

Sabalsagaray Curutchet

Blanca Stella Maris

Denuncia de Excepción de Inconstitucionalidad

Arts. 1, 3 y 4 de la Ley 15.848

IUE - 97-397/2004



MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y CULTURA
Dirección de Derechos Humanos



Dirección
Nacional
de Impresiones
y Publicaciones
Oficiales

más información, más ciudadanía

**Sabalsagaray Curutchet,
Blanca Stella Maris**

**Denuncia de Excepción de
Inconstitucionalidad**

Arts. 1, 3 y 4 de la Ley 15.848

IUE - 97-397/2004

Diciembre de 2009

Impreso en
TARMA S.A. / DL. 351.801

INDICE

Recurso de Inconstitucionalidad	5
Escrito del Sr. Fiscal de Corte Dr. Rafael Ubiría	47
Evacuación Vista de Tercería	69
Informe In Voce	75
Sentencia N° 365 de la Suprema Corte de Justicia	83

Recurso de Inconstitucionalidad

*

✓

Suma: Interpone excepción de Inconstitucionalidad
Arts.1º ,3º y 4º. Ley 15.848

SEÑOR JUEZ LETRADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO PENAL DE 10º. TURNO

La FISCAL LETRADA NACIONAL DE LO PENAL DE 2º TURNO, en los autos caratulados: "SABALSAGARAY CURUTCHET Blanca Stella, Denuncia, IUE 97-397/2004, al señor Juez digo:

Que vengo promover declaración de inconstitucionalidad, por vía de excepción, con respecto a los artículos 1º, 3º y 4º de la Ley No. 15.848 de 22 de diciembre de 1986, en virtud de las consideraciones que a continuación se exponen.

I.- Se formuló en su oportunidad denuncia por parte de BLANCA STELLA SABALSAGARAY, procurando el esclarecimiento de las circunstancias en que encontró la muerte su hermana, NIBIA SABALSAGARAY, fallecida el 29 de julio de 1974, horas después de su detención por efectivos militares y/o policiales. **Consultado el Poder Ejecutivo de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 3º de la Ley No. 15.848, entendió que los hechos a investigarse se encontraban comprendidos en el artículo 1º de dicha ley. La disposición precitada prescribe que en tal caso, "el Juez dispondrá la clausura y archivo de los antecedentes"**

Según la versión oficial esta joven, de veinticuatro años de edad, se habría suicidado, suspendiéndose de un hierro amurado a la pared, destinado a sujetar una tarima que oficiaba de cama, y para ello habría utilizado un pañuelo.

Dijo textualmente el informe del Poder Ejecutivo: *"En dicho expediente se ha denunciado que el 29 de junio de 1974 se habría producido el homicidio de la Sra. Nibia Sabalsagaray Curutchet en el entonces Batallón de Ingenieros No. 5 donde la última había sido conducida, luego de ser detenida en la misma fecha. Por consiguiente, en relación a los funcionarios militares y policiales –no así en el caso de los civiles intervinientes – opera la caducidad de la pretensión punitiva del Estado respecto del delito denunciado, tal como lo prescribe el artículo 1º de la ley No. 15.848 de 22 de diciembre de 1986".*

En la especie la indagatoria continuó hasta el presente, teniendo en cuenta que eventualmente existirían sujetos implicados en los hechos no comprendidos en la ley (civiles, de conformidad con los términos de la denuncia) a los que, de estimarse probada la comisión de delito, podría atribuirse responsabilidad en él.

Está fuera de discusión entonces que, en el sistema instaurado por la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, no puede encaminarse la indagatoria contra los funcionarios militares y eventualmente policiales, equiparados o asimilados que hubieren actuado en el procedimiento, en ocasión del cumplimiento de sus funciones y por orden de los mandos, porque así lo entendió el Poder Ejecutivo en su informe.

La función judicial queda por ello fuertemente restringida y en el caso deberá ahora paralizarse, al menos para los sujetos que ampara la ley de Caducidad. Ello se ha vuelto patente en el decurso del presumario. **La aplicación de los artículos que se cuestionan deviene entonces necesaria e ineludible, requisito que este accionamiento reclama.**

A esta altura de la indagatoria no resultan indicios de la intervención de civiles y la Fiscalía no puede continuar la investigación sobre la eventual responsabilidad de militares,

que se encuentran necesariamente amparados por la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado.

Aún cuando la Sede dispusiera la formación de pieza, con testimonio de las actuaciones para precisar si se indaga a individuos exceptuados, **el expediente principal, y con relación a funcionarios militares y policiales, equiparados y asimilados, respecto de este presunto delito, cometido en ocasión del cumplimiento de sus funciones y en ocasión de acciones ordenadas por los mandos durante el período de facto, debe ser clausurado (art. 3º) porque el Poder Ejecutivo comunicó oportunamente que se hallaba comprendido en el art. 1º de la precitada Ley.**

II.- En primer término, es necesario puntualizar que participo de los conceptos contenidos en la magistral exposición de quien fuera Ministro de la Suprema Corte de Justicia, Doctor NELSON GARCÍA OTERO, reiterados en sus discordias (Sentencias de la Suprema Corte de Justicia posteriores al dictado de la ley multicitada que, en mayoría, desestimaron excepciones de inconstitucionalidad)

Es así que el Magistrado, luego de sintetizar el proceso que llevó a la sanción y promulgación de la ley, y remitiéndose a las actas de las sesiones respectivas (Cámara de Senadores, Diario de Sesiones Tomo 304, págs. 7 a 10 y 14 a 15 del No. 165, págs. 21, 26, 29 y 33 del No.166, págs. 71, 77 a 82, 105, 106, 108, 115, 128 del No. 167, Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados No, 1927 del Tomo 627, págs.. 170, 191, 192, 193, 209 y 221), concluye fundadamente que: **“Se documentó allí por extenso que la ley núm 15.848 se sancionaba para posibilitar que no se cumpliera con lo dispuesto en el art. 253 de la Constitución. Eso basta, a mi entender, para tachar de inconstitucional de las normas de la referida ley, los arts. 1º. 3º. Y 4º”**

“Por decisiones jurisdiccionales firmes se resolvió así que la Constitución ordenaba la intervención de la justicia ordinaria para investigar delitos comunes eventualmente cometidos por militares’ . (discordia cit). En efecto, tal como el Doctor García Otero relacionó, la Suprema Corte de Justicia, con la misma integración, había resuelto antes de la sanción de la ley 1.848, que era la justicia ordinaria la competente para investigar delitos comunes eventualmente cometidos por militares. Así, por ejemplo, en Sentencia No. 488 de 26 de noviembre de 1986, dijo: **“I) Que la Suprema Corte de Justicia integrada y por mayoría de sus integrantes, considera que corresponde intervenir a la jurisdicción común u ordinaria para entender en la denuncia formulada en estos autos II) Que las reglas esenciales para determinar los alcances de la jurisdicción militar se encuentran expresamente dispuestas por el art. 253 de la Constitución de la República”**

Afirmó entonces en la Cámara el Senador Paz Aguirre: *“No voy a ocultar que estamos ante una seria crisis institucional”* *“La Suprema Corte de Justicia, fallando en la contienda de competencia planteada, es decir, sobre cual debe ser la sede en que se analicen o juzguen estos hechos ha dictado ya las sentencias y continuará haciéndolo sobre esa base en los días próximos, esto es, de que es competente la Justicia Penal Ordinaria”*. *“Por su parte, las Fuerzas Armadas han declarado que más allá de la sujeción que hoy sienten hacia la Constitución y la ley, por todos aquellos actos cumplidos por oficiales en el pasado, que hayan obedecido a órdenes emanadas de la superioridad, en función de la jerarquía – cosa que es inherente a la organización castrense - no aceptan el juzgamiento por la vía de los Juzgados Penales Ordinarios”*. (Diario de Sesiones cit. pág. 7).

En igual sentido, se lee en el Diario de Sesiones de la Cámara de Representantes, Tomo 627, Número 1923, pág. 177, que el Diputado Santoro se refería a la *“línea de hierro”* que se mantenía a nivel militar o político –militar, y como se manejaba esa situación *“Es decir que en el país existe realmente una grave situación de crisis, como consecuencia de esta actitud*

de las Fuerzas Armadas que han expresado que de ninguna manera van a admitir ni van a facilitar que ninguno de sus integrantes sea sometido a juicio”.

III.- Esta situación de violencia moral e intimidación, tiñó todo el proceso de formación de la ley y, por consiguiente, la infracción que a continuación se señala se encuentra estrechamente correlacionada con la anterior.

Se infringieron, así, claramente las normas contenidas en los arts. 4º y 82º de la Constitución patria, en cuanto, conforme a ellas, la soberanía radica en la Nación y se ejerce directamente por el Cuerpo Electoral

El propio texto del artículo 1º deja sentado que se **reconoce** que “como consecuencia de la lógica de los hechos originados por el acuerdo celebrado entre partidos políticos y las Fuerzas Armadas en agosto de 1984..” Pero es evidente que “Ningún acuerdo político ni la lógica de los hechos subsiguientes tiene previsión constitucional que autorice desconocer lo que como principio fundamental de nuestra organización democrática establecen los arts. 4º. Y 82 de la Constitución”. “Ningún acuerdo político, y la consecuencia lógica del mismo, puede investir la representación original o delegada de la soberanía y por tanto es absolutamente inidóneo para emitir norma jurídica válida, vigente o aceptable”. (discordia cit. del Dr. García Otero).

De la misma manera, la Dra. Jacinta Balbela marcaba que la norma se inicia con un modo del verbo “reconocer”, que significa tanto como admitir, convenir que tal cosa existe o es como se dice. “Se alude indudablemente a una situación fáctica preexistente (declara o interpreta, reconoce efectos jurídicos a actos o hechos extraños al órgano representativo que se le han impuesto por lo que se ha llamado “la lógica de los hechos”.

A esa “lógica de los hechos”, aludía el senador Aguirre en esa Sesión, diciendo “*que, en mi concepto, la opción real que está planteada es entre una crisis institucional que implica el enfrentamiento, sin solución a la vista, entre el poder civil y el militar y la superación de la crisis mediante la adecuación del Derecho a los hechos. Naturalmente, ceder a la fuerza de los hechos para tener que adecuar el Derecho, sin que ello responda a nuestras íntimas convicciones, no es tarea grata, sino profundamente desagradable. Pero creo que en la vida política son muchas las tareas desagradables que no hay más remedio que asumir*” Poco más adelante: “*Creo que, como precedente, es peor el de esta situación, jamás vista en la historia del país, en que el Poder Judicial, el Poder Ejecutivo y el Parlamento – o sea todos los poderes constituidos del Estado – son desconocidos por el aparato militar*”. Finalmente cabe citar sus dichos cuando sostuvo: “*En el artículo 1º de este proyecto no hemos empleado por casualidad el verbo “reconocer”. Hemos tenido plena conciencia de que tenemos que iniciar este proyecto con una disposición que no es, como se dice, por quienes saben de Derecho, una norma constitutiva, es decir, una disposición que crea una situación jurídica nueva, sino que ella reconoce o declara una preexistente. Y cual es ella? Una situación de vigencia limitada de la Constitución, que ha impedido hacer justicia y que ha determinado la impunidad de hecho que por dos años hemos tenido que tolerar. Sólo significa reconocer que las normas constitucionales y legales que sujetan a todos los ciudadanos al Poder Judicial no funcionan respecto de los militares, por virtud de un hecho anterior*”. (Diario de Sesiones, págs.79, 81, ninguno de los resaltados corresponde a las intervenciones de los legisladores).

La “lógica de los hechos” no es fuente de derecho y es por tanto evidente la violación de los arts. 4º y 82 de la Constitución de la República, más arriba invocada.

Así lo reafirmaba la Dra. Jacinta Balbela en el fundamento de su voto disorde con el fallo de la Suprema Corte de Justicia mencionado: “Pueden ser válidas del punto de vista

substantial las motivaciones, las razones invocadas, realidad política, social, etc., para reconocer una voluntad ajena como determinante de una norma jurídica, pero formalmente hay que convenir que ese mismo reconocimiento de una fuente de derecho no reconocida por la Constitución, engendró una ley viciada de inconstitucionalidad en cuanto no es expresión de la soberanía de la Nación -art. 82 Const. Nac. – En sentido coincidente, Cassinelli Muñoz, “Cuadernos de Marcha”, No. 15, enero 1987: declaración del Colegio de Abogados del Uruguay de 30/XII/986”.

La Doctora Jacinta Balbela recordó asimismo que el Poder Judicial no había permanecido inactivo durante ese periodo de dos años, recordando las múltiples indagatorias presumariales y las contiendas de competencia tramitadas: “Es pues, en el pleno, legítimo y libre ejercicio de las potestades naturales de los jueces en la Constitución, que adviene a esta ley y deja sin contenido a uno de los aspectos más importantes de la jurisdicción: el de su actividad ejecutiva.” Ilumina su conclusión con palabras del maestro Couture: **“El contenido de la jurisdicción no se reduce a la actividad cognoscitiva de la misma sino también de su actividad ejecutiva. Conocimiento y declaración sin ejecución es despotismo y no justicia. Sólo un perfecto equilibrio entre las garantías del examen del caso y las posibilidades de hacer efectivo el resultado de ese examen, da a la jurisdicción su efectivo sentido de realizadora de la justicia”** (Estudios de Derecho Procesal Civil, Las garantías constitucionales, pág. 89).

