

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 680/2017

Oficina: Suprema Corte de Justicia

Importancia	Fecha	Procedimiento	Ficha	Tipo
ALTA	25-09-2017	PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD	395-141/2012	DEFINITIVA
Materias				
DERECHO PENAL				
DERECHO CONSTITUCIONAL				
DERECHO PROCESAL PENAL				
Firmantes				
Nombre		Cargo		
Dra. Elena MARTINEZ ROSSO		MINISTRO S.C. de J.		
Dr. Jorge Omar CHEDIAK GONZALEZ		PRESIDENTE S.C. de J.		
Dr. Felipe Javier HOUNIE SANCHEZ		MINISTRO S.C. de J.		
Dra. Bernadette Josefina MINVIELLE SANCHEZ		MINISTRO S.C. de J.		
Dr. Eduardo Julio TURELL ARAQUISTAIN		MINISTRO S.C. de J.		
Dr. Gustavo Orlando NICASTRO SEOANE		Secretario Letrado		
Redactores				
Nombre		Cargo		
Dr. Jorge Omar CHEDIAK GONZALEZ		PRESIDENTE S.C. de J.		
Discordes				
Nombre		Cargo		
Dra. Bernadette Josefina MINVIELLE SANCHEZ		MINISTRO S.C. de J.		
Dr. Felipe Javier HOUNIE SANCHEZ		MINISTRO S.C. de J.		
Abstract				
Camino		Descriptores Abstract		
DERECHO PROCESAL PENAL->PRESUMARIO		INDAGADO - ALCANCE		
DERECHO CONSTITUCIONAL->DERECHO HUMANO->RECONOCIDO EN LA CONSTITUCIÓN->SEGURIDAD JURÍDICA				
DERECHO->FUENTES DEL DERECHO->TRATADOS INTERNACIONALES->RELACIÓN JERÁRQUICA->TRATADOS REFERIDOS A DERECHOS HUMANOS		(D)		
DERECHO PENAL->DE LA EXTINCIÓN DE LOS DELITOS Y DE LAS PENAS->EXTINCIÓN DEL DELITO->PRESCRIPCIÓN				
DERECHO PROCESAL->PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY->LEGITIMACIÓN EN EL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD->LEGITIMACIÓN ACTIVA->INICIATIVA DE PARTE->INTERÉS DIRECTO PERSONAL Y LEGÍTIMO				
DERECHO PENAL->DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL->PRINCIPIO DE LEGALIDAD				
DERECHO PROCESAL->PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY->OBJETO DE LA DECLARACIÓN->NORMA INCLUIDA		ART. 1, 2 Y 3 DE LA LEY 18.831		
DERECHO PENAL->APLICACIÓN DE LA LEY PENAL->LEY PENAL EN ORDEN AL TIEMPO				
DERECHO CONSTITUCIONAL->DERECHO HUMANO->RECONOCIDO EN LA CONSTITUCIÓN->DEBIDO PROCESO->GARANTÍA DE LEY PREVIA->IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY				
Descriptores				
Sentencias Similares				

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 680/2017

Oficina: Suprema Corte de Justicia

Resumen

La Suprema Corte de Justicia, por mayoría de sus integrantes declaró inconstitucionales los artículos 2 y 3 de la Ley No. 18.831, asentándose en el fallo un cambio jurisprudencial.

Por unanimidad desestimó la pretensión de declaración de inconstitucionalidad respecto del artículo 1º de la citada ley.

La Corporación entendió que el excepcionante cuenta con legitimación activa, si bien se plantea esta declaración en la etapa de presumario, se aplica a su situación la norma impugnada, porque en virtud de ella le fue denegada la clausura del procedimiento y se encuentra en la calidad de indagado. Señala la Dra. Minvielle que a partir de las leyes 17.243 y 17.773 el estatuto del indagado se vio fortalecido en cuanto a la defensa de sus derechos en la etapa de investigación

La Corte consideró por mayoría, que las reglas que establecen la imprescriptibilidad de los "Crímenes de Lesa Humanidad" no pueden ser aplicadas al presente caso, ya que las leyes que incorporaron éstos a nuestro derecho son posteriores a la comisión de los hechos en esta causa.

Los Dres. Chediak, Martínez y Turell, declararon inconstitucionales los artículos 2 y 3 en virtud de violentar los principios de legalidad e irretroactividad de la ley penal más gravosa (insito en el artículo 72 de la Carta) y consagrado en una norma de Derecho Internacional (Pacto de San José de Costa Rica, artículo 7.2, ratificado por ley 15.737). El principio importa una garantía para el sujeto sometido al proceso y para todas las personas que respetan la ley. (D) El Dr. Hounie no se verifica la inconstitucionalidad pretendida, ya que el crimen de lesa humanidad es una figura que se incorporó a nuestro orden jurídico con anterioridad a las leyes 17.347 y 18.026 y a que no se constata violación alguna al principio de seguridad jurídica. Alega que la imprescriptibilidad resulta de la vocación jusnaturalista de nuestra Carta y del Derecho Internacional de los Derechos humanos.

(D) Para la Dra. Minvielle, los crímenes de lesa humanidad en cuanto "...pueden considerarse atentados a los básicos derechos humanos universalmente aceptados" son tales no por la voluntad de un Estado sino por imperio de normas internacionales que constituyen el "ius cogens" internacional.

Montevideo, veinticinco de setiembre de dos mil diecisiete

VISTOS:

Para sentencia definitiva estos autos caratulados **"AA - DENUNCIA. EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD LEY Nº 18.831 Y CASA-CIÓN PENAL"**, IUE: 395-141/2012.

RESULTANDO:

I) A fs. 1 a 5 el día 22 de marzo de 2012, la Sra. AA presentó denuncia ante el Juzgado Letrado de Primera Instancia de Tacuarembó de 1º Turno.

Expresó que fue detenida en la ciudad de Tacuarembó el 5 de junio de 1972, siendo conducida encapuchada al Regimiento de Caballería Meca-nizada Quinto.

Describió diversos apremios físicos ("plantones") y psicológicos que los califica de "torturas", "lesiones", "abuso de autoridad", etc.; delitos que el Estado uruguayo está obligado a indagar y castigar a sus responsables. Entre los investigados, se encuentra el Sr. BB.

