

4/2014	Suprema Corte de Justicia	ALTA	DEFINITIVA
Fecha	Ficha	Procedimiento	
05/02/2014	2-13762/2011	PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD	

Materias	
DERECHO PENAL	
DERECHO CONSTITUCIONAL	
DERECHO PROCESAL	

Firmantes	
Nombre	Cargo
Dr. Fernando Raúl TOVAGLIARE ROMERO	Secretario Letrado
Dr. Jorge Omar CHEDIAK GONZALEZ	MINISTRO S.C. de J.
Dr. Julio César CHALAR VECCHIO	MINISTRO S.C. de J.
Dr. Jorge Tomas LARRIEUX RODRIGUEZ	PRESIDENTE S.C. de J.
Dr. Ricardo Cesar PEREZ MANRIQUE	MINISTRO S.C. de J.
Dr. Jorge RUIBAL PINO	MINISTRO S.C. de J.

Redactores	
Nombre	Cargo
Dr. Jorge Tomas LARRIEUX RODRIGUEZ	PRESIDENTE S.C. de J.

Discordes	
Nombre	Cargo
Dr. Julio Cesar CHALAR VECCHIO	MINISTRO S.C. de J.

Abstract	
Camino	Descriptores Abstract
DERECHO PROCESAL->PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY->OBJETO DE LA DECLARACION	ART. 2 Y 3 DE LA LEY 18.831
DERECHO PROCESAL->PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY->CONTROL DE ADMISIBILIDAD->NORMA NO APLICADA	
DERECHO PROCESAL->RECUSACION->RECUSACION DEL JUEZ->CAUSAS DE RECUSACION	
DERECHO PROCESAL->PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY->LEGITIMACION EN EL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD->LEGITIMACION ACTIVA->INICIATIVA DE PARTE->INTERES DIRECTO PERSONAL Y LEGITIMO	
DERECHO CONSTITUCIONAL->PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES->PRINCIPIO DE LEGALIDAD	(D)
DERECHO CONSTITUCIONAL->DERECHO HUMANO->RECONOCIDO EN LA CONSTITUCIÓN->DEBIDO PROCESO->GARANTÍA DE LEY PREVIA->IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY	(D)
DERECHO PENAL->APLICACIÓN DE LA LEY PENAL->LEY PENAL EN ORDEN AL TIEMPO	(D)

### Abstract

#### Camino

#### Descriptores Abstract

DERECHO CONSTITUCIONAL->DERECHO HUMANO->RECONOCIDO EN LA CONSTITUCIÓN->SEGURIDAD JURÍDICA

(D)

DERECHO PROCESAL PENAL->CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS= PACTO SJ->VIGENCIA->NACIONAL

(D) IRRETROACTIVIDAD - LEY  
PENAL MAS GRAVOSA

DERECHO PROCESAL->INHIBICION DE OFICIO

### Descriptores

### Resumen

La Corporación rechaza por manifiestamente improponible la solicitud de abstención planteada por la Sra. Fiscal y desestima la excepción de declaración de inconstitucionalidad por considerar que la ley no fue aplicada para rechazar el incidente de solicitud de clausura y archivo de las actuaciones.

(D) El Sr. Ministro Dr. Chalar entiende que corresponde declarar la inconstitucionalidad de la normativa impugnada por ser violatoria de los principios de legalidad e irretroactividad de la ley penal mas gravosa. El compareciente tiene legitimación activa ya que, a su juicio, la ley fue aplicada por el magistrado actuante.

### Texto de la Sentencia

Montevideo, cinco de febrero de dos mil catorce

VISTOS:

Para sentencia estos autos caratulados: "DENUNCIANTE: AA -INDAGADO: BB Y OTROS –DENUNCIA-CRIMENES DE LESA HUMANIDAD Y GENOCIDIO – LEY 18.026 – EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD ARTS. 2 Y 3 DE LA LEY NRO. ", I.U.E: 2-13762/2011.

