge evidente que la aplicación de la norma cuestionada a la situación del promotor es absolutamente cierta, puesto que en mérito a ella (entre otros argumentos) se habilitó la instrucción de la causa, afectándose así el interés directo, personal y legítimo del excepcionante.

Sin perjuicio de compartir lo antes señalado, el Sr. Ministro Dr. Chalar entiende que, aún cuando el Sr. Juez actuante no hubiera citado expresamente la disposición normativa impugnada, como acontece en el caso, igualmente el excepcionante tendría legitimación activa en el caso. Y ello toda vez que surja, como en autos, que la convocatoria en sede penal a un sujeto como indagado por la comisión de delitos comprendidos en el ámbito de aplicación de la Ley No. 18.831. Delitos, que si no fuera por imperio de la Ley No. 18.831, estarían prescriptos. En efecto, como lo ha consignado anteriormente, conforme lo dispone el artículo 124 del Código Penal: "La prescripción será declarada de oficio, aun cuando el reo no la hubiere alegado". Por ello, a su juicio, la no invocación expresa de la norma no impide que la misma se aplique al caso de los excepcionantes.

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 89/2014

Oficina: Suprema Corte de Justicia

En definitiva, cabe concluir que el promotor ostenta en obrados la legitimación activa imprescindible para el ingreso al estudio de la pretensión declarativa movilizada infolios.

III) En lo demás, por tratarse de un asunto sustancialmente idéntico, resultan trasladables al subexamine los conceptos expuestos por la Corporación –en mayoría- en Sentencia No. 20/2013, del 22 de febrero de 2013:

“El Sr. Fiscal de Corte sostiene que ‘... en el proceso de autos no son aplicables las normas cuya inaplicabilidad se pretende por parte de los impugnantes..., sino que lo que corresponde es cumplir la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 24 de febrero de 2011, dictada en el caso ‘Gelman versus Uruguay’...’ (fs. 516).

III.a.- En concepto de los Sres. Ministros Dres. Ruibal Pino, Larrieux y Chediak, corresponde recordar 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.

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

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 89/2014

Oficina: Suprema Corte de Justicia

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 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, sólo 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 sólo 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

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 89/2014

Oficina: Suprema Corte de Justicia

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 instituyen 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).

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. Únicamente 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

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 89/2014

Oficina: Suprema Corte de Justicia

tal naturaleza.

Abundando en el tema, reiteran, 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 corresponde efectuar ese juicio de comprobación.

En la situación de autos, conforme lo plantea el Sr. Fiscal de Corte —con muy respetables argumentos—, 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 inadmisibile.

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.

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 Carta Magna.

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.

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 89/2014

Oficina: Suprema Corte de Justicia

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.

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 la 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.

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 89/2014

Oficina: Suprema Corte de Justicia

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).

III.b.- Compartiendo lo precedentemente expresado, el Sr. Ministro Dr. Chalar destaca también 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 Interamericano.

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, continúa el Dr. Chalar, además de la plena observancia de las normas y principios relativos a Derechos Fundamentales de la Constitución, el 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.

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 89/2014

Oficina: Suprema Corte de Justicia

En otras palabras, para el Sr. Ministro: nada puede justificar que el Estado -parte de dichos sistemas- deba o pueda llevar a cabo acciones que sean contrarias a los Derechos Humanos reconocidos a los individuos por su legislación interna, tanto como por la normativa con fuente en tales sistemas. No existe pretexto que justifique ignorar la normativa tutelar de derechos fundamentales.

Y esto, señala (tal como se hiciera antes), 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). Punto que reviste importancia a la luz de conclusiones de la sentencia de la CIDH a que hace referencia el Sr. Fiscal de Corte, tales como la contenida en su párrafo 254, en cuanto allí se 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...'

Consecuencia cuya lectura inmediatamente conduce a repasar las normas de la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos, la que consagra como garantía de tales Derechos la irretroactividad de la Ley penal (art. 9); 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); 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 (art. 27 nal. 2). Como también, ineludiblemente, 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
- 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. 1o. 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

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 89/2014

Oficina: Suprema Corte de Justicia

alguna...’.

Agrega el Dr. Chalar que la Corte Interamericana carece de competencia penal, como lo estableció con memorable integración en el caso ‘Velásquez Rodríguez vs. Honduras’, haciéndolo de acuerdo con ilustrada doctrina de derecho internacional.

Lo que viene al caso por cuanto en el fallo que invoca el Sr. Fiscal de Corte, la Corte Interamericana incursionaría en lo que constituye materia propia de los tribunales penales y no de los tribunales de Derechos Humanos.