II) A fs. 327 compareció el Sr. BB oportunidad en la cual solicitó la clausura y archivo de las actuaciones e invocó la prescripción de los presuntos delitos que se investigan (arts. 117 y 124 del C.P.). Afirmó que los 20 años de la "consumación" de los pretensos hechos ilícitos se cumplieron el día 1º de marzo de 2005.

III) Por resolución nº 376/2016, de fecha 18 de marzo de 2016, el Sr. Juez Letrado de Primera Instancia de Tacuarembó de 1er. Turno, desestimó el planteo defensivo formulado por el indagado (fs. 331/342), decisión que, por sentencia interlocutoria

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 680/2017

Oficina: Suprema Corte de Justicia

nro. 351/2016, de fecha 19 de octubre de 2016, fue confirmada por el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 2do. Turno (fs. 374/375).

IV) A fs. 383 compareció nue-vamente BB interponiendo recurso de casación y excepción de inconstitucionalidad respecto de los arts. 1, 2 y 3 de la Ley Nro. 18.831.

En apretada síntesis, expresó lo siguiente:

a) La Ley objetada, al haber regulado materia penal con carácter retroactivo, colisiona con el segundo inciso del art. 10 de la Carta, el cual, al consagrar el principio de libertad, veda implícitamente la irretroactividad de la Ley penal, por ser ésta frontalmente contraria al accionar libre de los seres humanos.

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

c) Las normas impugnadas resultan inconciliables con el derecho constitucional a la seguridad jurídica, reconocido por el art. 7 de la Carta.

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

El art. 3 de la Ley No. 18.831 desconoce este principio, pues lesiona un derecho adquirido de rango constitucional. Las conductas que eran lícitas al tiempo de su comisión u omisión no se transforman en ilícitas y punibles por aplicación de Leyes que proyectan sus efectos hacia el pasado.

Este artículo, al declarar que los delitos comprendidos en la Ley de Caducidad cometidos todos ellos antes del 1° de marzo de 1985, son crímenes de lesa humanidad, trae aparejado su imprescriptibilidad y proyecta hacia el pasado, retroactivamente, los efectos de los arts. 7 y 29 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, aprobado por Ley Nro. 17.510, de 27 de junio de 2002, así como, los arts. 7 y 19 a 25 de la Ley Nro. 18.026, de 25 de setiembre de 2006.

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

En la especie, quienes por la condición de militares o policías en actividad antes del 1° de marzo de 1985 podían ser imputados de los delitos comprendidos en el art. 1° de la Ley No. 15.848, fueran o no autores de alguno de ellos, tenían un derecho adquirido a no ser juzgados por su supuesta autoría, en razón de haber caducado, por imperio legal, la pretensión punitiva del Estado respecto de los mismos.

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 680/2017

Oficina: Suprema Corte de Justicia

e) Por último, el art. 1° colide frontalmente con el art. 4, arts. 79 inc. 2 y 82 de la Constitución, así como, con el principio de que el ejercicio directo de la soberanía, en los casos establecidos por el art. 82, sólo compete al Cuerpo Electoral.

El art. 4 de la Carta atribuye a la Nación la titularidad de la soberanía, a la que asigna el derecho exclusivo de establecer sus Leyes, del modo que la propia Constitución establece.

Así, el inc. 2 del art. 82 prevé que la *“soberanía será ejercida directamente por el Cuerpo Electoral en los casos de elección directa y referéndum e indirectamente pro los poderes representativos que establece esta Constitución, todo conforme a las reglas expresadas en la misma”*.

En este marco, el art. 79 establece que el referéndum es un recurso contra las Leyes y el órgano competente para resolver sobre dicho recurso, derogar o confirmar la Ley recurrida, es el Cuerpo Electoral (art. 82).

En consecuencia -afirma la defensa- cuando una Ley es sometida a referéndum, como lo fue la Ley Nro. 15.848, de 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 uno u otro caso, la resolución no es modificable por el Poder Legislativo, pues éste solo puede ejercer indirectamente la soberanía de la Nación “conforme a las reglas establecidas” en la Constitución. Y esas reglas, respecto de Leyes sometidas a referéndum, le asignan competencia exclusiva al Cuerpo Electoral, excluyendo la competencia del Poder Legislativo respecto de las mismas.

En suma, en este enfoque, la Ley impugnada resultaría inconstitucional por cuanto el Poder Legislativo carece de competencia para derogar una Ley confirmada dos veces por el Cuerpo Electoral, la primera de ellas por vía de referéndum.

f) Finalmente, los arts. 1, 2 y 3 de la Ley Nro. 18.831 violan el principio de libertad consagrado en el art. 10 de la Carta, pues ésta norma establece que *“nadie será obligado a hacer lo que no manda la ley”*.

g) En definitiva, solicitó que se declare la inconstitucionalidad de la Ley Nro. 18.831 y, por ende, su inaplicabilidad al caso concreto.

V) Por providencia No. 9/2017, de fecha 1° de febrero de 2017, la Suprema Corte de Justicia confirió traslado a la Sra. Fiscal Letrada Nacional en lo Penal de 5o. Turno y dio vista al Sr. Fiscal de Corte (fs. 417).

VI) La Sra. Fiscal Letrada Nacional en lo Penal de 5o. Turno evacuó el traslado conferido abogando por el rechazo de la excepción opuesta (fs. 423/426).

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 680/2017

Oficina: Suprema Corte de Justicia

VII) El Sr. Fiscal de Corte, por las razones que expuso en el dictamen No. 195/2017, consideró que no correspondía que se pronunciara sobre la constitucionalidad o no de las disposiciones legales cuestionadas, por ser inaplicables al caso (fs. 430/450).

VIII) Por providencia No. 412/2017, de fecha 3 de abril de 2017, se dispuso el pasaje a estudio y se llamaron los autos para sentencia (fs. 453).

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

CONSIDERANDO:

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

II) La legitimación activa del promotor. Por razones de orden lógico, con carácter liminar corresponde analizar la legitimación del excepcionante para deducir, en esta etapa del proceso penal, la excepción de inconstitucionalidad en estudio (art. 258 de la Constitución y art. 509 del C.G.P.).

Al respecto, todos los integrantes del Cuerpo consideran que el indagado ostenta legitimación actual y directa para promover la excepción de inconstitucionalidad.