Se pregunta Oscar López Goldaracena **cuál es la fuente de derecho inconstitucional?** “La respuesta es muy simple, **el poder militar ejercido en forma ilícita**, ya se ubique históricamente en el llamado Pacto del Club Naval o, lo que parece más evidente, en la amenaza del desacato institucional de diciembre de 1986. La norma sancionada demuestra que “la caducidad” habría operado **en un momento histórico anterior a la sanción de la ley** en razón de la “lógica de los hechos” y no por el “efecto constitutivo de la ley que en definitiva se dictó. (López Goldaracena O. Derecho Internacional y Crímenes de Lesa Humanidad, SERPAJ, 2006, pág. 68)

Las afirmaciones de los parlamentarios así permiten confirmarlo. A vía de ejemplo, el Senador Cersósimo expuso que: *“Nadie podrá decir que el proyecto que presentamos los senadores del Partido Colorado al que se refiere el Repartido 192 no expresa una verdad de cumplimiento perentorio, de resultado angustiante, de necesidad imperiosa de evitar la consecuencia que la no consagración de sus propósitos puede deparar. Éste apunta, como en su motivación se dice, a la “finalidad fundamental de resolver un tema que provoca preocupación en el país, en función de sus especiales y excepcionales características”*

El Senador Ferreira afirmó que ante su pregunta inicial había recibido *“una respuesta clara y categórica del Señor Vicepresidente de la República, ahora ratificada nada menos que por el Señor Ministro de Defensa Nacional en el sentido de que lo que está aquí en discusión no es el problema de los derechos humanos sino un problema institucional”..... “El problema es otro; se nos dice que de todas maneras nadie va a ir preso; que las Fuerzas Armadas desacatan”.*

Las sentencias de la Suprema Corte de Justicia emitidas en 1988, en mayoría, acudiendo a Coviello, afirmaron que se podía sostener que la norma en análisis “contiene en su primera parte, únicamente, tan sólo una “declaración” o “exposición de motivos”, a modo de fundamento de la norma jurídica que instituye en el texto”. En ese sentido, pues, la disposición no es otra cosa que un elemento de la ley de naturaleza formal, no sustancial o material: y admitir asimismo que la caducidad que consagra dicha norma no emana de la “lógica de los hechos” producidos en las circunstancias que menciona, sino de la ley material, que es en el caso el único procedimiento admitido en nuestro sistema jurídico para establecer indultos y amnistías. (Const. a.85, No.14)” “El reconocimiento de una situación preexistente de hechos

determinados, no puede nunca lograr una consecuencia en sí misma jurídicamente imposible: que los hechos se conviertan en ley. Porque ello significaría tanto como admitir, en un Estado de Derecho, el imperio de las circunstancias materiales y supuestamente insuperables – como lo sería, por ej. la pura fuerza – como fuente legítima de derecho. Siendo así que es sobradamente sabido que los hechos no fueron nunca fuente de derecho, sino a lo sumo inspiración”. (No subrayado en el original).

En ese sentido, se afirmó entonces que ante “*circunstancias extraordinarias*” pudo el Estado **optar** por decretar una amnistía. La sentencia en cuestión se basa en una interpretación que rehuye el texto de la norma y que también deja de lado, no sólo las explícitas manifestaciones de los legisladores, sino el contexto fáctico en que la ley se aprobó. Dice así la Suprema Corte en mayoría que “Desde luego es preciso admitir que la redacción y las expresiones utilizadas por el legislador – sin que ello signifique enjuiciarlas, sino simplemente verificarlo con cabal objetividad – se prestan a suponer que el Poder Legislativo obró, en la emergencia, declarando, admitiendo o “reconociendo” que los hechos habían producido determinado efecto jurídico (caducidad).” **“Pero esta interpretación debe rechazarse, antes que nada porque si ella fuera la exacta, supondría una grosera inconstitucionalidad, a cargo de los propios representantes de la soberanía, que precisamente son los intérpretes de la Constitución (a. 85, No. 20)”**. “No es posible, suponer que el Poder Legislativo olvide, por un solo instante que las leyes emanan de la voluntad de la soberanía, ejercida “indirectamente por los Poderes representativos” (a.82 Const.) y no por la fuerza o la inevitabilidad de ciertas circunstancias fácticas”.

Sin embargo, las manifestaciones transcritas más arriba indican, sin duda alguna, lo contrario. Que precisamente se legisló, en forma apresurada y en sesiones apenas interrumpidas, que abarcaron extensas jornadas, bajo la presión que significaba “la inevitabilidad de ciertas circunstancias fácticas”. **Se proclamó que no había posibilidad real de optar**. Tenemos así que el Senador Zumarán dijo lo siguiente: “*Señor Presidente: el señor senador Batalla que, además de colega, es amigo personal, ha dicho reiteradamente que vamos a votar una decisión empujados por una presión. Creo que es cierto; yo, al menos, me siento presionado. Tengo cuarenta y seis años -no sé si es una vida corta o larga, dependerá de la edad que tengan los demás- y creo que en este tiempo nunca me he sentido más coaccionado que ahora. Todos sabemos que el lunes se va a consumir un hecho que ha sido previamente anunciado. Ocurre que los señores militares han resuelto corporativamente no ir a declarar, no presentarse ante la Justicia. Esto, repito, lo conocemos todos. (...)“Perdonen la pasión y los decibeles, pero se trata de cosas muy hondas. Se dice que hay presión: ¿claro que la hay! ¿A quién se le pudo ocurrir que no existe presión? ¿Cómo se puede pensar que el Partido Nacional, quien juró y perjuró para decir que no, ahora dice que sí y no es bajo una presión insoportable?”*

Y el senador Carlos Julio Pereyra: “*Aquí se ha hablado de presión que se ejerce en torno al tema y eso no ha sido rechazado. Y digo que quien presiona para que se llegue a una solución no es un grupo cualquiera, de los que se encuentran en la vida de todas las sociedades y fundamentalmente en las democráticas, esos grupos de presión que todos conocemos y que se mueven para exigir al gobierno determinadas soluciones. Este no es el sindicato equis de determinados trabajadores de cualquier actividad; no es el sindicato de los trabajadores de la aguja, sino el de las Fuerzas Armadas. Es el que está ejerciendo la presión; es el sindicato de la gente armada, su agrupación. Es por ese motivo que se transforma en un peligro real y también de una tremenda ilegalidad, es una censurable e inaceptable actitud, por cuanto los hombres que en la sociedad están autorizados a portar armas con el fin de defender a la sociedad, a la soberanía nacional y al orden público, o para custodiar los derechos de los habitantes del país, pero de ningún modo para atentar contra las instituciones nacionales”*. “*Se dice que es necesario evitar la caída de las instituciones y que para ello basta con votar este proyecto, lo que finalmente significa pagar un precio para mantener*

esas instituciones democráticas del país". (Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores cit.)

La cuestión radica, por consiguiente, en la génesis y el sentido de la norma, que requieren interpretación. De las conclusiones que se extraigan dependerá como se entiende su adecuación a las pautas constitucionales.

IV.- Entendemos que la ley de caducidad no es una ley de amnistía. Esta consideración se vincula estrechamente con lo expuesto en el apartado anterior y, fundamentalmente, con la interpretación de la ley.

Tenemos, de la misma manera, que al discutirse el proyecto de ley, **los legisladores consideraron expresamente que no se trataba de una ley de amnistía, sino de la caducidad del poder-deber de castigar determinados delitos.** Si se hubiera querido sancionar una amnistía, se habría dicho en forma expresa utilizando la terminología del art. 85 numeral 14 de la Constitución; por otra parte, no se derogó el art. 5 de la Ley 15.737. (Conforme: Cassinelli Muñoz, ob. cit. Alberto Pérez Pérez, Informe a la Comisión de Constitución y Legislación de la Cámara de Senadores de 22 de diciembre de 2005, Sentencia 184/88, de 2-V-1988. La Justicia Uruguaya, caso 10.997, t. XCVI, sección 1. Fundamento de voto discordante del Dr. García Otero)

Así lo explicaba el diputado Porras Larralde: "*La gente se pregunta – reitero – si estamos considerando un proyecto de perdón, de olvido, de amnistía, de impunidad. Y yo digo que no! Estamos reconociendo la única alternativa posible ante un hecho acontecido en el país que, para nosotros, se origina en el pacto del Club Naval...*" Y más adelante: "*No se trata de votar aquí la impunidad de los delitos cometidos durante el proceso de la dictadura, el hecho real y cierto que hemos tenido presente – y en torno al cual hemos meditado, habiéndonos costado mucho adoptar una decisión – ha sido el peligro que corren las instituciones de la República y la necesidad de salvaguardarlas*". (Diario de Sesiones de la Cámara de Representantes cit.)

Recuerda el profesor Pérez Pérez que en la sesión del Senado iniciada el sábado 20 a las 15.42 horas y levantada a las 9.23 horas del domingo 21, ningún senador afirmó que lo que se estaba considerando era una ley de amnistía. Apenas si el Senador Esc. Dardo Ortiz dijo, con ironía, lo siguiente: "¿Qué es esto? ¿Una amnistía, un perdón, una preclusión, una gracia? Existen variadas etiquetas que seguramente motivarán espléndidas monografías de nuestros más distinguidos juristas. No estoy muy seguro de qué se trata y, además, siempre he tenido cierta alergia a las etiquetas y a los encasillamientos" (Informe a la Cámara de Senadores, Diario de Sesiones cit.)

El diputado Amorín Larrañaga, expresándose en la Cámara de Representantes en representación del Movimiento Nacional de Rocha, en declaración que expresaba los fundamentos de su negativa a votar el Proyecto dijo que esa bancada declaraba: "*1.-Que la solución propuesta conduce por otro camino a una amnistía y gracia que ya fue desechada.- 2.- Que su artículo 3º condiciona y limita la función de los jueces a un pronunciamiento previo del Poder Ejecutivo, incompatible con la independencia de otro Poder del Estado constitucionalmente establecida.*" (Diario de Sesiones de la Cámara de Representantes cit.)

Es decir que, ya en esa sesión, quedaron claramente establecidas las causales que viciaban la ley. A esa declaración es que refirió el diputado Santoro, dirigiéndose a sus "*queridos compañeros del Partido Nacional que manifestaban otra actitud y otra disposición*" con respecto al tema en tratamiento y recurrió como justificativo a la grave situación de crisis que provocaban las Fuerzas Armadas, que no iban a admitir que ninguno de sus integrantes fuera sometido a juicio, parlamento transcripto más arriba.

A mayor abundamiento, para que quede claro el sentido que quiso darse a la ley, están los fundados conceptos del Senador Aguirre: *“En ese momento, expliqué la razón de la particular redacción que tiene este artículo que ahora está impugnando el señor senador preopinante. Dije que las normas jurídicas, generalmente, tienen un efecto constitutivo, es decir, crear situaciones jurídicas nuevas; que esta norma jurídica, por el contrario, tiene un mero efecto declarativo. O sea, reconoce una situación jurídica preexistente, determinada por los hechos. Por supuesto, sabemos que esto no es normal en la técnica legislativa; es absolutamente excepcional; pero, en circunstancias políticas excepcionales, a veces se adaptan fórmulas jurídicas también excepcionales”*.

La conclusión a que se llega es que efectivamente se trata de una ley declarativa, y que su sanción respondió a la indebida presión ejercida sobre el Parlamento. Todo esfuerzo dialéctico desplegado para sostener lo contrario se da de bruces con lo expresado por connotados legisladores, que incluso intervinieron en su redacción. El “mandato” que el Parlamento expresó en ese texto legal no se correspondía con una libérrima decisión, es, solamente, **el reconocimiento de una situación de hecho preexistente a la constitución del gobierno democrático, que habría aparejado determinadas consecuencias.**

Como enseña el profesor Maier, en un sistema republicano, en que rige el principio básico de división de poderes emanados de la soberanía estatal, “los tribunales integrantes del poder judicial, independientes de todo poder estatal, son los encargados de aplicar la ley abstracta a los casos concretos que le son presentados, con lo cual queda comprendida la intelección necesaria de la regla eventualmente aplicable” (Maier J.B., Derecho Procesal Penal, T.I, Fundamentos, Editores del Puerto, Bs. As.1999, pág.202). En función de ello, es adecuado reivindicar las facultades de los magistrados judiciales para interpretar el alcance de los términos de esta ley (como de cualquier otra) que no parecen, por otra parte, confusos.

Si acudimos en el caso al método literal o gramatical, se tendrá presente que éste no consiste solamente “en captar el sentido de la oración legal acudiendo al significado de las palabras que lo integran, a la función de las palabras que lo integran, a la función de las palabras de conexión y a los atributos que se predica, en el contexto de la oración interpretada, sino que, antes bien, utiliza otros métodos auxiliares que permiten superar ambigüedades, equívocos e imprecisión...(omissis). Ello indica que la llamada interpretación literal o gramatical no consiste en un proceso mecánico” (op. cit. pág. 233). La llamada interpretación literal o gramatical, dice el mismo autor, no reniega de acudir al contexto de la expresión, al contrario, supone esa operación que no es la específicamente típica del método sistemático o lógico. Ros ha señalado dos tipos o modalidades de interpretación, según las circunstancias que abarca, la subjetiva y la objetiva. Se denomina interpretación subjetiva aquélla cuyo principal objetivo es descubrir la llamada “*voluntad del legislador*” en el sentido de la idea que inspiró al autor de la regla y lo que él quiso hacer. “Se entiende que la interpretación subjetiva puede contener, en ocasiones, y de hecho contiene, mayores datos y circunstancias que la interpretación objetiva. Se trata siempre de una investigación histórica, principalmente documental, acerca de la razón de ser de la norma, de la intención del “legislador” expresada en los fundamentos de la ley, pero también del contexto histórico en el cual se dictó la regla, antecedentes, legislación comparada, situación política e institucional del “legislador” histórico. Tal tipo de interpretación es, precisamente, la postulada por la exégesis, método que prevaleció mucho tiempo en la interpretación de la ley, que todavía tiene hoy sus grandes cultores y que, aunque parcialmente, se entremezcla con el llamado método sistemático o lógico”. Pues frente a la interpretación literal o gramatical y, sobre todo, a la exégesis, se ubica hoy el método de la interpretación sistemática o lógica. El método supone que el orden jurídico es un sistema y, por ello, que sus postulados son los primeros principios interpretativos, su plenitud hermenéutica (sistema cerrado) y su coherencia (falta de contradicciones); precisamente por ello no estudia las reglas como manifestaciones singulares del “legislador”, en su significado aislado, sino que eleva a la categoría de principio la necesidad de relacionar

cada regla con las demás vigentes en un orden jurídico, de modo tal de suprimir las incoherencias, e incluso las lagunas. (op. cit. págs.234, 235).

