

Texto de la Sentencia

Montevideo, trece de marzo de dos mil trece.

VISTOS:

Para sentencia estos autos caratulados: “AA. DENUNCIA. EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD ARTICULOS 1, 2 Y 3 DE LA LEY NRO. 18.831”, IUE: 2-28914/2009.

RESULTANDO:

1) En autos sustanciados ante el Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 6o. Turno, comparecieron los Indagados en autos, Sres. BB, CC, DD, EE, FF y GG, promoviendo por vía de excepción la declaración de inconstitucionalidad de lo dispuesto en la Ley No. 18.831, y en especial sus artículos 1, 2 y 3 (fs. 279/285 vto.).

En apoyo de su pretensión declarativa los excepcionantes desarrollan argumentos que pueden resumirse en lo siguiente:

- En cuanto a la legitimación activa, sostienen que han sido citados en autos en calidad de indagados, lo cual “...conlleva la posibilidad de ser eventualmente procesados y condenados por el delito que en estos obrados se investiga...” (fs. 279).

En consecuencia, es innegable que ostentan la titularidad de un interés directo, personal y legítimo.

- Con relación al artículo 1o. de la Ley No. 18.831, surge evidente que, dados sus efectos retroactivos, el mismo va más allá de una derogación tácita de la Ley No. 15.848, que sólo operaría hacia el futuro, determinando la anulación de la Ley de Caducidad.

- El artículo 2o. de la Ley cuestionada, dispuso, en el año 2011, que se borren los efectos producidos durante más de 25 años por los plazos procesales y de prescripción o caducidad en los procesos sustanciados respecto de los delitos comprendidos en la Ley No. 15.848 “Traducido ello a un lenguaje fácil, se dispone que los plazos vencidos no vencieron” (fs. 280).

- Por el artículo 3o. de la Ley atacada se le da efecto también retroactivo a la imprescriptibilidad de los delitos referidos.

Los delitos comprendidos en la Ley de Caducidad no son en su gran mayoría, ilícitos de lesa

humanidad, sino delitos previstos y regidos por nuestro Código Penal, más allá de su gravedad.

- La Ley impugnada, por disponer sobre materia penal con carácter retroactivo, colide con el segundo inciso del artículo 10 de la Carta, el cual al consagrar el principio de libertad veda implícitamente la retroactividad de la Ley penal, por ser ésta frontalmente contraria al accionar libre de los seres humanos.

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

- Las normas legales impugnadas, son inconciliables con el derecho constitucional a la seguridad jurídica, reconocido por el artículo 7 de la Carta.

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

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

Este al declarar que los delitos comprendidos en la Ley de Caducidad, cometidos todos ellos antes del 1o. de marzo de 1985, son crímenes de lesa humanidad, lo que trae como consecuencia su imprescriptibilidad, proyecta hacia el pasado, retroactivamente, los efectos de los artículos 7 y 29 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, aprobado por la Ley No. 17.510, de fecha 27 de junio de 2002, así como los de los artículos 7 y 19 a 25 de nuestra Ley No. 18.026, de fecha 25 de setiembre de 2006.

- La Ley 18.831, sobre todo su artículo 1o., colide frontalmente con el segundo inciso del artículo 82 de la Constitución e indirectamente con los artículos 4 y 79 (inciso segundo), así como con el principio de que el ejercicio directo de la soberanía, en los casos establecidos por el artículo 82 solo compete al Cuerpo Electoral.

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.

- Los artículos 1, 2 y 3 de la Ley No. 18.831 son retroactivos y, por ende, coliden con el artículo 10 de la Constitución y con el principio general de libertad, resultante del mismo.

- La Ley impugnada vulnera el derecho a la seguridad jurídica, resultante de la lesión de derechos adquiridos.

En la especie, quienes por nuestra condición de militares o policías en actividad antes del 1o. de marzo de 1985 podíamos ser imputados de los delitos comprendidos en el artículo 1o.

de la Ley No. 15.848, teníamos un derecho adquirido a no ser juzgados por su supuesta autoría, en virtud de haber caducado, por imperio legal, la pretensión punitiva del Estado respecto de los mismos.