En efecto, el art. 511 del C.G.P. establece que la inconstitucionalidad por vía de excepción *“podrá ser promovida...en los procedimientos correspondientes, desde que se promueve el proceso hasta la conclusión de la causa, en la instancia pertinente”*.

Dentro de este marco normativo, la excepción fue movilizada durante la etapa de presumario, cuya naturaleza procesal luego de la redacción dada al art. 113 del C.P.P. por Ley Nro. 17.773, resulta indiscutible (cf. Garderes, Santiago y Valentín, Gabriel, *“El nuevo régimen del presumario”*, FCU, 2da. Ed., año 2009 pág. 43).

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

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 680/2017

Oficina: Suprema Corte de Justicia

La nueva redacción de esta norma ha despejado la añeja controversia doctrinaria y jurisprudencial acerca de la naturaleza jurídica del presumario: ya no es posible dudar acerca de que es un proceso.

En este marco normativo, el mero indagado tiene un interés con las características exigidas por la Carta para plantear la inconstitucionalidad, lo cual puede oponerse en "cualquier procedimiento judicial" (art. 258.2 de la Constitución).

En mérito a lo anterior, la excepción movilizada resulta proponible, máxime cuando el Sr. BB reviste calidad de "indagado" (fs. 324 y ss.), le fue rechazada la clausura del proceso (fs. 331/342 y 374/375 vto.) y, atento a la naturaleza y marco subjetivo y temporal de los hechos de la presente causa, las normas cuestionadas forman parte del elenco legal de aplicación al proceso penal en trámite.

Además, la calidad de "indagado" presupone el legítimo derecho de orquestar, desde el primer momento, toda la batería de defensa que se crea necesaria plantear, pues para ello se lo cita a declarar con asistencia letrada.

Si se es objeto de investigación e indagación en virtud de la presunta comisión de hechos referidos a una figura delictiva concreta y que por sus características específicas presupone la aplicación de una norma penal determinada, el Cuerpo no advierte impedimento alguno para que, ab initio, pueda reconocérsele legitimación actual y personal a los afectos de solicitar la declaración de inconstitucionalidad.

El indagado no solo tiene derecho a defenderse en el decurso del procedimiento, sino que, además, tiene derecho a que no se lo investigue más y, si para lograr esto último tiene que plantear la declaración de inconstitucionalidad de la norma penal que presupone la apertura del presumario, no se vislumbra impedimento alguna para que, desde ese momento, ya pueda resistir su aplicación en el caso concreto.

Posición esta sostenida por los Dres. Hounie, Martínez y el redactor, en sentencias de la Corte Nros. 203/2016, 407/2016, entre muchas otras.

Para la Dra. Minvielle, la legitimación del excepcionante radica en que BB reviste la calidad de indagado, dado que, en la emergencia, en el marco de las actuaciones presumariales expresamente se lo sindicó como tal, intimándose la designación de defensor (fs. 321 y 324).

En opinión de la Sra. Ministra, a partir de la entrada en vigencia de las leyes 17.243 y fundamentalmente la ley 17.773, puede decirse que el estatuto de indagado se vio fortalecido en su haz de derechos en la etapa de investigación, es de ver que en el caso del excepcionante BB fue citado en tal calidad, existiendo un acto procesal que lo sindicó o señala como partícipe o responsable en el hecho, acto este que luce como imprescindible para tener tal calidad y consecuentemente que se despliegue el estatuto jurídico de indagado, con la posibilidad de desplegar las incidencias en examen.

En base a ello, estima la Dra. Minvielle que existen elementos individualizantes que acreditan verosímelmente que el Sr. BB se encuentra en la dimensión subjetiva del supuesto normativo de los arts. 1, 2 y 3 de la ley 18.831. Justamente, porque la

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 680/2017

Oficina: Suprema Corte de Justicia

Ley procura restablecer la pretensión punitiva del Estado respecto de determinados delitos, habiéndose cristalizado en el estado actual del presumario una situación jurídica calificada hacia el excepcionante.

Como se señalara, ha habido en los autos actividad procesal que sindicada o señala al excepcionante como participe en el delito investigado.

Insiste la Sra. Ministra que, el excepcionante reviste la calidad de indagado, ya que de las actuaciones presumariales surge que se citó al excepcionante a concurrir con asistencia letrada (fs. 321).

Como miembro del Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 3° Turno, sostuvo en términos que considera oportuno reiterar: *“...un concepto amplio de indagado, como forma el estatuto de protección le sea aplicable en toda su extensión desde un comienzo. Sin embargo, siguiendo a la doctrina más relevante, debe delimitarse que indagado es la persona indicada como participe de un hecho delictuoso en cualquier acto de la persecución penal dirigido en su contra y desde el primer momento de ella. A partir de esa indicación gozará del derecho de defensa en todas sus manifestaciones. Pero para adquirir tal calidad se requiere un acto de señalización o de indicación que no se observa en el caso. Entonces, no es admisible flexibilizar a tal punto tal concepción para abarcar a cualquier persona que es citada judicialmente a fin de que preste información que se estima relevante, bajo riesgo de desvirtuar la instrucción penal”* (Sentencia No. 299/2016), extremo que se advierte en el caso al apreciarse acto de señalización o indicación que determina el direccionamiento del obrar estatal sobre esta persona.

III) En cuanto al mérito de la impugnación, refiere a la cuestionada constitucionalidad de los arts. 1, 2 y 3 de la Ley Nro. 18.831, por vulnerar los arts. 7, 10, 72 y 82 de la Constitución.

Al respecto, las normas objetadas establecen:

Artículo 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 15.548, de 22 de diciembre de 1986”.*

Artículo 2º: *“No se computará plazo alguno, procesal, de prescripción o de caducidad, en el período comprendido entre el 22 de diciembre de 1986 y la vigencia de esta ley, para los delitos a que refiere el artículo 1º de esta ley”.*

Artículo 3º: *“Declárase que, los delitos a que refieren los artículos anteriores, son crímenes de lesa humanidad de conformidad con los tratados internacionales de los que la República es parte”.*

IV) Arts. 2 y 3 de la Ley No. 18.831. A juicio de la Dra. Martínez, y de los Dres. Turell y Chediak, le asiste parcial razón al impugnante. En efecto, los Sres. Ministros consideran que los artículos 2 y 3 de la Ley No. 18.831 resultan contrarios a la Carta, de conformidad a los fundamentos expresados en sentencia 20/2013, la cual se transcribe parcialmente por ajustarse plenamente al caso de autos.