RESULTANDO Y CONSIDERANDO QUE:

I) La Corporación, por mayoría de sus integrantes naturales, rechazará por manifiestamente improponible la solicitud de abstención planteada por la Sra. Fiscal Letrado Nacional en lo Penal de 5to. Turno, y desestimará la excepción de inconstitucionalidad interpuesta.

II) A fs. 21-35 vto. luce agregada denuncia penal presentada ante el Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 7mo. Turno por delitos calificados como de lesa humanidad cometidos durante la dictadura militar.

A fs. 110-111 declaró en calidad del indagado BB quien luego, a fs. 112-113 compareció y solicitó la clausura y archivo de las actuaciones en mérito a que los delitos investigados habrían prescripto.

III) Por Resolución No. 1029/2013, dictada por la Sra. Juez Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 7mo. Turno Dra. Beatriz Larrieu (fs. 128-138), se desestimó la solicitud de clausura por prescripción presentada por la defensa del co-indagado BB.

IV) A fs. 572-579 vto. compareció el co-indagado BB e interpuso excepción de inconstitucionalidad de la Ley No. , alegando violación de los preceptos constitucionales contenidos en los arts. 7, 10 y 72 de la Carta, por vulnerar la norma impugnada el principio de libertad, el de seguridad jurídica, el derecho a la irretroactividad de la Ley penal más gravosa.

A fs. 150-156 vto. compareció la defensa del co-indagado BB e interpuso recursos de reposición y apelación en subsidio contra la Interlocutoria No. 1029/2013 por la que se denegó la solicitud de clausura y archivo de las actuaciones.

V) Conferida vista al Sr. Fiscal de Corte éste, por Dictamen No. 2623/13 de fs. 197-220 vto., entendió que no corresponde a la Corte pronunciarse sobre la constitucionalidad o no de las disposiciones legales cuestionadas por ser inaplicables al caso.

VI) Respecto a la solicitud de abstención planteada por la Sra. Fiscal Letrado, esta resulta manifiestamente improponible. En efecto, el instituto de la inhibición de oficio regulado en el art. 326.2 y 3 del C.G.P., por su naturaleza, no puede activarse por solicitud de ninguna de las partes. Se trata de un instituto de ejercicio personalísimo del Juez, uno de esos actos que los Magistrados deben decidir de manera absolutamente libre y ajena a presiones o intereses, al igual que ocurre cuando se dispone a tomar decisión interlocutoria o definitiva en una causa.

Por tanto, a la parte que entienda la existencia de motivos que den mérito para el apartamiento de un juez de la causa que tiene a su conocimiento le queda expedita la vía procesal correspondiente al incidente de recusación (Cfme. Sentencia de la Corte No. 1.530/2013).

VII) En cuanto a la excepción de inconstitucionalidad planteada, de la simple lectura de la Resolución No. 1029/2013, dictada por la actual titular de la Sede Letrada Penal de 7mo. Turno Dra. Beatriz Larrieu, surge claro y sin hesitaciones que no aplicó la normativa contenida en la Ley No. para rechazar el incidente de solicitud de clausura y archivo de las actuaciones presentado por el co-indagado BB.

En efecto, si bien al final del Considerando 8 la Sra. Jueza Letrada expresó que “A juicio de la proveyente, dichos delitos no han prescripto, cualquiera sea la decisión que en definitiva recaiga respecto de su naturaleza”, no significa que tal decisión la haya adoptado en virtud de la normativa contenida en la Ley No. , ya que además se encargó de señalar que a esa altura de los procedimientos todavía no se han identificado con claridad los hechos delictivos, por lo que no se ha establecido su naturaleza, ni tampoco existe requisitoria del Ministerio Público.

La proveyente, luego de analizar la posición de la Sra. Fiscal Letrada actuante en el Considerando 9 y la sustentada por la Defensa en el Considerando 10, en el Considerando 11 (fs. 135-138) desarrolla su propia posición relativa al instituto de la prescripción aplicable al caso de autos, por la que si bien entiende corresponde resolverlo por las normas del Código Penal, el cómputo del plazo de prescripción no puede iniciarse sino hasta luego de declarada por primera vez la inconstitucionalidad de la Ley No. 15.848 por la Corte en Sentencia No. 365/2009, dictada el 19 de octubre de 2009, hito que significaría para la sentenciante la remoción del obstáculo

que impedía a víctimas y Ministerio Público tener su “dies a quo” para obtener la investigación de los delitos ocurridos durante la dictadura cívico-militar.