Tanto como es de mencionar la existencia de una extensa normativa 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 por Ley No. 13.751, y su Protocolo Facultativo que habilita a presentar denuncias de violaciones de Derechos Humanos contenidos 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 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

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 89/2014

Oficina: Suprema Corte de Justicia

sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de ellos derechos y la recepción de denuncias de particulares que consideren que sus derechos y libertades han sido violados.

También Uruguay es parte del Estatuto de Roma que creara 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'. A su vez el art. 22.2 dispone que '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 el art. 24 del 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 Dr. Chalar estima -sin dejar de coincidir con las razones expuestas antes por la mayoría, y sin perjuicio de ellas- que la opinión del Sr. Fiscal todavía podría haberse contemplado de haber demostrado que los artículos impugnados por inconstitucionalidad se ajustan a la normativa de fuente nacional e internacional que se viene de examinar; pero que esa demostración no se hizo ni se propuso, ni resulta de lo actuado en autos.

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).

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 89/2014

Oficina: Suprema Corte de Justicia

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 deno-minados '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

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 89/2014

Oficina: Suprema Corte de Justicia

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).

V) Respecto de la invocada inconstitucionalidad del artículo 1o. de la Ley No. 18.831, en concepto de los Sres. Ministros Dres. Ruibal Pino, Larrieux, Chediak, Pérez Manrique y Chalar –aunque por

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 89/2014

Oficina: Suprema Corte de Justicia

diversos fundamentos- no le asiste razón a los excepcionantes.

En este orden, los indagados sostienen que la norma cuestionada '...colide frontalmente con el segundo inciso del artículo 82 de la Constitución e indirectamente con su artículo 4o. y con su artículo 79 (inciso segundo), así como con el principio de que el ejercicio directo de la soberanía, en los casos establecidos por el artículo 82 solo compete al Cuerpo Electoral' (fs. 466). Agregan que cuando una Ley es sometida a referéndum -como lo fue la Ley 15.848 el 16 de abril de 1989-, la competencia para mantenerla o no en vigencia se traslada al Cuerpo Electoral, el cual, en ejercicio directo de la soberanía, decide si la confirma o la revoca.

En lo que dice relación a la alegada inconstitucionalidad del artículo 1 de la Ley No. 18.831, entienden los Sres. Ministros Dres. Ruibal Pino y Larrieux que como se sostuvo en la referida Sentencia de la Corporación No. 1.501/2011, la Ley No. 15.848 no consagró una amnistía, por lo que los delitos comprendidos en su artículo primero no dejaron de existir, sino que se eliminó la posibilidad de accionar para su persecución por parte del Ministerio Público. Por lo tanto la norma contenida en el artículo 1 de la Ley No. 18.831 no implicó innovación penal retroactiva alguna. A su vez, el artículo 1 de la Ley No. 15.848 fue declarado inconstitucional por la Suprema Corte de Justicia mediante Sentencia No. 365/2009, por lo que la norma en estudio viene a regular la situación, adecuándola a los preceptos constitucionales, según lo dispuesto en el fallo de la Corporación.

A su criterio por delitos 'comprendidos' en el artículo 1o. de la Ley No. 15.848, como se expresa en el artículo 1o. de la Ley No. 18.831, ¿a qué quiso hacer referencia el legislador patrio?.

De la lectura de la norma en cuestión se estaría indicando que los delitos respecto de los cuales se restituye la pretensión punitiva son los comprendidos en el artículo 1o. de la Ley No. 15.848, sin que necesariamente hubiera implicado decisión del Poder Ejecutivo conforme al artículo 3 de la Ley No. 15.848, sino atender a la naturaleza de los delitos y a la calidad de la persona autora.

Por tanto, la norma de la Ley No. 18.831 se aplica a todos aquellos casos en los que se investiga la existencia de delitos cometidos en oportunidad del terrorismo de Estado, sin distinguir si los indagados fueron o no excluidos por el Poder Ejecutivo del beneficio consagrado por el artículo 1o. de la Ley No. 15.848, en virtud del artículo 3o. de ese mismo cuerpo legal.

En criterio del Sr. Ministro Dr. Chediak, el ejercicio por el cuerpo electoral de la posibilidad de referéndum sobre una determinada norma no supone que en caso de su desestimación (como ocurrió con la Ley 15.848) se confiara a la Ley cuestionada un valor tal que escape a las posibilidades derogatorias que la Carta confiere del Poder Legislativo, pues ello no emerge de ninguna norma constitucional.