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 680/2017

Oficina: Suprema Corte de Justicia

En este sentido, en la citada Sentencia No. 20/2013, la Corporación sostuvo:

“(...) IV) Previo al in-greso al mérito de la cuestión en examen, corresponde establecer lo siguiente.

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

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

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

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

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

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

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

(a) Por Ley No. 17.347 (promulgada el 13/VI/2001), fue aprobada la 'Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad', adoptada en la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 26 de noviembre de 1968.

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

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 680/2017

Oficina: Suprema Corte de Justicia

2002 y publicada en el Diario Oficial el 8 de julio del mismo año.

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

Conforme a lo que viene de reseñarse, la aprobación e incorporación a nuestro derecho interno de los denominados 'Crímenes de Lesa Humanidad' se produjo con posterioridad a la comisión de los hechos de la presente causa, por lo que las reglas que establecen su imprescriptibilidad no pueden ser aplicadas al sub lite pues ello significa, lisa y llanamente, conferir a dichas normas penales carácter retroactivo, lesionándose así normas y principios constitucionales como se referirá.

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

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

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

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 680/2017

Oficina: Suprema Corte de Justicia

delito. Principios de Derecho Penal', Ed. Hermes, 1954, pág. 165). Jescheck, por su parte, expresa que uno de los principios rectores del Estado de Derecho es el de que las normas que regulan un supuesto de hecho, no pueden luego modificarse en perjuicio de la situación jurídica del ciudadano pues, además, el delincuente, sólo puede motivarse por el mandato normativo cuando éste está configurado como Ley en el momento de la comisión del hecho. Por eso entiende que lo decisivo para la irretroactividad es la idea de la seguridad jurídica ('...Tratado de Derecho Penal. Parte General', Ed. BOSCH, Barcelona, vol. 1, pág. 184) (Sent. No. 70/97)' (...).

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

Dichas normas disponen:

Artículo 2: 'No se computará plazo alguno, procesal, de prescripción o de caducidad, en el período comprendido entre el 22 de diciembre de 1986 y la vigencia de esta Ley, para los delitos a que refiere el Artículo 1o. de esta Ley'.

Artículo 3: 'Declárase que, los delitos a que refieren los artículos anteriores, son crímenes de lesa humanidad de conformidad con los tratados internacionales de los que la República es parte'.

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

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

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

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

Ya en la Carta Magna de 1215 aparece este principio en el artículo 43 original y en el Capítulo XXXI de la modificación, según el cual: 'Ningún hombre libre será detenido o en forma alguna destruido, ni procederemos en contra de él ni lo condenaremos, sino por el juzgamiento legal de sus pares, o por la Ley del país'.

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 680/2017

Oficina: Suprema Corte de Justicia

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.

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'.

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 680/2017

Oficina: Suprema Corte de Justicia

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 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., Monte-video, 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.

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 680/2017

Oficina: Suprema Corte de Justicia

El principio de legalidad es granítico: nullum crimen, nulla poena sine previa lege poenale: esta es la base del Derecho Penal garantizador y garantista. No admite la aplicación retroactiva de ninguna norma penal, salvo el principio de benignidad y, además, expresamente consagrado en el Código Penal.

Por lo tanto, la irretro-actividad 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 irretro-actividad 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”.

V) La Dra. Martínez, el Dr. Turell y el redactor, agregan que, habida cuenta de la argumentación desplegada por el Dr. Fernando Cardinal al integrar este Cuerpo, en Sentencia No. 794/2014, corresponde realizar las siguientes consideraciones (cf. lo expresado por la Dra. Martínez en discordias extendidas en sentencias Nos. 124/2016 y 263/2016).

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

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 680/2017

Oficina: Suprema Corte de Justicia

Al respecto, Juan Pablo Cajarville señala que: *“...la previsión del art. 72, que admite la incorporación a la Constitución de nuevos contenidos no expresados en su texto, no menoscaba la taxatividad de los procedimientos de reforma total o parcial, previsto en el art. 331 de la propia Carta. Por lo tanto, procurando entre ambas disposiciones la debida correspondencia y armonía, debe concluirse que los derechos, deberes y garantías que se incorporan en la Constitución a través del art. 72 no pueden contrariar ninguna disposición constitucional expresa y deben ser coherentes con todas ellas”* (Cf. ‘Reflexiones sobre los principios generales de derecho en la Constitución Uruguaya’, en Estudios Jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real, FCU/1996, pág. 157, citado por Augusto Formento y José Miguel Delpiazzo, en ‘Primer reconocimiento jurisprudencial del bloque de constitucionalidad: concepto, importancia, efectos jurídicos y perspectivas’, publicado en Revista de Derecho, Ed. Universidad de Montevideo, Año IX (2010), No. 18, pág. 107).

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

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

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

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

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

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

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 680/2017

Oficina: Suprema Corte de Justicia

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

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

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

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

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

Finalmente, para la interpretación y armonización de los derechos humanos, corresponde citar y compartir la argumentación desarrollada en la obra ‘Introducción al derecho’, en su edición ampliada y actualizada, cuya autoría es de **Eduardo Jiménez de Aréchaga** y de **Martín Riso Ferrand**, en cuanto en ella se expresa: “Ya se vio a lo largo del presente capítulo, cómo los derechos humanos frecuentemente entran en conflicto entre sí, lo que obliga al Juez o al aplicador que corresponda a complejas tareas de armonización. Pero: ¿cómo funciona o cómo se realiza esta armonización? Lentamente,

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 680/2017

Oficina: Suprema Corte de Justicia

para casos concretos, o a veces con pretensión general, se vienen formulando distintas reglas, técnicas o criterios para emplear en la materia. Sin pretender agotar el tema ni mucho menos creo que algunas orientaciones pueden ser útiles. A saber:

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

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

b) En segundo término debe profundizarse y agotarse toda posibilidad de análisis del caso concreto de que se trate, ya que muchas veces las dificultades de armonización son más aparentes que reales y cuando se profundiza en el caso y sus distintos componentes y matices, haciendo las distinciones correspondientes, se aprecia que la armonización sí es posible.