En este mismo sentido fue el entendimiento que de la Sentencia Interlocutoria No. 1029/2013, desestimatoria de solicitud de clausura y archivo de las actuaciones, sostuvo el propio excepcionante de inconstitucionalidad BB al deducir recursos de reposición y apelación en subsidio a fs. 150-156 vto., cuando a fs. 152 expresó en el punto VIII de su libelo recursivo, que: “Sin embargo debe expresar respetuosamente su más enfático rechazo respecto de la posición que elige y la lleva a determinar el comienzo del plazo de prescripción en el año 2009, fecha de la Sentencia No. 365/2009 dictada por la Suprema Corte de Justicia el 19 de octubre de 2009 en el caso que tramita ante la Sede homónima de Décimo Turno con la ficha IUE 97/397/2004, disponiendo que hasta ese momento los denunciados se veían ‘Impedidos’ de ejercer un derecho”.

De los propios agravios esgrimidos por el recurrente, ahora excepcionante de inconstitucionalidad BB, surge que la interlocutoria que provocó la interposición del correspondiente recurso de apelación denegó la solicitud de clausura y archivo de las actuaciones por una particular interpretación sobre el inicio del cómputo del plazo de prescripción establecido en el sistema general del Código Penal, que no compartió. Por tanto, mal puede en su libelo de excepción de inconstitucionalidad sostener que “Sin perjuicio de que la Sra. Juez evita mencionar la Ley 18831, ahora impugnada, es indisimulable su aplicación en este caso...” (fs. 142 vto.), cuando expresamente se contradice con sus dichos expuestos al recurrir en apelación la referida resolución.

En suma, y no siendo aplicable al caso en esta etapa la normativa impugnada de inconstitucionalidad, corresponde rechazar el excepcionamiento deducido.

VIII) La conducta procesal desplegada por la excepcionante ha sido correcta, no dando mérito a especial condenación en costos, siendo las costas de precepto (art. 523 C.G.P.).

Por tales fundamentos, la Suprema Corte de Justicia, por mayoría,

FALLA:

RECHAZASE POR MANIFIESTAMENTE IMPROPONIBLE LA SOLICITUD DE ABSTENCION PLANTEADA POR LA SRA. FISCAL LETRADO NACIONAL EN LO PENAL DE 5o. TURNO.

DESESTIMASE LA EXCEPCION DE DECLARACION DE INCONSTITUCIONALIDAD PLANTEADA, SIN ESPECIAL CONDENACION EN COSTOS, SIENDO LAS COSTAS DE PRECEPTO (ART. 523 C.G.P.).

OPORTUNAMENTE, DEVUELVA.

DR. JULIO CESAR CHALAR DISCORDE: Unicamente en cuanto considero que corresponde declarar inconstitucionales, y por

lo tanto, inaplicables al

presente caso, los artículos 2 y 3 de la Ley No. , sin especial condenación procesal.

Con la mayoría, no acepto la pretensión recusatoria promovida por la Sra. Fiscal Letrado Nacional de Quinto Turno por ser manifiestamente improponible.

En cambio, por los argumentos que expongo a continuación, considero que las normas impugnadas son inconstitucionales; corresponde a la Corporación así declararlo, y disponer su inaplicabilidad al caso concreto.

Primera cuestión: la legitimación activa.

Entiendo que el compareciente tiene legitimación activa para deducir la excepción planteada.

En el caso, surge que de la instrucción llevada a cabo a la fecha, no se ha manifestado -en forma expresa- la aplicación de las normas cuestionadas. Ello es resaltado por la mayoría en el numeral VII de la presente sentencia.

Sin embargo, la situación planteada en autos no implica que lo dispuesto por la Ley No.                      no sea de aplicación ineludible.

En efecto, como lo he 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 mi juicio, la no invocación expresa de la norma no impide que la misma se aplique al caso de los excepcionantes, quienes son indagados por hechos que hacen aplicable la normativa impugnada.