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 89/2014

Oficina: Suprema Corte de Justicia

Por su parte, en concepto del Sr. Ministro Dr. Pérez Manrique corresponde desestimar la solicitud de declaración de inconstitucionalidad del artículo 1 de la Ley cuestionada, por las razones que expone en la discordia extendida en la presente decisión.

En cambio, entiende el Señor Ministro Dr. Chalar que constatada la inconstitucionalidad de los artículos 2o. y 3o. de la Ley 18.831, y la consiguiente ausencia de un presupuesto para el ejercicio y progreso de la acción penal, ello agota el interés del actor, excluyendo su legitimación para reclamar un pronunciamiento respecto del artículo 1o..

En lo que refiere a la impugnación del artículo 1o. de la Ley No. 18.831, el Sr. Ministro Dr. Chalar agrega las siguientes consi-deraciones, que expresara al tratar en el Acuerdo los primeros casos de impugnaciones como la de autos:

“El artículo primero de la Ley no. 18.831 dispone: ‘Se restablece el pleno ejercicio de la pretensión punitiva del Estado para los delitos cometidos en aplicación del terrorismo de Estado hasta el 1o. de marzo de 1985, comprendidos en el Artículo 1o. de la Ley No. 15.848, de 22 de diciembre de 1986’.

El artículo 1o. de la Ley No. 15.848 establece: ‘Reconócese que, como consecuencia de la lógica de los hechos originados por el acuerdo celebrado entre partidos políticos y las Fuerzas Armadas en agosto de 1984 y a efecto de concluir la transición hacia la plena vigencia del orden constitucional, ha caducado el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado respecto de los delitos cometidos hasta el 1o. de marzo de 1985 por funcionarios militares y policiales, equiparados y asimilados por móviles políticos o en ocasión del cumplimiento de sus funciones y en ocasión de acciones ordenadas por los mandos que actuaron durante el período de facto’.

Como se advierte, la Ley No. 18.831 derogaría tácitamente en su artículo primero lo dispuesto por la Ley No. 15.848 en su primer artículo.

Ahora bien, como es notorio, esta última norma fue sometida a referéndum el 16 de abril de 1989, con el propósito de revocarla por el procedimiento establecido en el artículo 79, inciso segundo, de la Constitución. Ello no prosperó, puesto que el 55,44% de los votantes aproximadamente se expidió por no revocar la Ley.

El referéndum está consagrado por la Constitución de la República como una de las tres formas de ejercicio directo de la soberanía por la Nación. Expresamente la Carta, en su Artículo 4o. establece:

‘La soberanía en toda su plenitud existe radicalmente en la Nación, a la que compete el derecho exclusivo de establecer sus Leyes, del modo que más adelante se expresará’.

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 89/2014

Oficina: Suprema Corte de Justicia

Y en su Artículo 82, proclama que 'la Nación adopta para su Gobierno la forma democrática republicana.

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

Todo lo cual es precedido por su Artículo 1o., conforme al cual 'La República Oriental del Uruguay es la asociación política de todos los habitantes comprendidos dentro de su territorio'.

A la luz de las normas citadas, entonces, se impone preguntarse si el pronunciamiento emitido mediante ejercicio directo de la soberanía por referéndum respecto de la Ley no. 15.848 refleja alguna consecuencia jurídica sobre una Ley posterior enderezada a derogar una norma cuya vigencia e imperatividad fue sostenida por la Nación en ejercicio directo de la soberanía.

La respuesta es afirmativa: si la Nación, en ejercicio directo de su soberanía conforme lo previsto por el artículo 82 citado, resolvió confirmar la vigencia de una norma, el legislador no puede desconocer la voluntad del soberano. De otro modo, se violaría la voluntad preeminente del Cuerpo Electoral, reconocida expresamente por la Constitución, y para cuyo ejercicio y efectividad se ha consagrado la vía de referéndum.