Si analizamos la ley de Caducidad ateniéndonos al significado de las palabras, inevitable es concluir que **se evitó utilizar el término amnistía, no porque se desconociera su alcance, sino porque no había voluntad de decretarla.**

Ubicándose en el contexto histórico de la sanción, hay que destacar el decisivo papel que asumió el Poder Legislativo, y en especial la **Cámara de Representantes** en el tema de la violación a los derechos humanos acaecida durante el gobierno de facto. Recién instalado el primer gobierno democrático, el 1º de marzo de 1985, se promulgó la llamada "**Ley de Reconciliación Nacional**", N° 15.737, por la cual se amnistió a los presos políticos y se conmutó la pena a quienes hubieren cometido delitos de sangre. En el **artículo 5º** de esa misma ley se decretó que "**Quedan excluidos de la amnistía los delitos cometidos por funcionarios policiales o militares, equiparados o asimilados, que fueron autores, coautores, o cómplices de tratamientos inhumanos, crueles o degradantes, de la detención de personas luego desaparecidas y por quienes hubieren encubierto cualquiera de dichas conductas. Esta exclusión se extiende asimismo, a todos los delitos cometidos aún por móviles políticos, por personas que hubieren actuado amparadas por el Poder del Estado en cualquier forma desde cargos de gobierno**"

Paralelamente, se constituyeron **dos Comisiones Investigadoras parlamentarias**, en la Cámara de Representantes, que actuaron a partir del 9 de abril de ese mismo año. Una de ellas fue la "**Comisión Investigadora sobre situación de Personas Desaparecidas y hechos que la motivaron**", que presentó su informe final el 4 de noviembre de 1985. Con integración de todos los Partidos políticos, hizo una convocatoria por la prensa a todos los que tuvieran conocimiento de los hechos. Recibió múltiples testimonios y se agregó valiosa documentación, nacional y extranjera. Sus conclusiones informan acerca de **164 desapariciones denunciadas**, 32 ocurridas en Uruguay, 127 en Argentina, 3 en Chile y 2 en Paraguay. Se reconoció la **práctica de la tortura como denominador común**, así como "*una clara vinculación de las desapariciones ocurridas en ambos territorios (Argentina y Uruguay) y la presencia de militares uruguayos, identificados en algunos casos, en las desapariciones operadas en la Argentina, apareciendo muchos de ellos a su vez vinculados a casos de desapariciones en nuestro país*" Ya en ese entonces, estudiando los casos de **niños desaparecidos** la Comisión concluyó "*en que muchos de ellos fueron entregados a familiares de los integrantes del mismo aparato represor*".

La otra Comisión constituida en esa misma época investigó el **Secuestro y Asesinato perpetrados contra los ex –legisladores Héctor Gutiérrez Ruiz y Zelmar Michelini**. Ambos fueron apresados en Buenos Aires el 18 de mayo de 1976, y sus cuerpos, con signos de tortura y acribillados a balazos fueron hallados en esa misma ciudad el 21 de ese mismo mes y año, dentro de un automóvil, junto a los de Rosario Barredo y William Whitelaw, también uruguayos. En ambos casos se remitieron los antecedentes a la justicia penal. **Estas dos Comisiones parlamentarias constituyeron un importantísimo aporte a la investigación, tanto en el primer momento, cuando se iniciaron las indagatorias judiciales, como hoy día, en que la prueba recopilada constituye uno de los soportes de los expedientes en trámite.**

En **1985 y 1986** comenzaron a procesarse judicialmente las denuncias por presuntas violaciones a los derechos humanos cometidas por los funcionarios públicos individualizados en el artículo 5º antes referido. Pero solamente acudieron a los juzgados las víctimas, sus familiares y testigos, **policías y militares no comparecieron**. Estos, como primer recurso interpusieron múltiples **contendidas de competencia**, pretendiendo la intervención de la Justicia Militar para entender en esos casos. La Suprema Corte de Justicia rechazó sistemáticamente

cada una de ellas, afirmando la competencia de la Justicia Ordinaria. Así se llegó a una situación de **virtual desacato**. Los militares no acudían a los Juzgados y, alegando la previsión de un conflicto institucional, el Parlamento en mayoría, en sesiones del jueves 18 al lunes 22 de diciembre de 1986 (fecha en que estaba prevista la necesaria comparecencia de militares en Sede judicial común), aprobó **esta Ley 15.848, conocida como ley de Caducidad**.

En su artículo 1º esta Ley preceptúa: **“Reconócese que, como consecuencia de la lógica de los hechos originados por el acuerdo celebrado entre Partidos Políticos y las Fuerzas Armadas en agosto de 1984, y a efecto de concluir la transición hacia la plena vigencia del orden constitucional, ha caducado el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado respecto de los delitos cometidos hasta el 1º de marzo de 1985 por funcionarios militares y policiales, equiparados y asimilados, por móviles políticos o en ocasión del cumplimiento de sus funciones y en ocasión de acciones ordenadas por los mandos que actuaron durante el período de facto”**.

A su vez, el artículo 3º dispone: **“A los efectos previstos en los artículos anteriores, el juez interviniente en las denuncias correspondientes, requerirá al Poder Ejecutivo que informe, dentro del plazo perentorio de treinta días de recibida la comunicación, si el hecho investigado lo considera comprendido o no en el artículo primero de la presente ley. Si el Poder Ejecutivo así lo comunicare, el juez dispondrá la clausura y el archivo de los antecedentes. Si en cambio, no contestare o informa que no se halla comprendido, dispondrá continuar la indagatoria. Desde la fecha de promulgación de esta ley, hasta que el juez reciba la comunicación del Poder Ejecutivo, quedan suspendidas todas las diligencias presumariales en los procedimientos mencionados en el inciso primero de este artículo”**.

Mientras el artículo 4º establece que: **“Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos precedentes el Juez de la causa remitirá al Poder Ejecutivo testimonios de las denuncias presentadas hasta la fecha de promulgación de la presente ley referentes a actuaciones relativas a personas presuntamente detenidas en operaciones militares o policiales y desaparecidas, así como de menores presuntamente secuestrados en similares condiciones. El Poder Ejecutivo dispondrá de inmediato las investigaciones destinadas al esclarecimiento de estos hechos. El Poder Ejecutivo, dentro del plazo de ciento veinte días a contar de la comunicación judicial de la denuncia, dará cuenta a los denunciados del resultado de estas investigaciones y pondrá en su conocimiento la información recabada”**.

Es decir que, meses después de sancionar una ley en la que no cabe duda se dictó una amnistía y se excluyó expresamente de ella a quienes habían practicado los que podían calificarse como actos de terrorismo de Estado (aunque no se empleara esa terminología), las circunstancias posteriores determinaron la declaración esa “Caducidad de la pretensión punitiva del Estado”, afirmándose, en la discusión parlamentaria, que no se trataba de una amnistía, término que expresamente no se utilizó.

Como primera conclusión, pues, ya acudiendo al método literal o a la intención del legislador manifestada explícitamente en la discusión parlamentaria se puede reafirmar que la caducidad no constituye una amnistía. Su naturaleza y propósitos están diáfananamente expuestos en los parlamentos de quienes la votaron, no puede parificarse con la ley de Pacificación Nacional No. 15.737.

En ocasión de su intervención en el Seminario Regional “Memoria, verdad, y Justicia de nuestro pasado reciente” realizado en noviembre de 2005, el Profesor Gonzalo Fernández afirmó: **“Que es la Ley de Caducidad? Para quienes no la conozcan me atrevería a decirles que, más allá de la opinión política que sobre la misma pudiera tenerse, es un mamarracho jurídico que establece, por ejemplo, que la lógica de los hechos tiene efecto jurídico y determina un efecto jurídico tan importante como la caducidad de la pretensión punitiva, la caducidad**

de la pretensión penal, es decir, la lógica de los hechos aparece en esta Ley como fuente normativa". (omissis) "y no quisiera que en este acto el profesor traicione al panelista, pero me atrevo a decirles que es muy fácil fundamentar que la Ley de Caducidad no supone una Ley de Amnistía. La amnistía en el derecho uruguayo y en todo el derecho comparado significa la extinción de la responsabilidad penal y la extinción del delito. La caducidad de la pretensión penal es sólo un presupuesto para perseguir el delito, atiene a la llamada persiguiabilidad penal del hecho" (Publicación del Ministerio de Educación y Cultura, marzo 2006, el subrayado no corresponde al original).

Si se tomara en cuenta la cita de Núñez (Derecho Penal Argentino, Parte General, págs. 159 y sigte.) en referencia a la amnistía: "*Pero, general no quiere decir incondicional ni ilimitada, Las leyes pueden ponerle restricciones y requisitos. El poder del Congreso, y de las legislaciones en su caso, es discrecional y a su criterio queda la apreciación de los motivos para concederla y condicionarla. La ley puede, por ejemplo, excluir de su beneficio a determinadas categorías de sujetos, como ser los reincidentes, los autores de crímenes comunes contrarios al derecho de gentes; o puede excluir en virtud de los móviles perseguidos por los autores, o de la naturaleza de los hechos o de las circunstancias o modalidades de la infracción*" (que la Suprema Corte en mayoría trajo a colación), podríamos, con una interpretación sistemática o lógica, llegar a la inferencia contraria.

A quien comprende, a quien beneficia, la caducidad de la pretensión punitiva del Estado? Pues solamente a los militares y policías, equiparados o asimilados que hubieren cometido determinados delitos que, conforme a las obligaciones contraídas internacionalmente por nuestro país, ya en esa fecha, **no eran amnistiables. Se excluyó de la jurisdicción penal ordinaria precisamente a los sujetos que habían cometido los más graves delitos, estableciendo una diferenciación basada solamente en el cargo que ostentaban a la fecha de comisión de los mismos. Un civil que hubiere cometido los mismos actos, en circunstancias idénticas, no resulta amparado por la ley.**

La amnistía (art. 108 del Código Penal) extingue el delito y si mediere condena hace cesar sus efectos. Aún cuando se recibiera el argumento de Núñez, obvio es que las excepciones en cuanto a la extinción de los delitos debían reconocer fundamentos racionales, tales como los que ese autor propone (sujetos reincidentes, crímenes contrarios al derecho de gentes). La coherencia del sistema penal, que surge de la llamada parte general del mismo (concepto de Maier, ya citado) así lo impone.

V.- Pero, por sobre todo, la Constitución es el patrón hermenéutico para desentrañar la voluntad de la comunidad. El poder, recordemos, la soberanía en toda su plenitud dice la Constitución, "existe radicalmente en la Nación", el Parlamento uruguayo ejerce la soberanía en forma indirecta (Korseniak, José). Esta clarísima concepción democrática supone que deberá profundizarse en el conocimiento del mandato que los constituyentes impartieron al legislador ordinario, **cuales son los parámetros a tener en cuenta para la interpretación de cualquier precepto**. En base a estos conceptos parece claro, a mi entender, que los principios constitucionales deben ser el primer fundamento a que tienen que recurrir los aplicadores del derecho.

Por lo demás, como dice Maier, el orden jurídico se afirma como una unidad de sentido –como un sistema – al menos cultural e ideológica, para la organización de una sociedad, la distribución de bienes en ella y el logro de la paz social. Esa unidad y la aspiración de compleción, traducidas en obligación de dar alguna solución a los conflictos que han tomado estado judicial, provocan la necesidad de evitar contradicciones en el sistema. Ello conduce a que la interpretación no sea tan sólo la representación de una definición semántica de una regla aislada sino, por el contrario, la búsqueda de una solución - solo una - para el caso concreto en todo el orden jurídico en general, que preside una sociedad determinada

(interpretación sistemática). Los principios contenidos en la Constitución, claramente ideológicos cumplen una función orientadora en el orden jurídico en un doble sentido: orientan al legislador para sancionar la ley, de conformidad con ellos, y orientan al juez para aplicarla, conforme a ellos. Según esta doctrina, particularmente el juez tiene el deber de resolver los problemas hermenéuticos que le son presentados con los criterios valorativos que presiden nuestra organización social, expuestos en la Constitución. (Maier Julio B. Derecho Procesal Penal cit.)

Por consiguiente, toda manifestación jurídica debe fundar su validez en la Constitución y el Derecho, en sus diferentes expresiones, es el regulador del poder que aplica el aparato estatal.

Pero además ese proceso constituyente es democrático, emana de la voluntad del pueblo. Cualquiera sea el procedimiento que se adopte para modificar el texto de la Ley Fundamental (Art. 331) debe ser sometido a la aprobación del voto popular. Y precisamente, está fuera de debate teórico que la Constitución, el ordenamiento jurídico e incluso el Estado, sólo serán legítimos cuando obedezcan a la voluntad popular.

Ahora bien. Fundamentando que los artículos 1º a 4º de la ley de Caducidad **no tienen carácter distinto a una ley ordinaria**, expresa el Profesor Alberto Pérez Pérez en su precitado Informe a la Comisión de Constitución y Legislación de la Cámara de Senadores, 5 de diciembre de 2005. (Opinión jurídica sobre el proyecto de ley por el que se interpreta el artículo 1º a 4º de la Ley N° 15.848 de 22 de diciembre de 1986): “El principio general de competencia de los órganos públicos en nuestra Constitución es que *“La soberanía en toda su plenitud existe radicalmente en la Nación, a la que compete el derecho exclusivo de establecer sus leyes, del modo que más adelante se expresará”* (art. 4º) y que dicha *“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”* (art. 82). En lo tocante a la potestad legislativa, la Constitución ha establecido (art. 83) la regla general de que *“El Poder Legislativo”* (en sentido funcional, es decir, la función legislativa) será ejercido por la Asamblea General” (en la acepción de dicha expresión en que no significa “reunión de las dos Cámaras” sino “Poder Legislativo” en sentido orgánico)¹. En otras palabras, la regla general es que la función legislativa es ejercida indirectamente por uno de los “Poderes representativos” en sentido orgánico, y no directamente por el Cuerpo Electoral o por el pueblo (a diferencia de la función constituyente, que siempre requiere la intervención del pueblo con arreglo al art. 331). Pero la Constitución también prevé (art. 79 inc. 2º) dos institutos mediante los cuales el pueblo puede ejercer directamente la soberanía de la Nación en materia legislativa: el recurso de referéndum contra las leyes y el derecho de iniciativa ante el Poder Legislativo. El inciso 2º del artículo 79 (incluido en la Constitución mediante la reforma de 1967) asigna al pueblo una importantísima intervención en el ejercicio de la función legislativa, pero no modifica el principio general ya expuesto”.

En cuanto al *“Alcance del ejercicio directo de la soberanía de la Nación en materia legislativa”* dice que “Los dos institutos de democracia directa previstos en la norma citada permiten que el pueblo diga que no a una ley sancionada por el Poder Legislativo (recurso de referéndum) o que el pueblo legisle por sí (iniciativa popular), o, si el resultado de la votación popular es contrario a lo propuesto por los promotores del recurso o la iniciativa, resuelva no hacer lugar al recurso (con lo cual la ley impugnada mantiene su vigencia sin modificaciones) o decida no legislar en el sentido proyectado”.

¹ Conforme Justino Jiménez de Aréchaga, La Constitución Nacional, 2ª ed., Cámara de Senadores, t. II, págs. 55-56.