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

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

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

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

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

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

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 680/2017

Oficina: Suprema Corte de Justicia

menor, de salvaguardar algo del derecho sacrificado en el caso concreto.

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

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

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

VI) Art. 1º de la Ley No. 18.831. Respecto de la invocada inconstitucionalidad del artículo 1º. de la Ley No. 18.831, en concepto de todos los Sres. Ministros que concurren al dictado del fallo –aunque por diversos fundamentos- no le asiste razón al excepcionante.

En este orden, el indagado sostiene 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. 397). Agrega que cuando una Ley es sometida a referéndum -como lo fue la Ley No. 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 1º de la Ley No. 18.831, entienden los Sres. Ministros Martínez y Turell que una vez constatada la inconstitucionalidad de los arts. 2 y 3 de la Ley No. 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 art. 1º., por cuya razón no corresponde ingresar al examen de la pretendida declaración de inconstitucionalidad de esta norma.

En criterio del redactor, 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 No. 15.848) se confiera 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 (cf. lo sostenido en sentencia No. 20/2013).

Finalmente, en concepto de los Sres. Ministros Dr. Hounie y Minvielle, corresponde desestimar la solicitud de declaración de inconstitucionalidad del artículo 1º de la Ley cuestionada, por las razones que exponen en la discordia extendida en la presente decisión.

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 680/2017

Oficina: Suprema Corte de Justicia

VIII) Por los diversos fundamentos expuestos y las normas citadas, la Suprema Corte de Justicia,

FALLA:

HACIENDO LUGAR, PARCIALMENTE, A LA EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD OPUESTA Y, EN SU MÉRITO, DECLARANDO INCONSTITUCIONALES Y, POR ENDE, INAPLICABLES AL EXCEPCIONANTE LOS ARTÍCULOS 2 Y 3 DE LA LEY No. 18.831.

DESESTIMANDO EL EXCEPCIONAMIENTO EN LO DEMÁS.

SIN ESPECIAL SANCIÓN PROCESAL.

COMUNÍQUESE A LA ASAMBLEA GENERAL (ART. 522 DEL C.G.P.).

DR. FELIPE HOUNIE DISCORDE PARCIALMENTE: Por cuanto, a mi juicio, corresponde desestimar la excepción de inconstitucionalidad opuesta, con costas.

1) En cuanto a la inconstitucionalidad por infracción de los principios de libertad (y consecuente prohibición de leyes penales gravosas retroactivas) y seguridad jurídica.

1.1) Entiendo que la pretensión de inconstitucionalidad por infracción de los arts. 7, 10 inc. 2 y 72 de la Constitución no puede prosperar.

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

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

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 680/2017

Oficina: Suprema Corte de Justicia

Al tenor de los términos de la denuncia, AA fue detenida en su trabajo en “una tienda” en Tacuarembó por efectivos militares el 5 de junio de 1972. Su detención se realizó sin intervención judicial y sin haber realizado la comunicación de rigor a la Asamblea General en el marco de lo dispuesto en el artículo 168 numeral 17 de la Carta. Luego de su detención, fue trasladada a la entonces sede del “Regimiento de Caballería Mecanizado Quinto” de Tacuarembó, siendo liberada a los tres meses y veinte días de reclusión (fs. 4). La denunciante y su esposo eran militantes del Frente Amplio y habían fundado “con otros compañeros” el Comité de Base de la mencionada facción política (fs. 7). Sufrió diversos actos de tortura que detalló en su denuncia y posterior declaración inicial en sede judicial (fs. 4 y 7-10vto.).

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

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

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

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

1.2) En relación con la impres-criptibilidad de los delitos de lesa humanidad, tal como sostuve en el caso Berreta (sentencia N° 1061/2015 de la Corte), comparto el fundado análisis que el Dr. Fernando Cardinal realizó en la sentencia N° 794/2014 en ocasión de integrar la Suprema Corte de Justicia en el caso Larramendi, oportunidad en la cual, al analizar la constitucionalidad de los arts. 2 y 3 de la ley 18.831, expresó que tales normas no modificaron el “statu quo” que las precedían, por cuanto ya se encontraban incorporadas en el sistema nacional de derechos humanos e ingresaban a nuestro ordenamiento por imperio de los arts. 72 y 332 de la Constitución.

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

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 680/2017

Oficina: Suprema Corte de Justicia

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

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

Por lo tanto, la identificación y el reconocimiento de dichos delitos por parte de nuestro ordenamiento jurídico es anterior a la ley 17.347 del 5 de junio de 2001 (que ratificó la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad de la ONU de 1968) y a la ley 18.026 del 13 de setiembre de 2006 (sobre Cooperación con la Corte Penal Internacional en materia de lucha contra el genocidio, los crímenes de guerra y de lesa humanidad), en el bien entendido de que se encuentran en las normas de “jus cogens”, que ingresan al sistema constitucional mediante la aplicación del art. 72 de la Constitución.

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

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

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

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

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 680/2017

Oficina: Suprema Corte de Justicia

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

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

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

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

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

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

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

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 680/2017

Oficina: Suprema Corte de Justicia

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

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

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

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

Y al respecto, dice Fernando Cardinal: *Véase que la citada Convención de 1968, en su art 1º, inicia la expresión de la norma diciendo: 'Los siguientes crímenes son imprescriptibles...', lo que denota, desde su propio tenor, el carácter declarativo del precepto. No se trata de establecer una imprescriptibilidad, sino que se declara que ella existe, y por ende es anterior a su propia redacción. Ello demuestra el carácter de norma protectora inherente al sistema de derechos humanos, impidiendo que quienes lo violan en su más grave forma cometiendo los delitos allí expresados, se sustraigan a la sanción; e impone al Estado que garantice la persecución de dichos crímenes, sin que se pueda escudar en un instituto tal como la prescripción, anteponiendo a la seguridad jurídica la protección del sistema de derechos humanos.*

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

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

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 680/2017

Oficina: Suprema Corte de Justicia

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

1.3) En cuanto a la violación del principio de certeza o seguridad jurídica que invoca el excepcionante, originada por la vía de modificar las normas que determinaron la prescripción de un delito con efecto retroactivo, cabe convocar la opinión que al respecto emitió el Tribunal Constitucional Federal Alemán al analizar una ley que extendía el plazo de la prescripción de ciertos hechos punibles, que se dictó con la finalidad de evitar que los delitos de homicidio de la época del régimen nacionalsocialista y de posguerra prescribieran el 31 de diciembre de 1961.