Y además, éramos titulares de otros dos derechos adquiridos: el de que los plazos procesales y de prescripción de dichos delitos se computaran de conformidad con las Leyes vigentes al tiempo de su comisión y el que esos mismos delitos no fueran considerados crímenes imprescriptibles de lesa humanidad, por la elemental razón de que al tiempo de su comisión –es decir, antes del 1o. de marzo de 1985- en nuestro Derecho positivo no existían delitos imprescriptibles ni crímenes de lesa humanidad.

En definitiva, solicitaron se declare la inconstitucionalidad de la Ley No. 18.831 y su inaplicabilidad a los comparecientes.

2) Por Providencia No. 69, del 14/VI/2012, la Sra. Juez Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 6o. Turno dispuso la elevación de los autos para ante la Suprema Corte de Justicia (fs. 286).

3) Por Auto No. 1645, del 27 de julio de 2012, la Corporación dispuso conferir traslado a la parte actora y al Sr. Fiscal Letrado Nacional en lo Penal de 7o. Turno. Fecho, otorgar vista al Sr. Fiscal de Corte (fs. 290).

4) El Sr. Fiscal Letrado Nacional en lo Penal de 9o. Turno (en su calidad de subrogante de la Fiscalía de 7o. Turno), evacuando el traslado conferido y por los fundamentos que expresó en fs. 297/309 vto. solicitó “...se acceda al accionamiento incoado y en definitiva se declare la inconstitucionalidad de la Ley 18.831.”.

5) El letrado patrocinante de la denunciante evacuó el traslado, oponiéndose a la pretensión declarativa movilizada en autos (fs. 311/322).

6) El Sr. Fiscal de Corte se pronunció en Dictamen No. 3543/12, entendiendo que “...no corresponde pronunciarse sobre la constitucionalidad o no de las disposiciones legales cuestionadas por ser inaplicables al caso, salvo mejor opinión de la Corporación” (fs. 353 vto.).

7) Por Interlocutoria No. 2116, del 7 de setiembre de 2012, se dispuso el pasaje a estudio y autos para sentencia, citadas las partes (fs. 355).

#### CONSIDERANDO:

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

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

Tal como expresó la Corporación en Sentencia No. 229/2003, “...antes del ingreso al mérito de la cuestión que se somete a consideración de un órgano jurisdiccional, es preciso determinar la idoneidad de quienes actúan, en cuanto a poder pretender aquello que solicitan.

Por cierto, no se trata de la mera ‘legitimatio ad causam’, que consiste en la terminología de ilustrado procesalista, ‘...en la probable titularidad de los intereses específicos del proceso’, sino, la que él mismo llama ‘legitimación sustancial’, o sea, su ‘... efectiva titularidad...’ (Dante Barrios De Angelis, “Introducción al Proceso”, Ed. 1980; además en “El Proceso Civil”, t. 1, pág. 70).

Dicho de otro modo: si realmente, luego de sustanciado el proceso, quienes invocaron tal calidad, están en situación –concreta- de petitionar la actuación reclamada.

Ya que esta legitimación así entendida –ya se le llame ‘legitimación sustancial’, ‘legitimación en la causa’ o aun mismo, ‘legitimatio ad causam’-, es un presupuesto de la pretensión contenida en la demanda, necesario e imprescindible para que haya un proceso, no ya válido pero sí eficaz. Según lo enseña la mejor doctrina ‘Resulta evidente de lo expuesto, que la legitimación en la causa (como el llamado por algunos interés sustancial para obrar) no es un presupuesto procesal, porque lejos de referirse al procedimiento o al válido ejercicio de la acción, contempla la relación sustancial que debe existir entre el sujeto demandante o demandado y el interés sustancial discutido en el proceso. Se trata de presupuestos materiales o sustanciales para la sentencia de fondo (Hernando Devis Echandía, Teoría general del proceso, T. 1, pág. 291; Cf. Enrique Vescovi, Derecho Procesal Civil, T. II, pág. 316)’ (Sent. No. 335/97)”.

(...)