Precisa sobre la “*Vigencia del principio general para los demás casos*: Con ser importantes, esos dos casos están perfectamente delimitados, y no alteran la vigencia del principio general de competencia del Poder Legislativo. Para que ocurriera lo contrario debería existir un texto constitucional expreso, que en nuestra Constitución no existe. Ningún texto constitucional excluye de la potestad legislativa de la Asamblea General a las normas de rango legislativo que hayan sido sancionadas por el pueblo en ejercicio directo de la soberanía (iniciativa popular), ni a las leyes sancionadas por la Asamblea General que hayan mantenido su vigencia en caso de que el pueblo no haga lugar a un recurso de referéndum. Tanto aquéllas como éstas son leyes iguales a las demás, y están sujetas a todas las normas constitucionales que se refieren a las leyes, como, en particular, al control de constitucionalidad de las leyes y al control de conformidad de las leyes respecto del derecho internacional de los derechos humanos. No puede imaginarse que el pueblo por iniciativa popular llegue a dictar una ley por la que se pretenda reimplantar la pena de muerte en el Uruguay, o vote en un referéndum por mantener una ley de ese contenido sancionada por el Poder Legislativo; pero si ese hecho inimaginable ocurriera, la ley sería claramente inconstitucional y contraria al derecho internacional de los derechos humanos, y funcionarían los medios de control previstos por el ordenamiento jurídico interno e internacional para tales hipótesis. Asimismo, la competencia general del Poder Legislativo se mantiene jurídicamente intacta respecto de la materia comprendida en las normas legislativas que queden sin efecto cuando el pueblo haga lugar a un recurso de referéndum”.

VI.- Complementando los argumentos ya expuestos, debe añadirse que, como muy bien señaló el Ministro Doctor García Otero en su discordia –y éste es uno de los puntos en que diáfananamente se percibe colisión con el texto de la Carta – **“Los artículos 3º y 4º son también inconstitucionales al atribuir al Poder Ejecutivo funciones propias del Poder Judicial que “será ejercido por la Suprema Corte de Justicia y por los Tribunales y Juzgados en la forma que estableciere la ley”, art. 233 de la Constitución.”**(omissis) “Duguít, férreo destructor del concepto mecanicista de Montesquieu, sobre separación de poderes, reconocía en la obra antes citada, pág. 159 (había referido a su Manual de Derecho Constitucional), que era lógico que se negara la separación absoluta de los poderes, siempre que se entendiera que sólo al Poder Judicial correspondía la facultad por la cual se penaban los crímenes y se juzgaban las diferencias entre particulares. Respecto a estos dos extremos, **no se discute la teoría constitucional que es función propia de los jueces, o lo que es lo mismo, son las tareas específicas a las que se refiere el art. 233 de la Constitución, poniéndolas a cargo del Poder Judicial.”** Concluye, luego de una ajustada cita del profesor Barbagelata que **“En la medida que la potestad jurisdiccional quede limitada a una previa decisión del Poder Ejecutivo, se está violando abiertamente el art. 233 de la Carta, que armónicamente en sus arts. 4º y 82º dispone que la actividad propia del servicio judicial será desempeñado por la Suprema Corte de Justicia, Tribunales y Juzgados que establezca la ley. El Poder Ejecutivo tiene absolutamente vedado, en nuestro sistema constitucional decidir si alguien está o no está en supuestos de ejercicio de la potestad soberana del Estado de aplicar penas”**

En posición concordante, la doctora Jacinta Balbela en su discordia recordó que en el régimen de la ley de Caducidad: “Es al Poder Ejecutivo a quien el magistrado instructor está obligado a requerir informes, quien determina la suerte del proceso. Su opinión, la del Ejecutivo, es decisiva sobre el punto; durante el lapso determinado por el inc. 3º del artículo 3º, quedan suspendidas todas las diligencias y la decisión que tome el Ejecutivo obliga al Juez. Si el Ejecutivo decide que el presunto delito está comprendido en las hipótesis del art. 1º, el Juez “dispondrá la clausura”, modo imperativamente imperativo. Quien comenzó siendo Juez se transforma en un mero funcionario de homologación”. Y apelando a Couture: “Es notorio que de la configuración tripartita de los poderes del Estado, surge la máxima eficiencia en el contralor. La reducción virtual, por virtud de leyes débiles y complacientes que pongan a los jueces a merced del Poder Ejecutivo, de la independencia del magistrado, va contra el

contenido dogmático de la Constitución, aunque no vaya contra su texto expreso.(ob. Cit. pág.87).

Se pone siempre énfasis en que el principio de división de poderes y, por tanto, de un poder judicial independiente, deriva de los principios básicos del Estado de derecho. El Comité de Derechos Humanos ha dicho que los principios de legalidad y del estado de derecho son inherentes al Pacto (Observación General No. 29 sobre el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, párr.16). La Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha hecho hincapié en que “el principio de legalidad, las instituciones democráticas y el estado de derecho son inseparables. En virtud de esta división no es aceptable que cualquier rama del poder interfiera en la esfera de las otras. El principio de división de poderes es la piedra fundamental de un sistema judicial independiente. **Asimismo, la independencia del poder judicial exige que éste tenga exclusiva jurisdicción sobre todos los temas de naturaleza judicial y la facultad para decidir si es un tema de naturaleza judicial o no. Como corolario, las decisiones judiciales no pueden ser cambiadas por una autoridad no judicial, salvo en los casos de mitigación o conmutación de condenas y perdones** (Principios básicos de Naciones Unidas relativos a la independencia de la judicatura, Principios 3 y 4). El Principio 3, en especial, establece: **La judicatura será competente en todas las cuestiones de índole judicial y tendrá autoridad exclusiva para decidir si una cuestión que le haya sido sometida está dentro de la competencia que le haya sido atribuida por la ley.** (Principios Internacionales sobre la independencia y responsabilidad de jueces, abogados y fiscales, Comisión Internacional de Juristas, págs. 17, 23).

Tomando la definición de Leone, citado por Vázquez Rossi, una primera aproximación a la acción penal desde una perspectiva predominantemente empírica puede conducirnos a una caracterización del instituto en el sentido fundamental de una “actividad” ejercida por determinados sujetos del Estado y encaminada a lograr por parte del órgano jurisdiccional una decisión, la que es tomada “en relación a un hecho que constituye delito” y que se supone cometido por alguien. Tal actividad implica una manifestación de voluntad de investigar para dar contenido, en su caso, a la pretensión punitiva. En consecuencia, acorde con los principios constitucionales, para que se aplique al caso concreto el Derecho Penal, es imprescindible el proceso penal (judicialidad) y para que éste pueda desenvolverse, necesita la acción (Vázquez Rossi, Jorge, Derecho Procesal Penal, T. I).

En definitiva, conforme a las pautas garantistas establecidas en la Constitución, el conflicto social que provoca el acto con apariencia delictiva, sólo puede ser dirimido en la órbita de la justicia. La investigación de los posibles ilícitos y sus circunstancias, debe realizarse por los órganos que la Carta Magna instituye y por tal razón la inconstitucionalidad de los artículos 3º y 4º de la ley No. 15.848 es manifiesta.

Núñez dice que ante la ocurrencia del hecho delictivo la potestad represiva del Estado se concreta como una acción: “La acción penal representa (...) no un derecho puramente formal de solicitar justicia ante los tribunales requiriendo la actuación de la ley penal, **sino la potestad de castigar en si misma, como Derecho sustancial constitutivo de uno de los presupuestos de la imputación penal**” (Núñez, Tratado, T II, pag.128). Considera Vázquez Rossi que lo que no admite discusión es la decisiva circunstancia de que dentro de la mecánica del moderno sistema penal la acción aparece como el necesario puente que enlaza lo sustantivo a lo aplicativo y que tiende a instrumentar la realización penal, lo que explica sobradamente que resulte el elemento inicial para la ulterior consideración de los diferentes aspectos del Derecho Procesal penal.

El ejercicio de la acción penal está reglado en el texto constitucional (no meramente en la ley) y no puede haber, por imperio de la Carta, otros sujetos titulares de ella que no sean los señalados específicamente. Tampoco es asimilable el ejercicio de la pretensión punitiva

del Estado a simples “requisitos de procedibilidad o presupuestos procesales o cuestiones previas”.

Como muy bien apunta Perciballe: “Ab ovo, se ha adjudicado al Estado, el Derecho subjetivo de castigar (*ius puniendi*) como forma de “proteger la convivencia humana de la comunidad”. Lo cual conlleva a la más palmaria expresión del Poder. Es por ello que el Derecho procesal adjetivo, realizativo, amén de imprescindible instrumento de solución de conflictos resulta, (como todo el derecho) una manifestación de poder. Más, esta simbiosis Derecho – Poder es el resultado de siglos, que tuvo como corolario lo que hoy conocemos como Estado de Derecho, esa estructura armónica entre poder y Derecho donde éste se entroniza como un límite de aquél (Alberto Binder – Introducción al derecho procesal penal –Ed. Ad Hoc, Bs. As. 1993, pág. 33, 34). Y es por ello que el **Proceso Penal** se torna en prieta síntesis, **condición y límite del poder punitivo del Estado** (G. Fernández –Seguridad Ciudadana y Reforma Procesal – Ed. FCU 1995-pág. 22; Vázquez Rossi, Derecho Procesal Penal-tomo I –Rubinzal Culzoni, Santa Fe 1997, pág.10 y 11, Binder, ob cit. pág. 53, Julio Maier –Derecho Procesal Penal I – Fundamentos –Bs.As. 1999 –pág. 473)”

Dice además que “A partir del siglo XVIII y principalmente del XIX, las ideas acendradas en el “ancien regime” así como sus principios legitimantes, comienzan a ser refutados al tamiz del análisis crítico y racional de la razón ilustrada y liberal. Así pues, la lucha contra la autoridad, la reivindicación filosófica de la dignidad humana, la búsqueda de frenos y/o garantías contra el poder y fundamentalmente la humanización de las penas, amén de las nuevas concepciones económicas y políticas, pautan los cimientos sobre los que se asentará el enjuiciamiento penal. (omissis). Es aquí, donde surgieron los principales axiomas, garantías, principios políticos morales o naturales de limitación del poder penal absoluto, que se insertaron posteriormente en las diversas cartas políticas y códigos contemporáneos basamento jurídico de nuestro estado de derecho. Surgen allí apogemas que guiarán el desarrollo de todo proceso penal **nulla poena sine crimine, nullum crimen sine lege, nulla actio sine culpa, nulla culpa sine iudicio, nullum iudicium sine accusatione**. La gran mayoría o si se quiere la totalidad de estos principios fueron inmediatamente elencados en las en ciernes cartas fundamentales. Pues a la época en que nos referimos también se debe el legado del CONSTITUCIONALISMO, es decir ese fenómeno histórico –jurídico por el cual los Estados instrumentan en estatutos escritos (verdaderos códigos políticos) ora su organización política, ora los derechos deberes y garantías de los individuos frente al Estado. En lo que atañe al juicio penal en sí, hay una vuelta al derecho romano republicano y al derecho anglosajón, que no se vio imbuido por el derecho romano- canónico y por tanto una **vuelta al principio acusatorio** con sus pautas dimanantes, publicidad, oralidad, libertad de defensa y básicamente separación estricta de funciones entre los sujetos procesales, (omissis). Así pues, se consolida la intervención estatal conforme a parámetros de hetero – composición (coactiva) del conflicto, al expropiar el castigo al titular (víctima) del conflicto aventando de ésta forma la posibilidad de la VINDICTA PRIVATA. La impronta inquisitiva por su parte, pervive aún a través del CODE D'INSTRUCTION CRIMINELLE francés de 1808, fruto de transacciones político criminales entre la ordenanza de 1670 y la ley revolucionaria de 1791. Lo cuál **significó un amalgamamiento entre principios inquisitivo y acusatorio, dando origen al manido P. MIXTO**. A partir de tal cuerpo legal se consolidó el órgano Ministerio Público, con el monopolio exclusivo de la persecución penal, aun cuando la función instructoria se mantenía ajena a él”. (omissis) “La Constitución, es antes que nada y fundamentalmente una organización del poder (Bidart Campos – El derecho constitucional del poder – Ed. Ediar- Bs. As. 1967- tomo 1 – pág. 13). Hoy se la ve entonces, como una forma de estatuir parámetros, patrones racionales de estructuración del poder. Es por ello que el Estado surge como Institución a partir de la **Carta**, que en última instancia es **una regulación y /o limitación del poder**, organizado en atención a fines determinados (pacífica convivencia) pero a la vez como garante de los derechos fundamentales preexistentes. Más, amén de ello se plasma a su vez una concepción de la sociedad, democrática, pluralista y respetuosa de los derechos

fundamentales, basada en una estricta separación de poderes y al mismo tiempo en una rígida limitación de la actuación de éstos. Es por ende **la Carta política la que en definitiva concede la legitimidad para la intervención coactiva, empero, concomitantemente impone los límites, vínculos, y aun cauces por los que necesariamente habrá de prescribirse aquella.** (Vazquez Rossi- ob.cit.- pag. 306; Luigi Ferrajoli- El estado constitucional de derecho hoy:El modelo y su divergencia de la realidad en Corrupción y estado de derecho, El papel de la jurisdicción – Ed. Trotta- Madrid- 1996- pág. 22, Klaus Tiedemann- El Derecho Procesal Penal en Introducción al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal – Ed. Derecho – Barcelona 1989- pág. 135 y ss) (omissis). Es por ello que bien puede señalarse que este verdadero **código político**, norma fundamental y fundamentadora del resto del ordenamiento jurídico, amen de fuente de derecho, contiene determinados principios básicos que dan fuertes improntas a todo aquel. Y por tanto, los axiomas, y principios garantistas estatuidos en la Carta, no traslucen proposiciones asertivas, muy por el contrario entronizan proposiciones proscriptivas que denotan, ordenan, y en ultima instancia determinan, en tanto constituyen un sustrato empírico que vincula al legislador y fundamentalmente al intérprete.(omissis) Es evidente, que **no puede haber más derecho positivo que el Constitucional** (A. Pérez Pérez – Apuntes sobre la noción de Constitución – tomo 65- pág. 164; Binder- ob. cit. pag. 95) (omissis) “la Constitución como prisma de cristal, produce la reflexión, la refracción, haz de luz de sus reglas y principios sobre el proceso.” (omissis) “Y ello se constituye en un verdadero “paradigma constitucional”, un patrón, un modelo que obliga al interprete a abrevar en las cristalinas aguas emanadas de la fuente constitucional. La idea sacral y pacticia de la carta, donde están en juego las condiciones y límites del poder punitivo del Estado en orden al individuo, conlleva necesariamente, que toda cuestión interpretativa derivada del marco normativo subconstitucional, debe atravesar el tamiz de aquella.”