Justino Jiménez de Aréchaga destaca que el texto del actual artículo 82 citado es producto de una modificación operada en la reforma de 1934, en la cual se modificó el primer inciso de la norma. En las constituciones anteriores (1830 y 1918) se decía que la forma de gobierno era la 'democrático representativa', lo que se modificó por 'democrática republicana' en el texto hoy vigente transcrito. Como señala el eminente constitucionalista, 'esta enmienda tiene su interés. La supresión de la referencia al sistema representativo hace pensar que el pueblo retiene por lo menos una parte del poder... en la Constitución reformada ya no se dice que la nación 'delega' el ejercicio de su soberanía en los tres altos Poderes, sino que 'su soberanía será ejercida directamente por el Cuerpo Electoral' e indirectamente por los Poderes representativos que establece esta Constitución; todo conforme a las reglas expresadas en la misma'. Quiere decir, pues, que la Constitución del 34 construye un sistema de representación sin delegación. Y todavía: un sistema de representación que no importa la total representatividad del soberano por los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, por cuanto hay una parte o una forma del poder que ha de ejercerse directamente por el cuerpo electoral; y señala luego que, naturalmente, ese ejercicio de soberanía debe ejercerse conforme con el resto de las disposiciones constitucionales (Justino Jiménez de Aréchaga, La Constitución Nacional, tomo I, edición homenaje de la Cámara de Senadores, pág. 184).

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 89/2014

Oficina: Suprema Corte de Justicia

Más adelante el autor se pregunta acerca de cuál es la posición jurídica del 'Cuerpo Electoral' en la Constitución; y responde: 'no es otra cosa que un órgano del Estado; un órgano como lo es la Asamblea General, o como lo son los que integran los otros Poderes constituidos. Un órgano dotado de funciones taxativas y precisamente enumeradas que no son otras que la electoral y constituyente; un órgano contenido por el Derecho, cuyos modos de actuación están previstos por el Derecho... No es soberano.... está más cerca del orden constitucional que los otros [Poderes del Estado]' (ídem anterior, pág. 185).

Pues bien, ese órgano del estado que es el Cuerpo Electoral tiene expresa competencia constitucional para resolver el recurso de referéndum, y es de toda lógica que el resultado del ejercicio de esa competencia no puede ser desconocido por otros órganos del estado, como sería el caso de la actuación legislativa que borrara sin más tal pronunciamiento.

El desconocimiento por el legislador, cayendo fuera del marco de su competencia, del pronunciamiento del soberano importa, en primer término, una violación de los artículos 82 inciso segundo y 4o. de la Carta. Pero también implica el menoscabo de la organización democrática y el principio de autodeterminación, que son presupuestos reconocidos de la vigencia de los derechos humanos, tanto en el sistema universal de derechos humanos, como en el americano (Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de Derechos Civiles y Políticos, artículo 1 –común-; Carta de Organización de los Estados Americanos, artículo 3 literal d).

Por lo demás, pronunciamientos de esta Corporación sobre la regularidad o irregularidad constitucional de la Ley no. 15848, en uno y otro sentido y vinculantes en los casos en que se emitieron, carecen de eficacia en relación a otros casos, por imperio del art. 259 de la Constitución, no justificándose, por consecuencia, examinarlos inútilmente aquí".

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'.

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 89/2014

Oficina: Suprema Corte de Justicia

El principio de irre-troactividad 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'.

Cairolí 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 delictivas 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.

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 89/2014

Oficina: Suprema Corte de Justicia

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 inhibuit, 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 ínsito 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

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 89/2014

Oficina: Suprema Corte de Justicia

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. Cairoli, 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.

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 89/2014

Oficina: Suprema Corte de Justicia

Por lo tanto, la irretroactividad 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 irretroactividad 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”.

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

FALLA:

HACIENDO LUGAR, PARCIALMENTE, A LA EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD OPUESTA Y, EN SU MERITO, DECLARANDO INCONSTITUCIONALES Y, POR ENDE, INAPLICABLES AL

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 89/2014

Oficina: Suprema Corte de Justicia

EXCEPCIONANTE LOS ARTICULOS 2 Y 3 DE LA LEY No. 18.831.

DESESTIMANDO EL EXCEPCIO-NAMIENTO EN LO DEMAS.

SIN ESPECIAL SANCION PROCESAL.

OPORTUNAMENTE, DEVUELVA SE.

DR. RICARDO CESAR PEREZ MANRIQUE DISCORDE: EN CUANTO DESESTIMO EL EXCEPCIONAMIENTO DE INCONSTITUCIONALIDAD INTRODUCIDO.

I) Las Sras. CC y AA formularon denuncia penal por torturas y tratos crueles y degradantes contra el compareciente de fs. 71 y otros militares, el 2 de octubre de 1986 (fs. 1-4).

El 24 de junio de 1987, por Decreto No. 1219/87 el Sr. Juez Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 1er. Turno, dispuso suspender los procedimientos y remitir los autos al Poder Ejecutivo a los efectos pertinentes (fs. 8-8 vto.), el que contestó disponiendo que los hechos referidos estaban comprendidos en el art. 1 de la Ley No. 15.848 (fs. 9) por lo que el Sr. Juez dispuso el archivo de las actuaciones (fs. 9 vto. y 11 vto.).