Conforme lo dispuesto por el artículo 258 de la Constitución de la República, el promotor se encuentra legitimado para deducir la excepción de declaración de inconstitucionalidad, 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...". Son claras las notas de legítimo y personal, cabe desarrollar la nota de directo, en la cual adhiero a interpretación que no ha sido la de la mayoría de este Alto Cuerpo.

En el caso, el compareciente tienen un interés que califica como directo. Como explica Giorgi, en concepto común a los procesos de anulación de actos administrativos y de inconstitucionalidad de la Ley, interés directo significa un interés inmediato, no eventual ni futuro. Implica que el particular se encuentra en una situación jurídica definida y actual con relación a la Administración (Héctor Giorgi, *El Contencioso Administrativo de anulación*, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, Montevideo, 1958, pág. 188). Alguna tesis más amplia 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).

En definitiva, el excepcionante ha sido convocado a participar en un proceso que se desarrolló en aplicación directa de la norma que impugnan por inconstitucional, lo que lo legitima a promover su inconstitucionalidad.

En la misma línea de razonamiento que viene de señalarse, son trasladables al caso los conceptos vertidos en Sentencia No. 659/2012 de la Corporación: "como ha sostenido este Cuerpo en reiteradas oportunidades, '...para que sea procedente el planteamiento y como consecuencia el examen de inconstitucionalidad, es necesario que el texto o textos que se tachan de inconstitucionales sean de aplicación ineludible al caso concreto, porque la Suprema Corte de Justicia no está facultada para efectuar declaraciones genéricas e inútiles, sino que su competencia sobre el punto nace siempre que la Ley deba aplicarse necesariamente a un caso concreto' (Cf. Sentencias Nos. 56/91, 164/95, 69/97, 417/97, 417/2000, etc.)". Y en el caso, la Ley ha sido aplicada en autos, siendo el fundamento expreso por el cual el magistrado actuante continuó las actuaciones respecto de los comparecientes en autos.

Segunda cuestión: la regularidad constitucional de los artículos 2 y 3 de la Ley

Cabe que me remita a lo ya expresado en votos anteriores, y en la sentencia de este Alto Cuerpo No. 152/2013, caso "CC – COMPLICE DE UN DELITO DE HOMICIDIO MUY ESPECIALMENTE AGRAVADO - EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD ARTS. 1, 2 Y 3 DE LA LEY NRO. ", I.U.E. 87-289/1985, cuyos párrafos transcribo seguidamente.



“La regularidad constitucional de los artículos 2 y 3 de la Ley No.                      La Ley No.                      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 procesado en ellos.

V) La Ley No.                      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.

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 Prof. 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.

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 en su artículo 72. Respecto del alcance de este principio y su recepción por nuestra Constitución, expresó el Prof. 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 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.

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. 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. 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 preestablecida a la acción que se juzga delictiva, es 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 sólo 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).

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. 17.347 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.

VII) La incidencia del fallo de la CIDH en la resolución del caso.

La Corporación debe examinar lo atinente a la incidencia que el Sr. Fiscal de Corte atribuye, sobre el objeto de este proceso de inconstitucionalidad por vía de excepción, a fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (fs. 136 vto. y ss.).

Sostiene el Sr. Fiscal de Corte, que el fallo de la CIDH de fecha 24 de febrero de 2011, dictado en el caso 'GELMAN vs. URUGUAY', tiene efectos que alcanzan a los procesos en que se impugne la constitucionalidad de la Ley No. : '... 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. 1527).

La mayoría que suscribe esta sentencia no comparte esa afirmación.

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 tanto 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).

Punto que reviste importancia a la luz de conclusiones de la sentencia de la CIDH a que hace referencia el Sr. Fiscal de Corte.

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 inculpado 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, ineludible-mente, 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
- 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 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 el Sr. Fiscal de Corte, la Corte Interamericana ingresaría en lo que constituye materia propia de los tribunales penales y no de los tribunales de 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 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 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'.

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... que la opinión del Sr. 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".