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

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

Como lo señala el Sr. Fiscal de Corte “...la excepción de inconstitucionalidad fue promovida en sede de presumario y los impugnantes poseen la calidad de indagados, tal como lo sostienen en sus respectivos escritos como sustento de la legitimación activa invocada” (fs. 330).

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

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

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

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

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

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

En el caso, los excepcionantes reclamaron la clausura y archivo de las actuaciones en virtud de entender que respecto de los hechos de autos operó la prescripción el día 28 de octubre de 2011 (fs. 259/260).

Ante ello, la Sra. Juez Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 6o. Turno, por Resolución No. 57, del 25 de abril de 2012, dispuso: “No hacer lugar a la excepción de prescripción....” (fs. 274). Entre los fundamentos de tal decisión la Sra. Juez actuante hace expreso caudal de lo dispuesto por la Ley No. 18.831.

Siendo como viene de referirse, cabe concluir que la aplicación a la situación de los excepcionantes de la norma impugnada es absolutamente cierta, puesto que en mérito a ella se les denegó la clausura de los procedimientos, afectándose así su interés directo, personal y legítimo, lo que les habilita a la promoción de la pretensión declarativa en estudio.

Por lo que viene de desarrollarse, cabe concluir que los excepcionantes ostentan en la causa la legitimación activa imprescindible para el ingreso al estudio del mérito de la cuestión.

III) El Sr. Fiscal de Corte sostiene que “...en el proceso de autos no son aplicables las normas cuya inaplicabilidad se pretende por parte de los impugnantes..., sino que lo que corresponde es cumplir la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 24 de febrero de 2011, dictada en el caso ‘XX versus Uruguay’...” (fs. 332 vto.).

III.a- En concepto de los Sres. Ministros Dres. Ruibal Pino, Larrieux y Chediak, corresponde recordar que, en el año 1985, la República Oriental del Uruguay ratificó la

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

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

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

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

Además, corresponde tener presente que “...la Corte IDH afirmó la existencia de un deber de las autoridades judiciales nacionales de seguir su jurisprudencia al resolver los pleitos internos a través de la doctrina del control de convencionalidad. Como es conocido, esta doctrina establece que los tribunales de los Estados partes deben controlar la compatibilidad de su ordenamiento jurídico con la CADH, y que al realizar este examen deben tener en cuenta ‘no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana’. De este modo, parámetro para la determinación de la ‘convencionalidad’ de una disposición del derecho interno no sería solo la CADH, sino también la jurisprudencia de la Corte IDH.

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

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

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

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

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

En el caso, nos encontramos ante un proceso de inconstitucionalidad promovido por vía de excepción, respecto del cual su resolución compete, en forma originaria y exclusiva, a la Suprema Corte de Justicia. Esta sólo puede expedirse -conforme sus facultades-

pronunciándose sobre la conformidad o no de la norma en cuestión con las reglas y principios constitucionalmente consagrados. Únicamente en ese marco corresponde emitir pronunciamiento a la Corporación en esta causa, teniendo presente que “La aceptación de la competencia de los órganos interamericanos en relación con los procesos interamericanos no altera la asignación de competencias judiciales establecida en la Constitución, ni la independencia de criterio de los jueces nacionales garantizada en ella”, Ob. Cit., pág. 433.

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

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

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

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

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

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

Como se puede apreciar, el caso en estudio no trata de la aplicación de la Sentencia de la Corte Interamericana ni de su desconocimiento, sino de efectuar por la Suprema Corte de



Justicia el control de constitucionalidad impetrado, conforme las reglas establecidas en la Carta, cuestión irrenunciable conforme lo establece nuestra Carta Magna.

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

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

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

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

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

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

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

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

interpretaciones extensivas.

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

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

III.b- Compartiendo lo precedentemente expresado, el Sr. Ministro Dr. Chalar destaca también que el Estado, como miembro de la comunidad internacional, reconoce la jurisdicción de los Tribunales Internacionales, y entre ellos, la Corte Internacional de Justicia y la Corte Penal Internacional, y asimismo, aunque no provengan de un tribunal, las decisiones del Comité de Derechos Humanos, en lo que refiere al sistema universal de protección de los Derechos Humanos.