El 24 de octubre de 2011, atento a la Resolución No. 322 del Poder Ejecutivo, de 30 de junio de 2011, el Sr. Juez confirió vista al Ministerio Público y el 5 de enero de 2012, conforme a la vista fiscal, el Sr. Juez dispuso instruir presumario (fs. 17-33).

El 13 de marzo de 2012 BB declaró (fs. 39-41) y el 25 de febrero de 2013, se presentó oponiendo la excepción de inconstitucionalidad por los motivos que exponen de fs. 71-81 vto.

II) Previamente, en cuanto al pronunciamiento con relación a la legitimación del indagado en autos, al haberse ejercitado el planteo de inconstitucionalidad en la etapa presumarial, en la que aún no se ha formulado juicio alguno sobre la probable participación del denunciado en hechos con apariencia delictiva, comparto, al efecto la posición amplia desarrollada 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).

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 89/2014

Oficina: Suprema Corte de Justicia

Como se señala a fs. 112 vto. 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 el indagado posee legitimación activa para el planteamiento de la cuestión constitucional que invoca.

III) Ingresando al mérito, en posición coincidente a la postulada por el Sr. Fiscal de Corte se entiende que no corresponde a la Corporación abordar el análisis de la declaración de inconstitucionalidad petitionada por el excepcionante en la medida que no se trata de disposiciones que resulten de aplicación al caso concreto.

En efecto, según lo que surge de obrados la solución desestimatoria se impone.

De la propia sentencia se desprende que: “En el caso, se presenta la particularidad de que no fue reclamada la clausura y archivo de las actuaciones en virtud de entender que respecto de los hechos de autos hubiera operado la prescripción...”.

En función de ello, atendiendo a la etapa procesal del presente asunto, al no haber sido aplicada la Ley No. 18.831 al caso de autos, se impone el rechazo de la declaración de inconstitucionalidad ejercitada, tal como sostuviera la Corte por unanimidad en Sentencia No. 585/2013, oportunidad en la que se expresó: “En el caso, los planteamientos de inconstitucionalidad fueron propuestos cuando en la causa no se ha resuelto acerca de la posible prescripción de la acción penal. En consecuencia, la Sede actuante aún no ha abordado la aplicación al subexamine de la norma cuestionada”.

IV) Sin perjuicio de ello, aún de entenderse que del tenor de la Interlocutoria No. 6 del 5/1/2012 se aplicó por parte del Magistrado actuante la Ley en cuestión, la solución desestimatoria no varía, conforme se explicitara en discordia a Sentencia No. 152/2013.

Ello por cuanto al remitirse las disposiciones de la impugnada a los delitos comprendidos en el art. 1o. de la Ley No. 15.848 de 22 de diciembre de 1986 de acuerdo a la resolución actual del Poder Ejecutivo No. 322 de fecha 30 de junio de 2011, lo excluyó expresamente, dejando sin efecto la decisión del Ejecutivo de la época que lo consideró comprendido dentro de la misma.

V) Procede, en el presente nivel de análisis, determinar la incidencia que tal declaración conlleva en el subexamine.

La norma cuestionada establece en su art. 1o.: “Se restablece el pleno ejercicio de la pretensión punitiva del Estado para los delitos cometidos en aplicación del terrorismo de Estado hasta el 1o. de marzo de 1985, comprendidos en el artículo 1o. de la Ley No. 15.848, de 22 de diciembre de 1986”.

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 89/2014

Oficina: Suprema Corte de Justicia

Como se señala en el dictamen fiscal referido, la norma citada deviene inaplicable en la especie en virtud de que de su propio texto surge que sólo se aplica a los delitos comprendidos en el art. 1o. de la Ley No. 15.848, en tanto, si bien en primera instancia el Poder Ejecutivo lo entendió comprendido, a posteriori, lo excluyó expresamente, decisión que por demás no fue objeto de cuestionamiento alguno.

Igual razonamiento cabe aplicar respecto del art. 2o. en cuanto a su ámbito de aplicación restringido comprendiendo sólo los delitos en ella enunciados al establecer 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 a que refiere el artículo 1o. de esta Ley” así como respecto del art. 3o. al establecer: “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”.