Conforme al anterior desarrollo que realiza este autor, en el proceso histórico político que pautó nuestra primera LEX FUNDAMENTALIS el constituyente asumió con énfasis un modelo de enjuiciamiento criminal de índole acusatorio: “Hoy a la luz del marco constitucional que nos comprende, podemos decir que la concepción política que describe, da sentido y se concretiza en el texto basal, permite dar pábulo a que el modelo realizativo penal dimanante de aquel es eminentemente acusatorio sustancial. Y decimos **sustancial** por cuanto éste pervive a lo largo de todo el proceso sin distinción de fase alguna. Este dogma procesal pautará con una impronta indeleble el derrotero del Juicio desde sus etapas previas hasta la vía de ejecución. Derivado de ello entonces, las notas típicas serán: la oralidad, la publicidad, la continuidad y concentración pero por sobre todas las cosas **la contradicción y la más absoluta diferenciación de roles.** (omissis) “Los autores que como ya víamos adhieren al principio acusatorio de base constitucional basamentan sus ideas en las disposiciones constitucionales edictadas en los arts. 15, 16, 20 y fundamentalmente el manido **art. 22** A nuestro juicio, si bien allí están plasmadas las ideas base, no puede soslayarse que el constituyente da más pautas al respecto. Así pues: 1.- Amén de los emblemáticos y apodícticos arts. Citados, la ley básica nacional, en sendas disposiciones aisladas, da cuenta a su vez, de una separación estricta entre las funciones resolutorias y requirentes, signo de identificación del modelo. Véanse al respecto, arts. 92, 168 nral. 13, 235 nral. 3, 236, 239 nral 4 lit. a y nral. 5, 242 nral. 3, 245 nral 3 y 246. 2.-En segundo lugar, la Carta política, en las únicas oportunidades que organiza un Juicio (juicio político) lo entabla de tal forma que atribuye a la Cámara de Representantes la competencia exclusiva de acusar ante la Cámara de Senadores- art.93 quien en ultima instancia resolverá - art. 102. Este cúmulo coherente de disposiciones, **este parquet normativo, denota en forma meridiana la idea axial del modelo de enjuiciamiento penal.** En tanto se produce la escisión del modelo monocrático de intervención penal, de corte inquisitivo. El Estado, imbuido del poder punitivo desdobra formalmente su potestad a través de dos funciones claramente diferenciadas: **la función requirente**, esto es, la persecución penal o función realizativa (a cargo del M.P.) y **la función jurisdiccional** o decisoria a cargo del P.J.” (Perciballe, Ricardo, Proceso Penal en clave constitucional, en Revista de la Asociación de Magistrados del Ministerio Público y Fiscal del Uruguay, No.6, 2000).”

Establecido que la función requirente del Ministerio Público encuentra su fuente en la norma constitucional, habrá de señalarse también que es su deber funcional ejercitarla, cuando corresponda conforme a derecho, ateniéndose al principio de legalidad, también de raigambre constitucional. Aún cuando se admitiera la aplicación del principio de oportunidad, opina acertadamente Cafferata Nores que desde su punto de vista “las excepciones que se admitan al principio de legalidad **deben ubicarse no en el inicio de la acción penal, evitando su promoción, sino en el momento posterior del ejercicio, haciéndola cesar. Sólo así se lograría la explicitación pública de sus fines y la transparencia de su adopción**”. (Cafferata Nores, José I. Cuestiones actuales sobre el proceso penal,^{3ª Ed.} Del Puerto, Bs. As. 2000, Legalidad u oportunidad, pág. 32).

La ley que se cuestiona instituyó una especial situación, **el Poder Ejecutivo veda el inicio de cualquier accionamiento penal, decidiendo por sí y ante sí**. Se ha llegado a sostener, considerándola como amnistía, que extinguió el o los delitos de que se trata. En tal caso, el dato que se debe requerir al Poder Ejecutivo, que coarta irreversiblemente la actividad judicial y la función requirente, carecería de objeto. El tema vuelve a plantearse, entonces, en torno a la interpretación de su sentido.

VII.- Es claro que, cualquiera fuere su naturaleza, en el régimen de la ley de Caducidad, **determinado grupo de personas resultarán inmunes frente a la jurisdicción penal**, en razón del cargo que ostentaban a la época de comisión de los graves delitos que en ella se describen. Esta consagración de privilegio para militares o policías, violenta, a mi juicio, el principio contenido en el **art. 8º de la Constitución**.

Con respecto al principio de igualdad, existe jurisprudencia abundante en Sentencias de la Suprema Corte, a vía de ejemplo: “Con relación al alcance del principio de igualdad consagrado constitucionalmente, esta Corporación ha señalado que: ‘...no impide que se legisle para clases o grupos de personas, siempre que éstos se constituyan justa y racionalmente. Tal como explica Recasens Siches, los hombres deben ser tratados igualmente por el Derecho respecto de aquello que es esencialmente igual en todos ellos, a saber: en la dignidad personal y en los corolarios de ésta, es decir, en los derechos fundamentales o esenciales que todo ser humano debe tener. Y resulta que, en cambio, deben ser tratados desigualmente en lo que atañe a las desigualdades que la justicia exige tomar en consideración (‘Filosofía del Derecho’, p. 590). De ahí, como lo recuerda el ilustrado constitucionalista nacional Justino Jiménez de Aréchaga, la jurisprudencia norteamericana haya sustentado que ningún acto legislativo es válido si afecta claramente el principio de la igualdad de derechos garantizados por la Declaración de Derechos, pero que el mismo no se opone a que se legisle para grupos o clases de personas, a condición de que todos los comprendidos en el grupo sean igualmente alcanzados por la norma y que la determinación de la clase sea razonable, no injusta, o caprichosa, o arbitraria, sino fundada en una real distinción (La Constitución Nacional, Cámara de Senadores, t. 1 p. 367) (cf. Sent. Nº 323/94).’ (Sent. Nº 720/96).” “La pauta que debe manejar el juzgador de la constitucionalidad, debe ser la de la ‘razonabilidad de los motivos invocados por el legislador, es decir, el de que las clasificaciones legales no creen ‘clases sospechosas’, motivantes de una ‘discriminación perversa’ y por ello mismo, contraria a la normativa superior (cf. Eduard S. Corwin: La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual, p. 630). No debe existir un propósito arbitrario, hostil, y que determine la formación de grupos o clases sin un sentido de razonabilidad, en ese supuesto permitido por la misma desigualdad en que se encuentran, pues de otra forma, al mantenerse y no ser corregida, se transformaría en un ataque al propio principio de igualdad consagrado constitucionalmente” (S. Nº 312/04).”

Para ilustrar que clase de delitos resultan excluidos de la potestad de los magistrados judiciales, es del caso transcribir las expresiones de la Comisión Interamericana de Derechos

Humanos en el conocido informe 29/92, sobre Uruguay, en respuesta a denuncias formuladas por familiares de víctimas detenidas desaparecidas:

“38. La Comisión debe aquilatar, asimismo, la **naturaleza y gravedad de los hechos a que se refiere la Ley: presuntas desapariciones de personas que han sido ampliamente condenadas como violaciones de derechos humanos particularmente graves y secuestros de menores, entre otros; por lo que la necesidad social de su esclarecimiento e investigación no puede ser equiparada a la de un mero delito común** [Ver: AG/RES. 443 (IX-0/79); 666 (XIII-0/83); 742 (XIV-0/84) 950 (XVIII-0/88); 1022 (XIX-0/89) y 1044 (XX-0/90) y CIDH, informes anuales 1978; 1980/81; 1982/83; 1985/86; 1986/87 y especiales, tales como el de Argentina (1980), Chile (1985) y Guatemala (1985), todos aprobados por la Asamblea General]”.

En reciente sentencia, la Suprema Corte de Justicia analizó ese tipo de conductas (excluidas expresamente por el art. 5° de la ley No. 15.737, cuya constitucionalidad se puso en tela de juicio) y concluyó que “abstractamente consideradas, conculcan bienes jurídicos esenciales, previstos como objeto de tutela penal por normas de rango constitucional (art.7 de la Constitución Nacional) y por ende las conductas de aquéllos que eventualmente hubieren incurrido en ellas revelan mayor potencialidad dañosa. Razones todas por las que la categorización efectuada en la norma, no implica discriminación, no conculca la igualdad ni vulnera el requerimiento de que la ley debe ser, por definición, general y abstracta”. Con respecto a los sujetos exceptuados por el precitado art. 5° de la ley de Amnistía, analizó que “la exclusión se dispuso respecto de sujetos vinculados de una manera especial con el aparato estatal, en el caso los imputados se desempeñaban como funcionarios públicos. Dicho criterio de categorización ha sido utilizado reiteradamente en la legislación para definir tipos penales y para agravar penalidades (v.gr. art. 47 nal. 8 del C.P. y Leyes 17.008 y 17.060) y su adopción se sustenta en la lesividad ontológica y jurídica de las conductas delictivas perpetradas al amparo y mediante el uso de la organización estatal”

Por el contrario, en la ley No.15.848 se entiende que el Estado renunció a ejercer el “jus puniendi” sobre personas vinculadas al aparato estatal, pero ese beneficio no se extendió a todas. Por ejemplo, los civiles no están alcanzados por la eximente. Es decir que el fundamento no responde a criterios racionales, sino a la presión ejercida por los estamentos armados al momento de votarse la norma. Quienes anunciaron que no concurrirían a declarar, los que forzaban a los parlamentarios para evitar un presunto quiebre institucional, constituyeron la categoría favorecida. Asimismo, las conductas que revisten mayor gravedad ontológica y jurídica, que al decir de la Comisión Interamericana no pueden equipararse a un mero delito común, no resisten “juicio de razonabilidad” para fundar una distinción entre ciudadanos que implica una inaceptable discriminación positiva.

Por otra parte, analizando otro tramo del mismo Informe 29/92 de la Comisión Interamericana, éste permite ilustrar como la misma ley de Caducidad vulnera el derecho de todo habitante del país a tener “su día ante el tribunal”, además de las garantías inherentes al debido proceso (**arts. 12 y sigs. y 30 de la Constitución**) . Afirmó así la Comisión.

“39. La Ley examinada surtió varios efectos y afectó a numerosas partes o intereses jurídicos. **Concretamente, las víctimas, familiares o damnificados por las violaciones de derechos humanos han visto frustrado su derecho a un recurso, a una investigación judicial imparcial y exhaustiva que esclarezca los hechos, determine sus responsables e imponga las sanciones penales correspondientes.** 40. Lo que se denuncia como **incompatible con la Convención son las consecuencias jurídicas de la Ley respecto del derecho a garantías judiciales.** Uno de los efectos de la Ley que aquí se cuestiona, fue el privar a la víctima o su derecho-habiente de participar en el proceso criminal, que es el competente para investigar la comisión de los delitos denunciados, determinar la responsabilidad penal e

imponer castigos a los culpables, sus cómplices y encubridores. 41. La Comisión no discute la publicidad y oficialidad de la acción penal. Sin embargo, en Uruguay la víctima o damnificado tiene derecho a participar en el proceso penal, más allá de la formulación de la denuncia. El Código del Proceso Penal uruguayo faculta al damnificado a solicitar durante el sumario “todas las providencias útiles para la comprobación del delito y la determinación de los culpables” (Art. 80). En consecuencia, en los sistemas que lo autorizan, el acceso a la jurisdicción de la víctima de un delito deviene un derecho fundamental del ciudadano y cobra particular importancia en tanto impulsor y dinamizador del proceso criminal. 42. La cuestión de si los derechos de la víctima o sus familiares, garantizados por la legislación interna, se hallan amparados por el derecho internacional de los derechos humanos, conlleva a determinar: a. **Si esos derechos consagrados en la Constitución y las leyes de ese Estado en el momento de ocurridas las violaciones, adquirieron protección internacional mediante la posterior ratificación de la Convención y, por ende, b. si es posible abrogarlos absolutamente mediante la promulgación ulterior de una ley especial, sin violar la Convención o la Declaración Americana.** 43. El artículo 1.1 de la Convención obliga a los Estados partes “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...” 44. **El artículo 8.1 de la Convención establece: Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.** 45. **El efecto que se buscó con la Ley, y que de hecho se logró, fue impedir que los peticionarios ejercieran sus derechos reconocidos en el artículo 8.1.** 46. Al promulgar y aplicar la Ley, el Gobierno uruguayo no cumplió con la obligación de garantizar el respeto a los derechos reconocidos en el artículo 8.1, infringió esos derechos y violó la Convención. C. Con respecto al derecho a la protección judicial 47. El artículo 25.1 de la Convención estipula: Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 48. El artículo 25.2 estipula: Los Estados partes se comprometen: a. a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b. a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c. a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso. 49. Al sancionar la Ley, el Uruguay dejó de garantizar los derechos estipulados en el artículo 25.1 y violó la Convención”.

La vigencia efectiva de un sistema de justicia independiente como el nuestro, exige asegurar acceso a él en condiciones de igualdad para todas las personas, y ese impedimento que se configura con la vigencia de la ley de Caducidad, puede también vulnerar el principio de igualdad estatuido en el **artículo 8º**. Asimismo todo habitante tiene derecho de petición para ante todas y cualesquiera autoridades de la República (**artículo 30**), disposición que debe interpretarse en armonía con el **artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 4 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos**.

VIII.- Buscando una solución armónica, se trata de saber de que forma podemos y debemos interpretar los instrumentos vigentes que aseguran protección de los derechos humanos; cuales son los rasgos positivos de nuestro ordenamiento jurídico, que fundamentan el cuestionamiento de la ley de Caducidad.

A mi juicio, los presupuestos instrumentales esenciales están dados: vivimos en un Estado Republicano Social y Democrático de base constitucional, las normas jurídicas que nos rigen son emanadas de los órganos competentes y tenemos un sistema de Justicia independiente.

La expresión “Estado Social y Democrático de Derecho” fue consagrada en la Constitución española de 1978, pero encuentra ya su fundamento en desarrollos doctrinarios anteriores. La concepción liberal del Estado de Derecho respondía a la preocupación de *defender a la sociedad del Estado*, lo que pretende conseguir mediante la técnica formal de la división de poderes y el principio de legalidad. La originaria formulación del concepto de Estado de Derecho en la que la noción de legalidad suponía una síntesis de la idea liberal manifestada en la defensa de los derechos individuales, con la idea democrática concretada en la concepción de la ley como producto de la voluntad general, explica la tendencia a identificar el concepto Estado de Derecho con el principio de legalidad, que se adscribe dentro de la concepción de Kelsen: “todo Estado, por el mero hecho de serlo, es Estado de Derecho” (López Guerra, Luis, Introducción al Derecho Constitucional)

El Estado social, en cambio, supone “el intento de derrumbar las barreras que en el Estado liberal separaban a Estado y sociedad. Si el principio que regía la función del Estado liberal era la limitación de la acción del Estado, el Estado social se erige a continuación en motor activo de la vida social” “Pero la fórmula “Estado social y democrático de Derecho” supone no sólo la tentativa de someter la actuación del Estado social –a la que no se quiere renunciar– a los límites formales del Estado de Derecho sino también su orientación material hacia la democracia real. Se pretende, por esta vía, acoger una modalidad de Estado social – esto es, que tome partido efectivo en la vida social – al servicio de todos los ciudadanos”. “En cuanto social y democrático, tal Estado deberá crear condiciones sociales que favorezcan la vida del individuo pero para garantizar el control por el mismo ciudadano de tales condiciones deberá ser, además, un Estado democrático de Derecho” (Mir Puig, Santiago, Estado, Pena, Delito, Ed. B de F. Bs. As. 2006, págs 98, 99).