Toda norma penal contempla un juicio ético-social, dotado de autoridad estatal, sobre la actuación penalizada por ella. El contenido concreto de ese juicio se da en forma de un tipo penal y de la sanción con que se amenaza. Ambas, conjuntamente, constituyen la punibilidad en el sentido del artículo 103, párrafo 2 de la Ley Fundamental (...).

La punibilidad de un hecho es presupuesto para su persecución. Una actuación sólo puede ser considerada punible si su punibilidad se determina legislativamente con anterioridad a la comisión del hecho. La punibilidad comprende la persecución, pero la persecución, por el contrario, no comprende la punibilidad. Un hecho punible ya cometido no pierde su carácter de ilegalidad por el hecho de que no hubiere sido perseguido o no pueda ser perseguido por motivos legales o materiales (...), ("Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán", Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe, edición Konrad Adenauer Stiftung, 2009, c. 139, p. 535).

Por consiguiente, si las disposiciones sobre prescripción reglamentan durante cuánto tiempo debe ser perseguido un hecho punible, en la medida en que ellas sólo se refieren a la persecución, no afectan para nada la punibilidad del hecho, por lo que la prórroga o la terminación de los plazos de prescripción no vulneran ningún principio constitucional.

Y sigue diciendo el Tribunal Constitucional Federal Alemán:

El postulado de la seguridad jurídica, inmanente al principio del Estado de Derecho, exige que el ciudadano pueda prever las posibles intervenciones del Estado en su contra y que pueda comportarse en forma correspondiente. En principio, se puede contar con que el legislador no vincule consecuencias negativas a los hechos ya concluidos, que no eran previsibles al momento de la comisión de esos hechos (...). La seguridad jurídica significa para el ciudadano, ante todo, protección de la confianza.

Al Estado de Derecho, sin embargo, pertenece no sólo la seguridad jurídica, sino también la justicia material. Ambas caras del Estado de Derecho no pueden ser tenidas [en cuenta] en igual forma por el legislador (...). Si la seguridad jurídica se encuentra en oposición a la justicia, entonces será función del legislador decidirse a favor de una u otra. Si esto ocurre sin arbitrariedad, entonces la decisión legislativa no podrá ser objetada invocando motivos constitucionales.

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 680/2017

Oficina: Suprema Corte de Justicia

La protección constitucional de la confianza no se aplica sin excepción. El ciudadano no puede invocar la protección de la confianza como expresión del principio del Estado de Derecho, cuando su confianza en la continuidad de una reglamentación legal no es susceptible de una consideración por parte del legislador (...), o [cuando] la confianza en una determinada situación jurídica tampoco se justifica materialmente (...), (ob. cit., p. 536).

Aplicando estos conceptos al caso de autos, no cabe más que concluir que la ley 18.831 no lesiona el principio de seguridad jurídica, habida cuenta de que contiene normas que no intervienen con posterioridad modificando los hechos que pertenecen al pasado, sino que, como vimos, se limitan a reconocer que los delitos de lesa humanidad son imprescriptibles.

Por otra parte, es lícito, aunque llamativo, que se plantee que existiría un derecho adquirido a que no se consideren ilícitas conductas que eran lícitas al momento de su comisión, dada la naturaleza de las conductas denunciadas. En efecto, se denunciaron conductas tales como detener y privar de libertad por meses a una persona sin cumplir con las garantías constitucionales, así como someter a torturas a una persona. Tales conductas nunca fueron lícitas ni lo son hoy.

2) En cuanto a la inconstitucionalidad por infracción de lo dispuesto en el art. 82 de la Constitución.

El excepcionante solicitó la declaración de inconstitucionalidad de todos los artículos de la ley 18.831 por colidir con lo dispuesto en el art. 82 de la Constitución, el cual establece:

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.

En puridad, de los términos de la demanda, surge que la disposición constitucional que se reputa violada es el inciso segundo del art. 82.

En efecto, al fundar su pretensión, el excepcionante sostuvo: *No cabe exigir un texto constitucional expreso que excluya de la competencia derogatoria de las Cámaras las leyes confirmadas en un referéndum, porque tal exclusión surge del artículo 82 de la Constitución, del cual resulta claramente que cuando el Cuerpo Electoral, en ejercicio directo de la soberanía, dicta actos jurídicos o ejerce sus competencias, sus decisiones no pueden ser modificadas por los Poderes de Gobierno, que ejercen indirectamente dicha soberanía (fs. 405).*

No comparto tal conclusión.

En síntesis, el impugnante afirmó que el art. 82 inc. 2 de la Constitución contiene una norma atributiva de competencia exclusiva al Cuerpo Electoral para legislar sobre toda materia que haya sido objeto de un recurso de referéndum exitoso. Y

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 680/2017

Oficina: Suprema Corte de Justicia

sobre esa afirmación, pretendió la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 1, 2 y 3 de la ley 18.831.

Lo dispuesto en el art. 82 inc. 2 de la Carta no tiene el contenido que el excepcionante le atribuye ni tal contenido puede desprenderse del contexto de la Constitución.

El art. 82 inc. 2 se limita a enumerar las formas de ejercicio de la soberanía, distinguiendo, según su ejercicio, que se realice en forma “directa” o “indirecta”. Ahora bien, la disposición no establece que haya una preeminencia de las modalidades de ejercicio “directo” sobre las de ejercicio “indirecto”. Ambas formas de ejercicio son aludidas sin existir un mandato constitucional que prefiera una sobre otra. La referencia que sí realiza la Constitución alude a que las modalidades de ejercicio se regirán “conforme a las reglas expresadas en la misma”, esto es, en la propia Carta. Es más, tal aserto se enfatiza mediante el uso del adjetivo “todo”: “todo conforme a las reglas expresadas en la misma”.

Y las reglas expresadas en la Constitución no contienen ninguna previsión que vede al Poder Legislativo reingresar en la regulación de una materia sometida a referéndum. Ello se desprende de la lectura atenta de la Carta y fue claramente advertido por el excepcionante, quien por ello intentó, expresamente, refutar ese hecho en los términos antes transcriptos.