VI) Cabe tener presente que en nuestro sistema de contralor constitucional el efecto de inaplicación de la Ley al caso concreto es el que se produce en todos los sistemas difusos, en los cuales, cualquier juez, en ocasión de aplicar la Ley, decide si ésta es o no legítima, especificándose en cuanto al ámbito de actuación del Organo constitucional: “En esencia la actividad consiste en resolver un conflicto de normas que se plantea –generalmente- con motivo de la aplicación de las mismas a un determinado caso concreto”.

“El conflicto de normas es por esencia un conflicto lógico jurídico, y la resolución a efectos de determinar cuál de dichas normas se aplicará a la situación particular, es justamente la normal actividad jurisdiccional” (Cf. Vescovi, Enrique “El proceso de Inconstitucionalidad de la Ley”, págs. 63 y ss.).

El citado autor también releva como requisito de contenido la relación con la causa principal (pertinencia o relevancia) en los siguientes términos: “Es natural que si se pretende obtener un pronunciamiento que valdrá para el caso que se está controvirtiendo ante el Juez, el mismo tenga que tener una relación directa con la causa en cuestión, si fuera ajeno a la misma, carecería de razón plantearla en el juicio principal. En este sentido la doctrina y la jurisprudencia se muestran exigentes reclamando que la ‘quaestio’ planteada deba ‘ser un antecedente lógico y necesario para la resolución del Juez. Es imprescindible que exista una conexión indispensable entre la Ley impugnada y la cuestión en discusión (pertinencia)’” (ob. cit. pág. 161).

En el mismo sentido, Sánchez Carnelli, citando la posición del Dr. Berro Oribe indica: “Nuestro Instituto no es de Inconstitucionalidad de las Leyes, sino de Inaplicación de Leyes por razón de constitucionalidad, que no es la misma cosa. No se trata de ‘juzgar’ una Ley con el padrón de la Constitución por una Corte. Esto, en cuanto interpretación de la Carta, sólo puede hacerlo el Poder Legislativo. Y podría hacerlo una Corte Constitucional, con decisión de fuerza invalidante...Se trata, sí,

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 89/2014

Oficina: Suprema Corte de Justicia

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 de que debe tratarse de una aplicación “ineludible” (o “inexcusable”) de la norma legal al caso concreto.

VII) La solución postulada determina que no corresponda ingresar al mérito de la cuestión deducida puesto que un pronunciamiento al respecto importaría un juicio genérico o abstracto, contra lo que imponen los arts. 259 de la Carta y 508 C.G.P., que indican su procedencia “...Siempre que deba aplicarse una Ley o una norma que tenga fuerza de Ley...” (Cf. Sentencia No. 179/2006 de la Corporación).

Esta Corporación sostuvo en Sentencia No. 24/99, citando fallos anteriores que: “...la Corte se halla facultada para declarar si una Ley es o no constitucional; su examen entonces debe constreñirse a la norma y determinar si la misma colide o no con textos o principios superiores que emanan de la Constitución”... “Los fundamentos en que se apoya este criterio son claros en opinión de la Corte; la declaración acerca de la constitucionalidad de una Ley sólo es pertinente si ésta es de aplicación necesaria e ineludible en un caso concreto...; por el contrario a la Corte en la materia le está vedado efectuar declaraciones genéricas y emitir opiniones sobre cuestiones abstractas de derecho...”.

En función de ello corresponde concluir que no corresponde aplicar al caso de autos las disposiciones cuestionadas en la medida que el ámbito de aplicación de la norma se encuentra restringido a los delitos comprendidos en el art. 1o. de la Ley No. 15.848, entre los cuales no se encuentra el caso de autos, por haber sido excluido del mismo por el Poder Ejecutivo en forma expresa.

DR. ROLANDO VOMERO DISCORDE: EN CUANTO DESESTIMO EL EXCEPCIONAMIENTO DE INCONSTITUCIONALIDAD INTRODUCIDO, CON COSTAS.

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 89/2014

Oficina: Suprema Corte de Justicia

La enumeración de derechos, deberes y garantías que establecen los arts. 7 a 72 de la Constitución no es taxativa. Norma que estable que “La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución no excluye los otros que son inherente a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno”. Redacción que posibilita la incorporación de otros derechos, deberes y garantías.

La Suprema Corte de Justicia, en Sentencia No. 365/2009 reconoció que “... 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”.