En el Estado social de derecho se pretende “suministrar las condiciones de acceso al goce de los derechos humanos por parte de todos los hombres y a la disponibilidad de un espacio de libertad igualmente repartido, en circulación por todos los ámbitos de la sociedad, precisamente para liberar el tramo, indispensable de recorrer, desde los derechos en que “se está” hacia el de los derechos en que “se debe estar”. Se trata de desbloquear los derechos imposibles mediante la promoción de los derechos y la satisfacción del débito político de hacerlos posibles” “Es la articulación estatal del bienestar general o bien común, que no equivale a que el Estado tome directamente a su cargo la totalidad de tareas, prestaciones y servicios que abastecen a aquel bien, pero sí a que adopte, promueva, integre y concilie políticas de bienestar, con participación de la sociedad...”. (Bidart Campos, Germán J., Teoría General de los Derechos Humanos, Ed. Astrea, Bs. As. 1991)

Puntualiza el mismo autor que “Movilizando a una sociedad activa en su pluralismo libre, en su participación y en el ejercicio vigilante del control social sobre el poder, el Estado social de derecho ensancha su horizonte de tal forma que nos permite entender e interpretar lo que Friedmann llama “el ideal democrático de justicia”, basado en tres pilares: igualdad, libertad y control definitivo por el pueblo” (Friedmann, W.G. El derecho en una sociedad en transformación).

En ponencia presentada en el V Congreso de Derecho Procesal que se celebraría en Méjico bajo el título de "Protección Procesal de los Derechos Humanos", considerándolo con relación a la República Oriental del Uruguay, escribía el profesor Arlas: “Estudiaremos aquí los distintos supuestos en que el proceso es una garantía específica de los derechos humanos consagrados en nuestra Constitución, prescindiendo ahora de la circunstancia esencial de que el proceso es, por el mero hecho de su existencia, forma de garantía de todos los derechos” Y aludía así al “Proceso que protege contra la agresión del Poder Legislativo” diciendo que **“El Poder Legislativo agrede los derechos humanos cuando dicta una norma legal que viola los textos constitucionales que los consagran y amparan: vida, libertad, honor, propiedad, expresión de pensamiento, reunión, asociación, inviolabilidad de**

domicilio, etc. etc. Para esta agresión específica contra los derechos humanos existe una protección procesal también específica: el proceso por inconstitucionalidad de las leyes” Y que “Es claro que este instituto no tiene como finalidad exclusiva la protección de los derechos humanos, sino que ampara globalmente la integridad de las normas constitucionales, pero es claro que él será un medio específico de protección de aquellos derechos cuando ellos sean violados o lesionados por la ley inconstitucional” (Arlas, José, Protección procesal de los Derechos Humanos” - LJU DOCTRINA)

IX.- La amplitud y naturaleza de los derechos garantizados en nuestro sistema constitucional, así como la estructura del estado uruguayo, proporcionan entonces condiciones para la plena vigencia de los derechos humanos y estos encuentran plena recepción en las disposiciones de los arts. 72 y 332 de la Carta.

Así estatuye el **art. 72: La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno.**

La enumeración de la Sección II de la Constitución no es pues taxativa, se incorporan implícitamente, en virtud de esa disposición un cúmulo de derechos, deberes y garantías que terminan de consolidar un marco cabal de protección de la dignidad de la persona y de los principios democráticos.

Esta norma, que tiene su origen en la Constitución de 1918, precede en el tiempo a instrumentos internacionales que consagraron expresamente estos principios, bien que su reconocimiento universal era innegable. **La fórmula empleada por el art. 72 supone entender que los derechos y garantías reconocidos en los pactos internacionales se integran en nuestra Constitución y deben ser tenidos en cuenta a la hora de interpretar el ordenamiento jurídico.** La aplicación inmediata de esos instrumentos se complementa con la regla contenida en el art. 332: **Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva sino que ésta será suplida, recurriendo a los fundamentos de las leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas.**

La doctrina y la jurisprudencia nacionales no coinciden plenamente acerca de la jerarquía de los Tratados y Pactos suscritos por la República, su relación con la normativa nacional y también en cuanto a su aplicación directa, en ausencia de norma interna. Tenemos sin embargo destacadas posiciones como la del Doctor Gros Espiell quien afirmó que, por intermedio del art. 72 los derechos en aquél contenidos podrían pasar, asimismo, a ser derechos constitucionalmente garantizados y protegidos en el Uruguay, al igual que los derechos expresamente enunciados en la Constitución (Gros Espiell, Héctor, en Anuario Iberoamericano de Justicia constitucional)

Una decisión de la Comisión Interamericana del pasado año, referida a la excesiva duración de la prisión preventiva y al derecho a ser juzgado en plazo razonable repercutió el foro local. En definitiva la decisión adoptada por la juez a quo y por el Tribunal de Apelaciones acompasó la tesis de la Comisión. No había sucedido lo mismo con la opinión contenida en el informe 29/92.

En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos hay consenso universal en cuanto a la validez de los instrumentos que los recogen y a la obligación de los Estados de aplicarlos, sin que puedan alegarse vacíos en la legislación interna, o aún contradicciones.

La más calificada doctrina es también conteste en el tema. Dice por ejemplo Zaffaroni:

“En todos los instrumentos internacionales de derechos humanos hay expresas referencias al derecho penal y al procesal penal, lo cual permite crear un cuerpo de jurisprudencia internacional de formidable importancia, que en el orden regional americano tiene como fuente la Corte Interamericana de Derechos Humanos (San José). Este cuerpo creciente de doctrina penal constituye un importante paso para el control de la arbitrariedad de gobiernos y tribunales nacionales. Si bien no todos los países que se hallan en el sistema americano de derechos humanos reconocen la competencia de la Corte Interamericana, esto carece de importancia práctica, pues la Comisión Interamericana de Derechos Humanos no opera sólo en función del Pacto de San José de Costa Rica sino también de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, de modo que la Comisión, ante injustos jushumanistas por parte de países que no reconocen la competencia de la Corte, ha adoptado la práctica de requerir a ésta un dictamen y hacerlo suyo. Dado que la Comisión tiene origen en la Carta de la OEA, puede imponer sanciones aun a los países que no han ratificado la Convención Americana, como los Estados Unidos –que fueron condenados por la ejecución de adolescentes- en función de la violación a la Declaración Americana. Los sectores tradicionalmente enemigos de los derechos humanos en la Argentina, especialmente vinculados a los genocidas de la dictadura militar de 1976-1983, adhirieron a la tesis del doble derecho, postulando una insostenible inconstitucionalidad de las ratificaciones de los tratados, con argumentos conocidos y desacreditados en el derecho internacional, pues habían sido largamente sostenidos por la ex Unión Soviética y suenan fuera del tiempo frente a la actual crisis del concepto de soberanía. La jurisprudencia fue oscilante, especialmente cuando se planteó la racionalidad del tiempo de prisión preventiva. Esta situación incierta perduró hasta que la Corte Suprema se pronunció por la tesis monista. Pese a que la Corte Suprema no hizo más que establecer lo que son principios claros de derecho internacional público y no solo de derechos humanos, que no dejan lugar a objeciones ingeniosas pero ineficaces ante los organismos y jurisdicciones internacionales, lo cierto es que nada impedía que el criterio jurisprudencial cambiase. En estas condiciones se llegó a la reforma constitucional de 1994, donde la cuestión quedó definida con lo dispuesto por el inc. 22 del art. 75 del texto vigente, que otorga jerarquía constitucional a varios instrumentos internacionales de derechos humanos, precisa el artículo 31 en el sentido de que los restantes tratados internacionales tienen jerarquía superior a las leyes y faculta al Congreso Nacional a otorgar jerarquía constitucional a otros tratados de derechos humanos. En estricta doctrina, estas disposiciones son casi innecesarias, porque es principio unánimemente aceptado en el derecho internacional público que no se admiten limitaciones de derecho interno para no cumplir la ley internacional, pero no es posible ignorar las dudas que se habían sembrado en la doctrina y en la jurisprudencia y que hacían necesaria una disposición constitucional que pusiese fin a cualquier tentativa de postular el doble derecho, permitiendo invocar en cada caso y con la necesaria seguridad, las disposiciones pertinentes como constitucionales, lo que cambia completamente la perspectiva en múltiples aspectos, tal como se ha analizado al tratar de los principios limitadores. Es necesario observar que en esta materia la reforma de 1994 siguió la tendencia del constitucionalismo moderno, que con variables menores recoge la tesis monista. En América Latina se pretende minimizar la importancia del derecho internacional de los derechos humanos, por parte de cierto sector doctrinario, que se resiste a incorporar su normativa a la elaboración dogmática. Esta tendencia desconoce la dimensión jurídica del desarrollo de este nuevo ámbito, por lo general por dificultades provenientes de un entrenamiento jurídico formalista, o bien por autores que están vinculados a posiciones políticas y a grupos responsables de gravísimos injustos jushumanistas en la región. La minimización del derecho internacional de los derechos humanos pierde de vista su general sentido histórico, reducido a un puro juego normativo, afirmando que la Declaración Universal es una mera expresión de deseos de contenido ético y no jurídico. Esta curiosa tesis, nunca sostenida seriamente en el campo jurídico, pasa por alto que si el resto del derecho no sirve para preservar los contenidos de esa declaración, no es útil al ser humano y queda reducido a un mero ejercicio del poder al servicio de los sectores hegemónicos, o sea que, deslegitimando todo el derecho como mero ejercicio del poder, se legitima cualquier

violencia que se le oponga. (Zaffaroni Eugenio R. Alejandro Alagia, Alejandro Slokar, Derecho Penal, Parte General. Ediar, Bs. As. 2000)

X.- Es así que López Goldaracena sostiene fundadamente la inconstitucionalidad y nulidad de la Ley por mandato del Derecho Internacional por Violación de los arts. 72 y 332 de la Constitución de la República. Dice así que *“Indudablemente, en tan peculiar proceso legislativo no se realizó un análisis jurídico de concordancia, ni con la Constitución de la República -como viene de verse-, ni -mucho menos- con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Toda opción política tiene límites jurídicos y, para el caso, el derecho internacional prohibía la adopción de cualquier tipo de medida que impidiera la persecución o juzgamiento de crímenes de lesa humanidad. En este contexto, la sanción de la ley de caducidad -como en otros países las leyes de punto final- implicó una solución política ciega al Derecho, constituyéndose en instrumento de ocultamiento para las violaciones a los derechos humanos ocurridas. No se tuvo en cuenta que el Derecho limitaba las opciones políticas e impedía dejar en la impunidad crímenes de lesa humanidad”* (López Goldaracena, Derecho Internacional y Crímenes contra la Humanidad, cit. Pág. 70)

El Profesor Pérez Pérez, en el Infome a la Comisión de la Cámara de Senadores, también emitió opinión, considerando la **incompatibilidad de la ley con el derecho internacional de los derechos humanos**. Dijo así textualmente que se registra: **“Una clara incompatibilidad reiteradamente declarada en el plano internacional.** – En reiteradas oportunidades y en distintos ámbitos y foros (jurisdiccionales, cuasijurisdiccionales, doctrinarios, de organizaciones no gubernamentales, etc.) se ha declarado que los artículos 1° a 4° de la Ley N° 15.848 (así como las disposiciones análogas de otros Estados) son incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos:

a) *La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su informe 29/92, de 2-X-1992, llegó a la conclusión de “que la Ley N° 15.848, del 22 de diciembre de 1986, es incompatible con el Artículo XVIII (Derecho de Justicia) de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y los Artículos 1, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos” y recomendó al Gobierno del Uruguay que otorgara a las víctimas peticionarias, o a sus derecho-habientes, una justa compensación proyecto de resolución esas violaciones, y que adoptara las medidas necesarias para esclarecer los hechos e individualizar a los responsables de las violaciones de derechos humanos ocurridas durante el período de facto.* Dicho informe se refería a varios casos de violaciones de los derechos humanos cometidos por la dictadura uruguaya, y en su argumentación la Comisión dijo, entre otras cosas, lo siguiente:

i. Que “el efecto que se buscó con la Ley” (Ley N° 15.848), “y que de hecho se logró, fue impedir que los peticionarios ejercieran sus derechos reconocidos en el Artículo 8.1”, que consagra el derecho de toda persona a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable”. Por lo tanto, **“al promulgar y aplicar la Ley, el Gobierno uruguayo no cumplió con la obligación de garantizar el respeto a los derechos reconocidos en el Artículo 8.1, infringió esos derechos y violó la Convención”**.

ii. Que **“al sancionar la Ley, el Uruguay dejó de garantizar los derechos estipulados en el Artículo 25.1”** (derecho a un recurso sencillo y rápido ante jueces o tribunales competentes que ampare a las personas contra actos que violen sus derechos fundamentales, aún cuando la violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales) **“y violó la Convención”**.

iii. Que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el alcance del Artículo 1.1 de la Convención, **“los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación** de los derechos reconocidos por la Convención”, y que a ese

respecto “Lo decisivo es dilucidar si una determinada violación a los derechos humanos reconocidos por la Convención ha tenido lugar con el **apoyo o la tolerancia del poder público** o si éste ha actuado de manera que la transgresión se haya cumplido en defecto de toda prevención o **impunemente**” (...) “El Estado está en el **deber jurídico** de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, **de investigar seriamente** con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de **identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes** y de asegurar a la víctima una adecuada reparación”; “...**si el aparato del Estado** actúa de modo que tal **violación quede impune** y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima la plenitud de sus derechos, **puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno** ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción”. La obligación de investigar “... debe tener sentido y ser **asumida por el Estado como un deber jurídico propio** y **no como una simple gestión de intereses particulares** que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que **la autoridad pública busque efectivamente la verdad**”. Por lo tanto, la Comisión entendió que, “**Al sancionar la Ley, el Uruguay dejó de cumplir plenamente con la obligación estipulada en el Artículo 1.1 y violó los derechos de los denunciantes reconocidos en la Convención**”.