Las “reglas expresadas en la misma” están contenidas en el art. 79 inc. 2, en el cual se establecen los requisitos constitucionales del recurso de referéndum y se comete al legislador su regulación por vía legal. Empero, esta norma no atribuye al Cuerpo Electoral la competencia que el excepcionante pretende. Y tampoco tal atribución de competencia surge de las otras tres disposiciones constitucionales que refieren al referéndum: el art. 82 inc. 2, el art. 304 inc. 1 y el art. 322 lit. C.

Por el contrario, lo que sí surge expresamente de la Carta es que a la Asamblea General compete: “Formar y mandar publicar los Códigos (...). Expedir leyes relativas a la independencia, seguridad, tranquilidad y decoro de la República; protección de todos los derechos individuales (...)”, (art. 85 nrales. 1° y 3°).

A su vez, toda vez que el constituyente quiso atribuir iniciativa privativa en cierta materia legislativa, lo hizo expresamente: así, en el art. 86, en materia de creación de empleos, de dotaciones o retiros, etcétera; en el art. 133, en materia de exoneraciones tributarias o de fijación de salarios y precios mínimos; en los arts. 214 y 223, en materia presupuestal nacional y departamental, respectivamente. Ello resta eficacia a la argumentación propuesta por el excepcionante, quien postuló la existencia de una iniciativa privativa del Cuerpo Electoral respecto a la materia de una ley derogada por referéndum sin ninguna norma que así lo establezca.

En definitiva, lo dispuesto en el art. 82 inc. 2 de la Constitución no supone atribución de competencia alguna; a su vez, lo dispuesto en la ley 18.831 es materia constitucionalmente atribuida al Poder Legislativo.

Por último, cabe referir a la argumentación que, en respaldo de su posición, realizó el excepcionante con base en ejemplos que reivindican la idea de la analogía lisa y llana entre el recurso de referéndum y los medios impugnativos que gozan de regulación expresa, como los recursos administrativos o los recursos procesales en materia judicial.

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 680/2017

Oficina: Suprema Corte de Justicia

En tal sentido, el impugnante sostuvo que: (...) *es de principio que el órgano administrativo sometido a jerarquía o el juzgado de primera instancia que dictó la sentencia apelada no puede reasumir competencia sobre el asunto ya resuelto –en uno u otro sentido– en la vía de alzada y modificar o revocar, a su vez, lo dispuesto a ese nivel respecto a la impugnación. ‘Mutatis mutandi’, es evidente que cuando el Cuerpo Electoral, en vía de alzada, se pronuncia en un referéndum sobre una ley impugnada con arreglo al artículo 79 de la Carta, el Parlamento es incompetente para enervar los efectos de lo resuelto por el Cuerpo Electoral (fs. 403vto.).*

En mi opinión, la argumentación con base en estos ejemplos no logra demostrar lo que se pretende.

En primer término, porque se incurre en el vicio de razonamiento conocido como petición de principio: se pone como premisa antecedente lo que debe demostrarse: que la derogación por referéndum de una ley otorga al Cuerpo Electoral competencia exclusiva para legislar sobre esa materia.

En segundo término, porque los ejemplos propuestos refieren a supuestos en los cuales existen normas expresas que inhiben al órgano “inferior” de modificar lo resuelto por el órgano “superior”. Por el contrario, en el caso del instituto del referéndum no existen normas con tal contenido (que inhiban expresamente al órgano “inferior” de modificar lo resuelto por el órgano “superior”). Este argumento se refuerza por existir normas que abonan la tesis contraria (las antes citadas y transcritas que atribuyen sin cortapisas competencia al Poder Legislativo: art. 85 nrales. 1° y 3°).

En tercer término, porque un recurso de referéndum desestimado (como aconteció en el caso de la ley 15.848) únicamente implica que, en un cierto momento histórico, la mayoría del Cuerpo Electoral entendió que esa concreta ley no debía ser derogada y nada más. No hay ninguna regla o principio constitucional que agregue como efecto la inmutabilidad de esa ley o la imposibilidad de su derogación directa o indirecta en un futuro; tampoco hay, como se vio, regla o principio constitucional que establezca la pretendida “asignación de competencia exclusiva” al Cuerpo Electoral.

En todo caso, en aquellos supuestos en los que el Poder Legislativo sancione una ley que desvirtúe lo resuelto en un referéndum, la ingeniería constitucional patria ha previsto mecanismos de contralor y sanción para quienes consideren desacer-tado tal proceder: el primero de ellos es, sin duda, el

de las elecciones (mecanismo de ejercicio directo de la soberanía también contemplado en el art. 82). No puede desconocerse que si se llega a sancionar una ley que vaya contra lo resuelto en un referéndum, es porque existió una mayoría legislativa representativa de la mayoría del electorado que entendió procedente tal modificación, lo cual se inserta, cabalmente, en el modelo constitucional democrático republicano vigente. Ello corrobora tanto la legitimidad constitucional del sistema como su razonabilidad, al permitir adaptar la legislación a las necesidades y demandas sociales de cada momento histórico.

En definitiva, de acuerdo con los fundamentos expuestos, la desestimación de la excepción de inconstitucionalidad se impone, dado que no se advierte la constatación de ninguna de las incons-titucionalidades denunciadas.

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 680/2017

Oficina: Suprema Corte de Justicia

DRA. BERNADETTE MINVIELLE **DISCORDE PARCIALMENTE:** por cuanto entiendo que los arts. 2 y 3 de la Ley No. 18.831 son constitucionales y, por tal razón, corresponde desestimar el excepcionamiento opuesto.

Con anterioridad, en oca-sión de actuar como Ministra integrante de la Suprema Corte de Justicia en el dictado de la Sentencia No. 10/2016, sostuve que los arts. 2 y 3 de la Ley No. 18.831 se adecuan a nuestra Carta, en base a los siguientes fundamentos.

El art. 3 de la referida Ley, está ligado por cuanto su resolución tiene repercusión insoslayable en el art. 2, cuya inconstitucionalidad también se pretende.

Primeramente, es de ver que si bien el caso que nos convoca dice relación con la denuncia de tratos crueles e inhumanos supuestamente sufridos por la denunciante, es de los presuntos hechos acaecidos se dieron en el marco de un grave, sistemático y generalizado -respecto de determinados sectores ideológicos de nuestra sociedad- ataque de los derechos humanos, cuestión que trasciende a las víctimas en concreto, para pasar a lesionar también a la comunidad nacional e internacional.