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

Que asimismo, reconoce los principios imperativos de derecho internacional, *pacta sunt servanda* y *bona fide*, y los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre derecho de los Tratados y 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Tratados y principios que obligan a dar fiel cumplimiento a las disposiciones emanadas de los tribunales internacionales en materia de derechos humanos.

Ello impone, pues, continúa el Dr. Chalar, además de la plena observancia de las normas y principios relativos a Derechos Fundamentales de la Constitución, el respeto de la normativa que, precisamente y para empezar, se invoca por fundamento de la referida sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (i.a., Carta de la OEA, Convención Americana sobre Derechos Humanos), en pie de igualdad con la necesaria aplicación de las normas protectoras de Derechos Humanos del sistema universal del cual el Uruguay es igualmente parte (lo que, por lo demás, se establece en el art. 29 de la Convención). Por lo que, entonces, concluye, obviamente, nunca cabría soslayar principios constitucionales de garantía de Derechos Humanos o Fundamentales, del propio Estado que acepta la jurisdicción de la Corte Interamericana, como tampoco los que imponen los referidos sistemas americano y universal de protección de esos derechos.

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

Y esto, señala (tal como se hiciera antes), es especialmente insoslayable para los órganos jurisdiccionales nacionales que deben garantizar la plena vigencia de los llamados Derechos Humanos o Derechos Fundamentales (art. 23 de la Constitución). Punto que reviste importancia a la luz de conclusiones de la sentencia de la CIDH a que hace referencia el Sr. Fiscal de Corte, tales como la contenida en su párrafo 254, en cuanto allí se expresa:

“En consecuencia, el Estado debe disponer que ninguna norma análoga, como prescripción, irretroactividad de la Ley penal, cosa juzgada, non bis in idem o cualquier excluyente similar de responsabilidad sea aplicada...”.

Consecuencia cuya lectura inmediatamente conduce a repasar las normas de la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos, la que consagra como garantía de tales Derechos la irretroactividad de la Ley penal (art. 9); que el inculcado absuelto por una sentencia firme (i.e., cosa juzgada) no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos (non bis in idem, art. 8 nal. 4); la prohibición a los Estados partes de desconocer el principio de no retroactividad de la Ley penal, y esto hasta en las llamadas situaciones de excepción que impliquen suspensión de ciertas garantías (art. 27 nal. 2). Como también, ineludiblemente, las normas de interpretación de la Convención de su art. 29: “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

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

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

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

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).

Tanto como es de mencionar la existencia de una extensa normativa del sistema universal que obliga al Estado uruguayo.

Porque en efecto, nuestro Estado como parte del sistema universal de protección de los Derechos Humanos, ratificó los Pactos de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de Derechos Civiles y Políticos por Ley No. 13.751, y su Protocolo Facultativo que habilita a presentar denuncias de violaciones de Derechos Humanos contenidos en el Pacto ante el

órgano de contralor de cumplimiento del mismo (Comité de Derechos Humanos de la ONU).

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

Y en tal sentido, cabe destacar diversas normas del Pacto de Derechos Civiles y Políticos: el art. 2 (obligación de respetar y garantizar los derechos reconocidos en el Pacto a todos los individuos que se encuentren en su territorio), el art. 5 (ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender acciones o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades 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 ellos derechos y la recepción de denuncias de particulares que consideren que sus derechos y libertades han sido violados.

También Uruguay es parte del Estatuto de Roma que creara la Corte Penal Internacional que establece en su art. 20 que: “nadie será procesado por la Corte en razón de conductas constitutivas de crímenes por los cuales ya hubiere sido condenado”. A su vez el art. 22.2 dispone que “La definición de crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía. En caso de ambigüedad, será interpretada en favor de la persona objeto de investigación, enjuiciamiento o condena”. Y el art. 24 del mismo Estatuto establece la irretroactividad *ratione personae* al afirmar que: “Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor. De modificarse el derecho aplicable a una causa antes de que se dicte la sentencia definitiva se aplicarán las disposiciones más favorables a la persona objeto de la investigación, el enjuiciamiento o la condena”.