Dice Perciballe (Reflexiones a partir de la Sentencia No. 20/2013 por la que se declaran inconstitucionales los arts. 2 y 3 de la Ley No. 18.831, LJU, T. 146, pág. 23) “... a partir del criterio doctrinario recogido por la propia Corte de Justicia, se produce una suerte de -bloque de constitucionalidad- conformado por la Constitución y los distintos instrumentos internacionales sobre derechos humanos constitucionalizados al tamiz de este art. 72 y que conceptualizan un plexo jurídico/axiológico de supremo rango. Plexo que se irradia teleológicamente hacia todo el orden jurídico interno al que se deberá subordinar toda la normativa nacional. Subordinación que ha de alcanzar, a su vez, a todo intérprete que se enfrente a resolver un conflicto intersubjetivo donde confluyan distintas normas, ya de fuente nacional, ya de fuente internacional, quien ineluctablemente deberá asignarle prevalencia siempre, al bloque de constitucionalidad...”.

Por tanto, como dice el referido autor (ob. cit., pág. 23) “... el análisis de toda cuestión a dilucidar (causas extintivas de la responsabilidad, de la pena de la acción, etc., etc.) debe irremediamente analizar la normativa de base internacional, desde que ésta, por vía del art. 72, forma parte de la normativa constitucional”.

El Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg creó la categoría de los delitos de lesa humanidad. Es así que, en art. 6 lit. c, dice que son crímenes contra la humanidad “...A saber, el asesinato, la exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra la población civil antes de la guerra o durante la misma...”. Norma por la cual no importa que estos hechos “... constituyan o no una vulneración de la legislación interna del país donde se perpetraron”. Por la Resolución No. 95 del 11 de diciembre de 1946, Naciones Unidas “Confirma los principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nüremberg y las sentencias de dicho Tribunal”.

Como dice Perciballe (ob. cit., pág. 24) “A partir de ello quedó consolidado el concepto básico de delitos de lesa humanidad al que con posterioridad se remitieron los restantes acuerdos internacionales que regularon la materia”.

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 89/2014

Oficina: Suprema Corte de Justicia

El 26 de noviembre de 1968 la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad. En el art. 1 se establece que son imprescriptibles los crímenes de guerra y los de lesa humanidad, "... cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido". Redacción que, en forma explícita, dispone su aplicación retroactiva. En el literal b) manifiesta que son de lesa humanidad aquellos que, se hayan cometido sea en tiempo de paz como de guerra "...según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, de 8 de agosto de 1946 y confirmada por las resoluciones de Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946...".

Al respecto, la Corte Suprema de la Nación Argentina, por mayoría, en el caso Arancibia Clavel sostuvo "...Que en rigor no se trata propiamente de la vigencia retroactiva de la norma internacional convencional, toda vez que su carácter de norma consuetudinaria de derecho internacional anterior a la ratificación de la Convención de 1968 era *ius cogens*, cuya función primordial es proteger a los Estados de acuerdos concluidos en contra de algunos valores e intereses generales de la comunidad internacional de Estados en su conjunto, para asegurar el respeto de aquellas reglas generales de derecho cuya inobservancia puede afectar la esencia misma del sistema legal...".

La Convención fue aprobada por nuestro país por la Ley No. 17.347 de 5 de junio de 2001. Momento desde el cual adquirió jerarquía constitucional. Perciballe (ob. cit., pág. 26) sostuvo "...tratándose la Convención, de un cuerpo normativo que estatuye normas sobre Derechos Humanos, con su aprobación, por vía del art. 72 de la Carta pasó a adquirir jerarquía constitucional integrando el Bloque constitucional...".

Perciballe (ob. cit. pág. 27) afirma que "...al momento de aprobarse la Convención sobre imprescriptibilidad de crímenes *ius cogens*, la excepción al principio de legalidad en caso de violaciones flagrantes a los derechos humanos ya se encontraba reconocida en el ámbito internacional. Luego, la misma solo avanza sobre un punto del Principio resquebrajado, al afirmar la persecución de tales delitos cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido". Agregó que, "... a partir del P I D C y P, dicha excepción forma parte de nuestro ordenamiento jurídico y con jerarquía constitucional, desde 1969. Por lo que al momento de los hechos acaecidos en el período dictatorial, tanto el derecho internacional como el interno, reconocían la fractura del caro principio de Legalidad en materia de crímenes contra la humanidad".

En mi opinión, los hechos denunciados son de lesa humanidad. Ello surge de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes aprobada por nuestro país por Ley No. 15.798 de 27 de diciembre de 1985. El art. 1 define la tortura como "... todo acto por el cual se inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 89/2014

Oficina: Suprema Corte de Justicia

obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o de intimidar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia...”. Similar es la definición que hizo la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, adoptada por la Organización de Estados Americanos, aprobada por nuestro país el 11 de agosto de 1992 por la Ley No. 16.294. En el art. 1 dice que “... se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin”.