b) *La Corte Interamericana de Derechos Humanos* también tuvo intervención en el tema, pues, lejos de atender las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el Gobierno de nuestro país, junto con el de Argentina, solicitó (con la firma de los cancilleres Gros Espiell y Di Tella) que la Corte emitiera una opinión consultiva sobre, entre otras cosas, la competencia de la Comisión para “calificar y dar su criterio, como fundamento de su intervención, en el caso de comunicaciones que alegan una violación a los derechos protegidos por los artículos 23, 24 y 25 de la Convención, sobre la regularidad jurídica de leyes internas, adoptadas de acuerdo con lo dispuesto por la Constitución, en cuanto a su “razonabilidad”, “conveniencia” o “autenticidad” “De hecho, era una especie de “apelación” contra lo dictaminado por la Comisión, pero el resultado fue totalmente contrario a lo esperado por los Gobiernos. En efecto, en su Opinión consultiva 13/93, de 16-VII-1993, la Corte determinó, por unanimidad, “*Que la Comisión es competente, en los términos de las atribuciones que le confieren los artículos 41 y 42 de la Convención, para calificar cualquier norma del derecho interno de un Estado Parte como violatoria de las obligaciones que éste ha asumido al ratificarla o adherir a ella, pero no lo es para dictaminar si contradice o no el ordenamiento jurídico interno de dicho Estado.*” En otras palabras, la Comisión había actuado en el correcto ejercicio de sus competencias, pues había analizado la compatibilidad de la Ley N° 15.848 con el derecho internacional de los derechos humanos, y no con el derecho interno del Uruguay. Asimismo, la Corte dijo que “*Una norma interna puede resultar violatoria de la Convención por ser irrazonable o porque no resulte “ conforme ” con ella y, por supuesto, una ley contraria a las obligaciones de un Estado derivadas de la Convención no puede ser estimada “ razonable ” ni “ conveniente ”.* La Comisión estaría facultada para emplear esos calificativos en este contexto. Ciertamente lo está para usarlos en las consideraciones globales de los casos. No obstante, debiendo las funciones de la Comisión estar ajustadas a derecho, la terminología que utilice debe ser cuidadosamente seleccionada y evitar conceptos que pudieren resultar ambiguos, subjetivos o confusos.” En su informe 29/92, la Comisión se había atendido a esos criterios.

c) *El Comité de Derechos Humanos* se ha pronunciado numerosas veces sobre el derecho de las personas a la justicia y a conocer la verdad, así como sobre los correlativos deberes de los Estados de investigar los casos de presuntas violaciones de los derechos humanos, individualizar a los responsables y aplicarles las sanciones correspondientes, indemnizar a las víctimas y tomar las medidas necesarias para que no se vuelvan a producir casos de esa índole, tanto antes como después de la Ley N° 15.848. En uno de los casos posteriores a dicha Ley (observaciones de fecha 19-VII-1994 sobre la comunicación N° 322/1988 presentada por el Sr. Hugo Rodríguez), el Comité llegó a la inequívoca conclusión siguiente:

“12.4 El Comité reafirma su posición de que amnistías por violaciones graves de los derechos humanos y las leyes tales como la Ley No. 15848 de caducidad de la pretensión punitiva del Estado, son incompatibles con las obligaciones de todo Estado parte en virtud del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. El Comité observa con profunda preocupación que la aprobación de esta ley excluye efectivamente en algunos casos la posibilidad de investigar violaciones anteriores de los derechos humanos y, por lo tanto, impide que el Estado parte pueda cumplir su obligación de facilitar un recurso efectivo a las víctimas de esas violaciones. También preocupa al Comité que, al aprobar dicha ley, el Estado parte haya contribuido a crear un ambiente de impunidad que podría socavar el orden democrático y dar lugar a otras graves violaciones de los derechos humanos.”

“En cuanto a los hechos del caso y a su calificación jurídica, presentan también enorme interés las siguientes afirmaciones del Comité:

“12.1 Con respecto al fondo de la comunicación, el Comité observa que el Estado parte no ha impugnado las alegaciones del autor de que las autoridades del régimen militar que había entonces en el Uruguay le sometieron a torturas. Teniendo presente que las afirmaciones del autor han sido sustanciadas, el Comité estima que los hechos presentados denotan que el régimen militar que había en el Uruguay violó el artículo 7 del Pacto. En este contexto, el Comité observa que, aunque el Protocolo Facultativo estipula un procedimiento para el examen de las comunicaciones individuales, el Estado parte no ha abordado las cuestiones planteadas por el autor como víctima de la tortura ni ha presentado información de ningún tipo respecto de una investigación de las alegaciones de tortura del autor. En vez de ello, el Estado parte se ha limitado a justificar, en términos generales, la decisión del Gobierno del Uruguay de adoptar una ley de amnistía”.

“12.2 En cuanto al recurso efectivo que el autor puede interponer de conformidad con el párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, el Comité considera que la aprobación de la Ley No. 15848 y la práctica ulterior en el Uruguay han hecho que la realización del derecho del autor a un recurso efectivo resulte extremadamente difícil”.

“12.3 El Comité no está de acuerdo con el Estado parte en que el Estado no tenga ninguna obligación de investigar las violaciones de derechos enunciados en el Pacto por un régimen anterior, sobre todo cuando estas violaciones incluyen delitos tan graves como la tortura. En el apartado a) del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto se estipula claramente que cada uno de los Estados Partes en el Pacto se compromete a garantizar que "toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales". En este contexto, el Comité se refiere a su Comentario general No. 20 (44) sobre el artículo 7, que prevé que las alegaciones de tortura deben ser plenamente investigadas por el Estado:

“El artículo 7 debe interpretarse conjuntamente con el párrafo 3 del artículo 2 del Pacto El derecho a presentar denuncias contra los malos tratos prohibidos por el artículo 7 deberá ser reconocido en el derecho interno. Las denuncias deberán ser investigadas con celeridad e imparcialidad por las autoridades competentes a fin de que el recurso sea eficaz.”

“El Comité ha observado que algunos Estados han concedido amnistía respecto de actos de tortura. *Las amnistías son generalmente incompatibles con la obligación de los Estados de investigar tales actos, de garantizar que no se cometan tales actos dentro de su jurisdicción y de velar por que no se realicen tales actos en el futuro. Los Estados no pueden privar a los particulares del derecho a una reparación efectiva, incluida la indemnización y la rehabilitación más completa posible.*” *El Estado parte ha sugerido que el autor siga investigando su tortura a título privado. El Comité considera que la responsabilidad de*

investigar recae en el Estado de conformidad con su obligación de proporcionar un recurso efectivo. Habiendo examinado las circunstancias de este caso, el Comité llega a la conclusión de que el autor no ha tenido un recurso efectivo”.

Puede destacarse que, ya en 1996, el Informe de la Dra. Silvia Izquierdo, en la Dirección de Derechos Humanos de la Cancillería uruguaya cuestionaba la posición mantenida por nuestro país ante el Grupo de trabajo sobre desapariciones forzadas e involuntarias, creado por resolución 20 (XXXVI) de 29.2.80 de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Dijo así la Dra. Izquierdo que: *“se ha insistido en caducidades y prescripciones para sostener la posición de Estado ante el Grupo”*. Esta posición sostuvo, **no es jurídicamente aceptable y más aún, es contraproducente. “no resulta un argumento admisible sostener la caducidad o prescripción en casos de delitos de lesa humanidad” “Existe un desarrollo muy antiguo sobre este tema y la doctrina internacionalista en materia de derechos humanos es conteste en afirmar su invalidez jurídica”**

XI.- Los criterios rectores para la interpretación en esta materia, no sólo para los juicios internacionales sino también para los de la jurisdicción doméstica, estarán dados sin lugar a dudas, por los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y esto se acepta sin conflictos en los otros países miembros de la Convención.

Así por ejemplo un fallo de la Corte Suprema de la Nación Argentina ha dicho: *“que tal como ha sido reconocido por esta Corte en diferentes oportunidades, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como las directivas de la Comisión Interamericana constituyen una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”* (Cfr. Fallos 326:2805, voto del juez Petracchi y otros – Corte Suprema de Justicia de la Nación- recurso de hecho- Simón, Julio Héctor y otros, s/privación ilegítima de libertad etc. Causa N° 17768).

El desarrollo jurisprudencial por la Comisión y la Corte Interamericana es, precisamente, la doctrina más restrictiva de la impunidad en todo el sistema internacional de los derechos humanos en palabras de Douglass Cassel (citado por Roberto Garretón en Seminario Memoria, Verdad y Justicia, Montevideo, noviembre 2005)

Es sumamente ilustrativa la opinión de la Corte Interamericana respecto a la actuación esperada de los Tribunales domésticos, descrita así en el caso ALMONACID ARELLANO VS. CHILE, Sentencia de 26 de setiembre de 2006: “123. La descrita obligación legislativa del artículo 2 de la Convención tiene también **la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular. Sin embargo, cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella.** El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana². 124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico.

² Cfr. Caso Ximenes Lopes, supra nota 14, párr. 172; y Caso Baldeón García, supra nota 14, párr. 140.

Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. **En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe 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.** 125. En esta misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que “[s]egún el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno”³. Esta regla ha sido codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

Recordemos que el artículo 2 de la Convención prescribe: Deber de adoptar Disposiciones de Derecho Interno. “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el Artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”

XII.- En el mismo caso ALMONACID ARELLANO VS. CHILE y con relación a las obligaciones a que están sujetos los Estados como signatarios de la Convención Americana, puntualizó la Corte: “110. La obligación conforme al derecho internacional de enjuiciar y, si se les declara culpables, castigar a los perpetradores de determinados crímenes internacionales, entre los que se cuentan los crímenes de lesa humanidad, se desprende de la obligación de garantía consagrada en el artículo 1.1 de la Convención Americana. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos. Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción”⁴ 111. Los crímenes de lesa humanidad producen la violación de una serie de derechos inderogables reconocidos en la Convención Americana, que no pueden quedar impunes. En reiteradas oportunidades el Tribunal ha señalado que el Estado tiene el deber de evitar y combatir la impunidad, que la Corte ha definido como “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana”⁵ Asimismo, la Corte ha determinado que la investigación debe ser realizada

³ Cfr. Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 Convención Americana Sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC- 14/94 del 9 de diciembre de 1994, Serie A No. 14, párr. 35.

⁴ Cfr. Caso Velásquez Rodríguez. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 166, y Caso Godínez Cruz. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5, párr. 175.

⁵ Cfr. Caso de las Masacres de Ituango, supra nota 14, párr. 299; Caso de la “Masacre de Mapiripán”, Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 237; Caso de la Comunidad Moiwana, Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 203.

por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la verdad y la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y castigo de todos los responsables intelectuales y materiales de los hechos, especialmente cuando están o puedan estar involucrados agentes estatales⁶. Al respecto, este Tribunal ha señalado que no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios⁷. 112. **Este Tribunal ya había señalado en el Caso Barrios Altos que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos**⁸ 113. Resulta útil destacar también que el propio Estado en el presente caso reconoció que en “principio, las leyes de amnistía o auto amnistía son contrarias a las normas de derecho internacional de los derechos humanos”⁹. 114. Por las consideraciones anteriores, **la Corte estima que los Estados no pueden sustraerse del deber de investigar, determinar y sancionar a los responsables de los crímenes de lesa humanidad aplicando leyes de amnistía u otro tipo de normativa interna. Consecuentemente, los crímenes de lesa humanidad son delitos por los que no se puede conceder amnistía**¹⁰. 117.

Esta Corte ha afirmado en varias oportunidades que [e]n el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas. Esta norma aparece como válida universalmente y ha sido calificada por la jurisprudencia como un principio evidente (“principe allant de soi”; *Echange des populations grecques et turques, avis consultatif, 1925, C.P.J.I., série B, no. 10, p. 20*). En este orden de ideas, la Convención Americana establece la obligación de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados¹⁰. 118. A la luz del artículo 2 de la Convención, tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías¹¹. Es necesario reafirmar que la obligación de la primera vertiente sólo se satisface cuando efectivamente se realiza la reforma¹². 119. Leyes de amnistía con las características descritas (*supra* párr. 116) conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad de los crímenes de lesa humanidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana e

⁶ Cfr. Caso Ximenes Lopes, *supra* nota 14, párr. 148; Caso Baldeón García, *supra* nota 14, párr. 94; y Caso de la Masacre de Pueblo Bello, Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 143.

⁷ Cfr. Caso Baldeón García, *supra* nota 14, párr. 144; Caso 19 Comerciantes, Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, párr. 192; y Caso Baena Ricardo y otros. Competencia. Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C No. 104, párr. 77.

⁸ Cfr. Caso Barrios Altos. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75. Párr. 41.

⁹ Cfr. alegatos finales escritos del Estado (expediente de fondo, Tomo III, folio 723).

¹⁰ Cfr. Caso Garrido y Baigorria. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C No. 39, párr. 68; Caso Baena Ricardo y otros. Sentencia del 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párr. 179.

¹¹ Cfr. Caso Ximenes Lopes, *supra* nota 14, párr. 83; Caso Gómez Palomino. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 136, párr. 91; y Caso de la Masacre de Mapiripán, *supra* nota 137, párr. 109.

¹² Cfr. Caso Raxcacó Reyes. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 133. párr. 87; Caso Comunidad indígena Yakye Axa, *supra* nota 5, párr. 100; y Caso Caesar. Sentencia de 11 de marzo de 2005. Serie C No. 123, párrs. 91 y 93.

indudablemente afectan derechos consagrados en ella. Ello constituye per se una violación de la Convención y genera responsabilidad internacional del Estado¹³. En consecuencia, dada su naturaleza, el Decreto Ley No. 2.191 carece de efectos jurídicos y no puede seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso, ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puede tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en Chile¹⁴.”