Por cuyas razones, el Sr. Ministro Dr. Chalar estima -sin dejar de coincidir con las razones expuestas antes por la mayoría, y sin perjuicio de ellas- que la opinión del Sr. Fiscal todavía podría haberse contemplado de haber demostrado que los artículos impugnados por inconstitucionalidad se ajustan a la normativa de fuente nacional e internacional que se viene de examinar; pero que esa demostración no se hizo ni se propuso, ni resulta de lo actuado en autos.

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

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

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

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

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).

El hecho investigado en la presente causa ocurrió en el mes de abril de 1982 (cfme. fs. 11).

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

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

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

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

Conforme a lo que viene de reseñarse, la aprobación e incorporación a nuestro derecho

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

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

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

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

En la medida que ello, constituye un requisito inherente a la prohibición penal derivada del artículo 15 inc. 1. del Código Penal., que está especialmente consagrado por una norma de derecho internacional, como lo es el Pacto de San José de Costa Rica, que es Ley nacional (Ley No. 15.737) y que literalmente expresa que: “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la Ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”.

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

En igual sentido opinan JIMENEZ de ASUA y JESCHECK. Dice el primero que la no retroactividad de la Ley primitiva y la extra actividad de la Ley más favorable es máxima de Derecho Constitucional, que se deduce de la regla unánimemente reconocida de que los hombres deben ser juzgados y condenados por "Ley anterior a su perpetración" (Cf. "La Ley y el delito. Principios de Derecho Penal", Ed. Hermes, 1954, pág. 165). Jescheck, por su parte, expresa que uno de los principios rectores del Estado de Derecho es el de que las normas que regulan un supuesto de hecho, no pueden luego modificarse en perjuicio de la situación jurídica del ciudadano pues, además, el delincuente, sólo puede motivarse por el mandato normativo cuando éste está configurado como Ley en el momento de la comisión del hecho. Por eso entiende que lo decisivo para la irretroactividad es la idea de la seguridad

jurídica (“...Tratado de Derecho Penal. Parte General”, Ed. BOSCH, Barcelona, vol. 1, pág. 184) (Sent. No. 70/97)”.

V) En cuanto al mérito, por tratarse de un asunto sustancialmente idéntico, resultan trasladables al subexámene los conceptos expuestos por la Corporación en Sentencia No. 20/2013, del 22 de febrero de 2013:

“Respecto de la invocada inconstitucionalidad del artículo 1o. de la Ley No. 18.831, en concepto de los Sres. Ministros Dres. Ruibal Pino, Larrieux, Chediak, Pérez Manrique y Chalar –aunque por diversos fundamentos- no le asiste razón a los excepcionantes.

En este orden, los indagados sostienen que la norma cuestionada ‘...colide frontalmente con el segundo inciso del artículo 82 de la Constitución e indirectamente con su artículo 4o. y con su artículo 79 (inciso segundo), así como con el principio de que el ejercicio directo de la soberanía, en los casos establecidos por el artículo 82 solo compete al Cuerpo Electoral’ (fs. 466). Agregan que cuando una Ley es sometida a referéndum -como lo fue la Ley 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 1 de la Ley No. 18.831, entienden los Sres. Ministros Dres. Ruibal Pino y Larrieux que como se sostuvo en la referida Sentencia de la Corporación No. 1.501/2011, la Ley No. 15.848 no consagró una amnistía, por lo que los delitos comprendidos en su artículo primero no dejaron de existir, sino que se eliminó la posibilidad de accionar para su persecución por parte del Ministerio Público. Por lo tanto la norma contenida en el artículo 1 de la Ley No. 18.831 no implicó innovación penal retroactiva alguna. A su vez, el artículo 1 de la Ley No. 15.848 fue declarado inconstitucional por la Suprema Corte de Justicia mediante Sentencia No. 365/2009, por lo que la norma en estudio viene a regular la situación, adecuándola a los preceptos constitucionales, según lo dispuesto en el fallo de la Corporación.