Las dos definiciones, que tienen rango constitucional por lo dispuesto en el art. 72 de la Constitución, le dan el carácter de lesa humanidad a los hechos denunciados en autos. Se trata de hechos graves, de los previstos en el Estatuto, que involucran una generalidad de acciones, que habrían respondido a un plan ordenado, dirigidos a la población civil y que habría sido cometido por agentes del Estado.

Pero, aún cuando se considerara que los delitos de lesa humanidad pueden prescribir, ello no ocurrió. Ninguna causa por violación a los derechos humanos se encuentra prescripta. Su plazo fue interrumpido en primer lugar por el período de facto. “...El principio general que al justamente impedido no le corre término es aplicable al caso al tratarse de un principio general que se inscribe en los derechos inherentes a la persona humana, con recepción en los arts. 7, 72 y 332 de la Constitución...” (A.D.C.U., T. XXI, c. 911).

Posición sostenida también por la Sala Penal de 2do. Turno (Sentencia No. 263 del 26 de agosto de 2010) dijo: “...En lo que tiene que ver con el período de interrupción de los derechos y garantías de los justiciables, es evidente que no puede correr término alguno a los mismos, si es manifiesto que existía una imposibilidad material de su ejercicio”.

“En el caso, el titular de la acción penal es el Ministerio Público, pero, obviamente, no se aprecia como el mismo podría ejercerla libremente”.

“Más allá de la situación de quien correspondiera juzgar el caso, la médula está en el actor, y si el mismo no contaba con la posibilidad de ejercer su poder deber, no le corrió plazo”.

“Por lo tanto, resulta contrario a la lógica natural de los hechos que, un funcionario público, dependiente del Ministerio de Educación y Cultura, por más que contara con independencia técnica, pudiera llevar adelante una acción tendiente a la investigación de este tipo de asuntos”.

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 89/2014

Oficina: Suprema Corte de Justicia

“Por tal razón, el titular de la acción penal estuvo impedido con justa causa, de promover y ventilar este caso, en esas circunstancias”.

Tampoco es aceptable y es la posición de la Sala Penal de 1er. Turno computar el período siguiente durante el cual ni las víctimas, ni el titular de la acción pública estuvieron en plenas condiciones de perseguir los delitos encapsulados por el art. 1 de la Ley No. 15.848. Prueba de ello es que la causa fue archivada porque el Poder Ejecutivo, en el año 1987, la consideró comprendida dentro la referida Ley. Norma que fue declarada inconstitucional por la Corporación (la citada Sentencia No. 365/2009 en autos IUE: 97-397/2010), donde el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo se allanaron.

Se ha sostenido que la Ley fue ratificada por la vía de dos plebiscitos. Pero ello no es un obstáculo a la actuación judicial. Al respecto Daniel Ochs (El fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Gelman contra Uruguay, Estudios Jurídicos. Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica, No. 9, 2011, págs. 107-108). “...Desde épocas tempranas del constitucionalismo liberal se aceptó –sin reservas- la idea de que la Jurisdicción debe resolver las controversias mediante la aplicación independiente, técnica e imparcial del derecho objetivo. Pues resulta extraordinariamente disfuncional condicionar el cumplimiento de los fallos al respaldo mayoritario del acto jurisdiccional. Por ello, porque se aspira a que los pleitos sean decididos con arreglo a los parámetros de la racionalidad, se ha reputado necesario institucionalizar un Estatuto de la Judicatura blindando a los jueces de la presión de las mayorías”.

No habiendo operado la prescripción por los hechos denunciados. El accionante, en tanto que indagado en los hechos denunciados, no tiene legitimación activa para interponer la excepción de inconstitucional incoada. No vio afectados sus derechos por la Ley cuya inconstitucionalidad pidió por vía de excepción. En una situación que puede aplicarse en autos, la Corporación sostuvo “...cuando se entabla la inconstitucionalidad por vía de acción, y la Corte ingresa a analizar la legitimación activa del accionante (y por ende indaga sobre si el mismo es o no titular de un derecho subjetivo o un interés legítimo personal y directo lesionado)... debe analizarse si el Poder Legislativo, en el ejercicio de su función legislativa, dictó un acto regla que lesionó o no un interés legítimo” (LJU, c. 14.598).

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 89/2014

Oficina: Suprema Corte de Justicia