Particularmente, en refe-rencia a delitos dirigidos contra multiplicidad de personas que fueron ejecutados por agentes del Estado o al amparo de los mismos, respondiendo a un plan de acción que se fundaba en la doctrina de la seguridad nacional y que importó también la colaboración y coordinación de otros Estados del Cono Sur Americano.

El concepto de delitos de lesa humanidad surge a partir del Derecho de Guerra (Estatuto de Londres de 1945) por el que se constituyó el Tribunal de Nüremberg; a partir de allí se comenzó a concebir crímenes que son tales para cualquier Estado, en todo tiempo y lugar, inclusive al margen de la propia voluntad estática del Estado involucrado y de la opinión contraria de los particulares que lo integran. Su ámbito o marco jurídico de validez viene dado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Es de ver que si bien la validez de toda norma proviene de una norma superior, es de destacar que tratándose de derechos humanos esa norma superior es la norma internacional, incluso de rango consuetudinario, por lo que el requisito de la ausencia de ratificación de un concreto Tratado por parte del Estado involucrado en la lesión no puede constituir un óbice, así como tampoco puede serlo que dicho acuerdo internacional hubiera sido ratificado a posteriori de la comisión de los hechos.

Precisamente, porque re-sulta irrazonable pretender que el Estado que grave, sistemática y generalizadamente, viola los derechos humanos en el ámbito de su comunidad, a la par se obligue internacionalmente en términos distintos.

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 680/2017

Oficina: Suprema Corte de Justicia

Entonces, en este orden de ideas, los crímenes de lesa humanidad en tanto puedan considerarse atentados a los básicos derechos humanos universalmente aceptados, son tales no por la voluntad del Estado ni se requiere de la misma, sino por imperio de normas internacionales inderogables que constituyen el "ius cogens" internacional, y que nos confieren la certeza de la existencia de una conciencia y convicción moral universal que va desde Nüremberg a la Haya y que proclama que ciertos delitos atentatorios de derechos humanos básicos, ejecutados en virtud de un plan y de manera generalizada, deben ser perseguidos siempre y por todos, en cualquier confín de la tierra.

De ahí que, como bien afirmará Pérez Pérez son inadmisibles las disposiciones de prescripción y el establecimiento de eximentes de responsabilidad, que pretendan impedir la investigación y el castigo de los responsables de graves violaciones de los derechos humanos, como la tortura, las ejecuciones sumarias, extrajudiciales o arbitrarias, y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas, por violar derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Cf. Pérez Pérez, Alberto: "*Las gravísimas violaciones de los derechos humanos*" en AA.VV.: "La América de los Derechos", Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016, pág. 94).

El ius cogens, es una locución empleada en el ámbito del D.I.P. para hacer referencia a aquellas normas de derecho imperativo o perentorio que no admiten ni la exclusión ni la alteración de su contenido, de tal modo que cualquier acto que sea contrario al mismo será declarado como nulo.

Con el ius cogens se pretende amparar los intereses colectivos fundamentales del grupo social, por lo que se explica que esta clase de normas se encuentren en una posición jerárquica superior con respecto al resto de disposiciones del ordenamiento, contraponiéndose a las normas de derecho dispositivo. Es más, constituye una aspiración que las normas de ius cogens pasen al dominio del derecho positivo nacional, que en materia de derechos humanos encuentra su satisfacción en nuestro derecho a través de los arts. 72 y 332 de la Constitución Vigente de la República.

En 2003 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos emitió una resolución especial por la que subrayaba "que los crímenes contra el derecho internacional como...(los) de lesa humanidad, constituyen una gravísima ofensa a la dignidad humana y una negación flagrante de los principios fundamentales consagrados en la Carta de la O.E.A. y de las U.N...", indicando que tales conductas no deben quedar impunes (Cf. ANTKOWIAK, Thomas: "*Principio de legalidad y de retroactividad*" en AA.VV.: "Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario", Christian STEINER y Patricia URIBE (Editores), Konrad Adenauer Stiftung, Buenos Aires, 2014, pág. 260), debiendo los jueces no sólo aplicar para su resolución la Ley interna sino también el sistema internacional y las obligaciones derivadas del ius cogens.

Por otra parte, decir que un delito es de lesa humanidad no importa la creación de un nuevo tipo penal, sino que lo que importa fundamentalmente es que determinadas características del derecho penal común no van a ser aplicadas, desplazándose las reglas de derecho interno por la reglas de derecho internacional, tal como sucede con la imprescriptibilidad, la inderogabilidad, la jurisdicción universal, etc., reglas estas que por demás no hacen a la esencia o a las garantías mínimas del indagado o condenado.

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 680/2017

Oficina: Suprema Corte de Justicia

En lo que a nosotros interesa muy especialmente y en lo referente a la prescripción, como sostuviera Graven, “La prescripción de los crímenes no constituye un derecho esencial de las personas..., no constituye una exigencia de la justicia misma..., constituye una práctica de oportunidad convertida en norma en épocas que a menudo son recientes” (Cf. “Les crimes contre l’humanité peuvent-ils bénéficier de la prescription?”, Revue Penale Suisse, T. 81).

Vale aclarar muy especialmente para evitar cualquier crítica en punto a que tal tipo de delitos importan una violación del principio de irretroactividad de la Ley penal, que la conducta a imputarse al sujeto deberá ser la existente al tiempo de su comisión, preferentemente por el orden jurídico interno que prevé todos los elementos del tipo con una taxatividad tal que brinda todas las garantías.

En cuanto a la inconstitucionalidad del art. 2 de la Ley No. 18.831 también me pronuncio por la solución desestimatoria.

La imprescriptibilidad de los delitos viene dada por su característica de delitos de lesa humanidad, aplicándose en este apartado las consideraciones realizadas en el anterior.

En lo demás, especialmente en punto a desestimar la inconstitucionalidad del art. 1, adhiero a las consideraciones formuladas por el Dr. Felipe Hounie en su fundado voto, a efectos de descartar la inconstitucionalidad denunciada.

Por los fundamentos reseñados, voto por desestimar el excepcionamiento opuesto, con costas de precepto (art. 523 del C.G.P.).