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

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

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

En criterio del Sr. Ministro Dr. Chediak, el ejercicio por el cuerpo electoral de la posibilidad



de referéndum sobre una determinada norma no supone que en caso de su desestimación (como ocurrió con la Ley 15.848) se 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.

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

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

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

Dichas normas disponen:

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

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

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

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

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

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

Ya en la Carta Magna de 1215 aparece este principio en el artículo 43 original y en el

Capítulo XXXI de la modificación, según el cual: 'Ningún hombre libre será detenido o en forma alguna destruido, ni procederemos en contra de él ni lo condenaremos, sino por el juzgamiento legal de sus pares, o por la Ley del país'.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Y, en el ámbito americano, es necesario tener especialmente en cuenta que este principio de irretroactividad de la Ley penal más gravosa está consagrado a texto expreso en el Pacto de San José de Costa Rica, cuyo artículo 7.2 preceptúa:

'Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las Leyes dictadas conforme a ellas'.

Por consiguiente, una Ley que prevea un aumento del término de prescripción o, lisa y llanamente, la declaración de imprescriptibilidad de cualquier delito no puede regir para situaciones ocurridas con anterioridad a su entrada en vigencia, so riesgo de vulnerar ostensiblemente un principio tan caro para cualquier Estado de Derecho que se digne de ser tal.

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

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

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

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

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

Por los fundamentos expuestos, la Suprema Corte de Justicia,

FALLA:

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

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

DESESTIMANDO EL EXCEPCIONAMIENTO EN LO DEMAS.

SIN ESPECIAL SANCION PROCESAL.

DR. RICARDO PEREZ MANRIQUE DISCORDE. DESESTIMO EL EXCEPCIONAMIENTO DE INCONSTITUCIONALIDAD INTRODUCIDO.

I) Previamente, en cuanto al pronunciamiento con relación a la legitimación de los indagados en autos, al haberse ejercitado el planteo de inconstitucionalidad en la etapa presumarial, en la que aún no se ha formulado juicio alguno sobre la probable participación de los denunciados en hechos con apariencia delictiva, coincido con lo expuesto por la mayoría.

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

Como se señala a fs. 332 vto. si toda persona indagada tiene derecho a ser defendida desde el primer momento y la actuación del Defensor da la pauta de la existencia de actividad procesal, en una etapa de instrucción –la presumarial- que es el inicio del procedimiento penal, permite entender que los indagados poseen legitimación activa para el planteamiento de la cuestión constitucional que invocan.

Máxime en el caso de autos en que solicitaron expresamente la declaración de prescripción de la persecución penal y la clausura de las actuaciones lo que fuera denegado por la a quo.

II) Ingresando al mérito, en autos tramita la denuncia de la Sra. AA respecto de la muerte de su padre Sr. HH quien falleció en el hospital militar después de un aparente intento de autoeliminación estando recluído en el penal de libertad durante el gobierno de facto.

En posición coincidente a la postulada por el Sr. Fiscal de Corte se entiende que no corresponde a la Corporación ingresar al análisis de la declaración de inconstitucionalidad petitionada por los excepcionantes en la medida que no se trata de disposiciones que resulten de aplicación al caso concreto.

Como se señala acertadamente por el Sr. Fiscal de Corte a fs. 332 vto. y ss. a partir de la reseña de las actuaciones la solución desestimatoria se impone en la medida que la normativa en análisis no es aplicable a este caso concreto.

Surge de autos que, requerido por la Juez de la causa del Poder Ejecutivo el informe a que refiere el art. 3o. de la Ley No. 15.848, comunicó a la Corporación que el caso consultado no se encuentra comprendido dentro de lo establecido por el artículo 1o. de la Ley No. 15.848. (fs. 105), por entender que la disposición legal respectiva no alcanza a los mandos que impartieron las órdenes a sus subordinados, de manera que los mandos militares y policiales quedan fuera del alcance de la Ley.

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

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

Como se señala en el dictamen fiscal referido, la norma citada deviene inaplicable en la especie en virtud de que de su propio texto surge que sólo se aplica a los delitos incluidos en el art. 1o. de la Ley No. 15.848, en tanto, si bien en primera instancia el Poder Ejecutivo los entendió comprendidos,