Son asimismo dignos de resaltar parte de los conceptos expuestos en el **CASO GOIBURÚ y otros vs. Paraguay. Sentencia de 22 de septiembre de 2006**: “128. Según fue señalado anteriormente (*supra* párr. 93), los hechos del presente caso han infringido normas inderogables de derecho internacional (jus cogens), en particular las prohibiciones de la tortura y de las desapariciones forzadas de personas. Estas prohibiciones son contempladas en la definición de conductas que se considera afectan valores o bienes trascendentales de la comunidad internacional, y hacen necesaria la activación de medios, instrumentos y mecanismos nacionales e internacionales para la persecución efectiva de tales conductas y la sanción de sus autores, con el fin de prevenirlas y evitar que queden en la impunidad. Es así como, **ante la gravedad de determinados delitos, las normas de derecho internacional consuetudinario y convencional establecen el deber de juzgar a sus responsables**. En casos como el presente, esto adquiere especial relevancia pues los hechos se dieron en un contexto de vulneración sistemática de derechos humanos –constituyendo ambos crímenes contra la humanidad– lo que genera para los Estados la obligación de asegurar que estas conductas sean perseguidas penalmente y sancionados sus autores. (...) 131. De manera consecuente con lo anterior, ante la naturaleza y gravedad de los hechos, más aún tratándose de un contexto de violación sistemática de derechos humanos, la necesidad de erradicar la impunidad se presenta ante la comunidad internacional como un deber de cooperación interestatal para estos efectos. La impunidad no será erradicada sin la consecuente determinación de las responsabilidades generales –del Estado– y particulares –penales de sus agentes o particulares–, complementarias entre sí. **El acceso a la justicia constituye una norma imperativa de Derecho Internacional y, como tal, genera obligaciones erga omnes para los Estados de adoptar las medidas que sean necesarias para no dejar en la impunidad esas violaciones, ya sea ejerciendo su jurisdicción para aplicar su derecho interno y el derecho internacional para juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables, o colaborando con otros Estados que lo hagan o procuren hacerlo**”.

XIII.- En este estado del desarrollo argumental, me ha parecido ajustado reproducir casi textualmente argumentos elaborados por IELSUR, que me fueron entregados con posterioridad a la redacción del presente escrito y cuya reproducción me fue autorizada.

Comparto plenamente lo expresado en ese trabajo y, pese a que puedan reiterarse algunos conceptos, no cabe sino la inclusión *in totum* de esta excelente producción doctrinaria, que solicito se tenga como parte integrante de mi presentación.

En primer término se estudian los **“Efectos de la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado”**

1) La vulneración de los Derechos a la Verdad e información”

“La Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, ha tenido como propósito

¹³ Cfr. Caso Barrios Altos. Interpretación de la Sentencia de Fondo. (art. 67 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 3 de septiembre de 2001. Serie C No. 83, párr. 18.

¹⁴ Cfr. Caso Barrios Altos, *supra* nota 140, párr. 44.

prevenir la investigación y la sanción correspondiente a los responsables de las graves violaciones de los derechos humanos- tratos inhumanos crueles y degradantes y detención y posterior desaparición forzada, suprimiendo el derecho de las víctimas del terrorismo de Estado a la información y a la verdad, pero privando además a la sociedad en su conjunto de los mismos derechos”.

“2) El Derecho a la verdad como derecho de carácter individual y colectivo reconocido por la Doctrina de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y por la doctrina nacional”

Asimismo como integrantes de la sociedad, nos asiste el derecho a la verdad, y tal como ha sido establecido en el Informe de la **Comisión Interamericana de Derechos Humanos** de fecha 22 de diciembre de 1999 en el caso “Ellacuria S. J. Ignacio”,

“el derecho a la verdad es un derecho de carácter colectivo que permite a la sociedad tener acceso a la información esencial para el desarrollo de los sistemas democráticos”

En forma conceptual se define el derecho a la verdad como un derecho autónomo de incidencia individual y colectiva, que aparece frente a las graves violaciones a los derechos humanos: y lo encontramos reconocido en el caso **“Velásquez Rodríguez c/Honduras”**, el cual fue presentado ante la **Corte Interamericana** de Derechos Humanos y esta expresa:

“... permite a la sociedad tener acceso a información esencial acerca de un hecho determinado y constituye un derecho particular para los familiares de las víctimas de ese hecho a saber que ocurrió. Es por ello que es un derecho de las víctimas, pero también de la sociedad. Es que las violaciones a los derechos humanos no sólo afectan a las víctimas, presos, desaparecidos y muertos sino que trascienden a la familia y a la sociedad toda. Así que el derecho a la verdad se concibe como un derecho individual pero también colectivo”

Afirmo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

“Toda la sociedad tiene el irrenunciable derecho de conocer la verdad de lo ocurrido, así como las razones y circunstancias en las que aberrantes delitos llegaron a cometerse, a fin de evitar que esos hechos vuelvan a ocurrir en el futuro...” (Sentencia del 12 de agosto de 2002, caso de Caracazo c/Venezuela, parr. 118)”

“El Dr. Adolfo Gelsi Bidart, en su obra - De Derechos, Deberes y Garantías del Hombre Común (Fundación de Cultura Universitaria – 1ª. Edición noviembre de 1987), expresaba en el Capítulo VI – Justicia y Verdad (num. 13 – pag. 98 y 99)”

“Por que cuando se dice que es darle a cada uno lo que corresponde, estamos indicando también que hay que darle a cada uno la verdad... Nada se hace en el mundo que sirva, si no esta edificado sobre la verdad... Por ello aquella frase de la Revolución de Mayo “El pueblo quiere saber de que se trata” resuena permanentemente en la vida de las sociedades democráticas; el pueblo quiere saber como se le gobierna, el pueblo quiere saber que ha pasado, por que ocurrió tal o cual hecho. Y este querer saber del pueblo esta incluido en la justicia, por que dar a cada uno lo suyo es también dar a cada uno la verdad. Nada, reiteramos se edifica, en la vida social – como en la vida individual, fuera de la verdad... Así en el momento actual (1987) en nuestro país, esta claro que aún hay cosas que todavía queremos saber y que es necesario saber para seguir adelante en nuestro camino”.

Sobre la **“La Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado y su oposición con los Principios Generales de Derecho integrantes esenciales del**

ordenamiento jurídico domestico e indisolublemente vinculados a nuestro acervo jurídico cultural”.

“La precitada ley, ha resquebrajado los cimientos de nuestro acervo cultural histórico jurídico, el cual se ha construido sobre valores positivos como el Estado de Derecho, la Democracia y los Derechos Humanos y tal como expresa la Corte Interamericana de Derechos Humanos”

“en una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros” (El Habeas Corpus bajo suspensión de garantías (art.27.2, 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos). Opinión Consultiva 0C- 8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A No. 8, parr.26)

“Estos valores positivos son definidos por la comunidad internacional como valores universales y forman parte del logro civilizador de los pueblos y se inscriben en el patrimonio común de la humanidad” (René Jean Dupuy – citado en Discurso inaugural de apertura por Adama Dieng – en Encuentro Internacional sobre “La Impunidad de los autores de violaciones graves a los derechos humanos” – Comisión Internacional de Juristas, bajo los Auspicios de Naciones Unidas -de 2 al 5 de noviembre de 1992 – en el Palacio de las Naciones Unidas – Ginebra – pag. 25 – Imprimerie Abrax – 21300 Dijòn- Chenove – France)”

Y acerca de “Los Principios Generales de Derecho y su recepción por la doctrina nacional”:

Estos valores universales, nunca fueron ajenos en nuestro ordenamiento jurídico, y es en reconocimiento de ellos que el Dr. Leslie Van Rompaey expresa:

“Enseña Real (Estudios Jurídicos en Homenaje a Couture, pag. 603) que en nuestro derecho es clarísima la recepción constitucional del personalismo democrático republicano. El art. 72 de la Carta implica la recepción constitucional de la esencia humanista del jusnaturalismo liberal, convirtiendo a sus elevadas finalidades en principios generales de derecho positivo” “... En el Estado social de derecho que este insigne publicista conceptualiza, esencialmente orientado a la tutela de los derechos humanos, los principios generales de derecho propios del jusnaturalismo humanista reciben consagración constitucional categórica en el artículo 72, que incluye la tutela genérica de los derechos deberes y garantías que derivan de la personalidad humana y de la forma republicana de gobierno, positivizando las soluciones generalmente admitidas por la doctrina jusnaturalista” “... Los principios generales admitidos en un ordenamiento dependen de las convicciones socialmente predominantes en un momento histórico determinado. Serán aquellas que por socialmente dominantes, se han incorporado al derecho positivo por cualquier vía y de él pueden inferirse; serán además los que los administradores y en definitiva los jueces, sometidos a los controles que el ordenamiento jurídico establezca, e inmersos –controlantes y controlados en la cultura jurídica dominante, formados en y condicionados por ella, entiendan que integran nuestro ordenamiento jurídico, por ingresar a través del art. 72 y del art. 332 o por la vía residual del art. 16 del Código Civil.” “En fermental obra Reyes Terra (El principio de buena fe en la práctica judicial civil. Pag. 16), sostenía, hace más de treinta años y desde la óptica de un magistrado cuya preocupación vital es la de satisfacer, con criterio humanista y solidarista, las demandas de justicia que la comunidad le dirige, la existencia de un derecho extra o supralegal, frente a cuyas directivas nada vale el argumento de “la ley es la ley”, “ordenes son ordenes”, a cuya sombra se han cometido tantas iniquidades, y que consagra generalmente la norma fundamental: como hace la Constitución uruguaya, al remitirse como norma interpretativa, a “los principios generales de derecho” (art. 332), e imponer como plafond inexcusable

del ordenamiento jurídico el respeto de la eminente dignidad de la persona humana (art. 72)...” (Dr. Leslie Van Rompaey – Reflexiones sobre los Principios Generales de Derecho – Anuario de Derecho Civil Uruguayo – Tomo XXX – FCU – pags. 728 y 729). Y expresa además: “Aún en el sistema de legalidad, la ley misma ofrece al juez los medios para no perder nunca de vista la justicia, para mantenerse en contacto con ella, aunque cambian los tiempos con mas velocidad que las leyes: la interpretación evolutiva, la analogía, los principios generales, ventanas abiertas al mundo por las cuales si el juez se asoma a tiempo, puede entrar el aire oxigenado de la sociedad que se renueva. Existen tiempos de estancamiento social en que el juez puede limitarse a ser el fiel escudero del legislador, el secuz que lo acompaña paso a paso, pero hay tiempos de transformación rápida en que el juez debe tener el valor de ser su precursor, su heraldo, su conductor....La Constitución con sus disposiciones programáticas no se dirige solamente al legislador para que a la larga transforme en leyes ordinarias aquel programa, sino que se dirige también a los jueces, para que, mediante la aplicación de los principios generales y la interpretación evolutiva, hagan entrar inmediatamente en sus sentencias sin aguardar la obra del legislador el respeto a las nuevas exigencias sociales que la constitución revela y consagra... Aún cuando el legislador permanezca inerte, los jueces pueden hacer que el espíritu de la Constitución viva en sus sentencias, puede ponerse en directo coloquio con ella y escuchar sus sugerencias, pueden traducirlas, día a día, a la realidad de las relaciones humanas...” (Dr. Leslie Van Rompaey – Hacia una jurisprudencia principialista –Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay VI – pag. 182 – Editorial Amalio M. Fernández –año 2004) Recalcan después “Su reconocimiento por la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, como valores universales inherentes a la persona humana”“Que tan arraigados se encuentran estos valores en la jurisprudencia nacional, incluso en los de esta Corporación, y a título meramente enunciativo destacamos que en Sentencia No. 139/97, afirma: “Muy al contrario, ni la enumeración de “... derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución...” es limitativa, en tanto dicha lista o inventario, “... no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana...””(art.72), ni “... la falta de reglamentación respectiva...” permitirá se les deje de aplicar, habida cuenta de que ello puede suplirse, “...recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales del derecho y a las doctrinas generalmente admitidas” (art.332). A lo que debe sumarse lógicamente la normativa internacional a la que ha adherido el país, y según la cual, por ejemplo, ninguna disposición de la Convención Americana de Derechos Humanos, puede ser interpretada para “...excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano...” (art. 29; además Ley No. 15.737 art. 15” (Dr. Ricardo C. Pérez Manrique – Panorama de la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia en Materia de Derechos Humanos- Revista Judicatura – Agosto 2000 – No. 41 – pag. 252) Y continúa el ex Secretario de la Suprema Corte de Justicia, “Me ha parecido esencial destacar mediante la trascripción textual la contundencia de las afirmaciones de la Corte en la materia de las que se pueden sacar las siguientes conclusiones. Para la Corte: - la Constitución Nacional no se agota en el enunciado expreso de derechos, deberes y garantías. – Por las previsiones de los artículos 72 y 332 se amplía el elenco de los mismos con aquellos inherentes a la personalidad humana o que se derivan de la forma republicana de gobierno.- Ello atrae al ámbito constitucional patrio los derechos deberes y garantías previstos en las Convenciones y Pactos Internacionales. Nuestro constituyente y la Convención Americana han adherido al jusnaturalismo, en consecuencia existen derechos que preexisten y se imponen al Estado” (obra citada pag. 253/254)”.

“Y comentando la Sentencia de la Suprema Corte de Justicia No. 675/94, referida a Derechos Del Niño a ser oído – art. 12 Convención Derechos del Niño, expresa: “Es la primera sentencia en 1994, en la cual la Corte dice, implícitamente que la Convención es auto ejecutable” (pag. 281/282).

“Es por lo expuesto que son parte integrante de la esencia misma del acervo mencionado, los derechos reconocidos y las garantías consagradas en los instrumentos internacionales

de derechos humanos, que fueron debidamente ratificados por nuestro país, tanto del ámbito universal o regional.

Del ámbito universal:

Declaración Universal de los Derechos Humanos, Ley No. 13.482 de fecha 07.07.1966, Convención para la Prevención y Sanción del Genocidio, Ley No. 13.670 de fecha 01.07.1968 – Convención Internacional sobre la eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, Ley No. 13.751 de fecha 11.07.1969 – Pactos Internacionales de Derechos Humanos y Protocolo Facultativo, Ley No. 15.798 de fecha 27.12.1985 – Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Ley 15.892 de fecha 11.09.1987 – Convención Internacional contra el Apartheid en los deportes, Ley No. 16.137 de fecha 28.09.1990 – Convención sobre los Derechos del Niño, Ley 16.279 de fecha 20.07.1992 – Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos destinado a abolir la pena de muerte;

y del ámbito regional:

Declaración Americana de los Derechos del Hombre, Ley No. 15.737 de fecha 08.03.1985 – Convención americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), Ley No. 16.294 de fecha 11.08.1992 – Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura, Ley No. 16.461 de fecha 31.12.1993 – Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la abolición de la pena de muerte, Ley No.16.519 de fecha 22.07.1994 – Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en materia de derechos económicos, sociales y culturales, Ley No. 16.724 de fecha 13.11.1995 – Convención Interamericana sobre Desaparición forzada de personas, Ley No. 16.735 de fecha 05.01.1996 – Convención para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y los siguientes Convenios de la OIT: Ley No. 13.657 de fecha 16.05.1968 – Convenio No. 105, relativo a la abolición del trabajo forzoso, Ley No. 16.063 de fecha 06.10.1989 – Convenio No. 111, relativo al discriminación en empleo y ocupación, y Ley No. 16.643 de fecha 08.12.1994. Convenio relativo al trabajo forzoso u obligatorio”.

Además sobre: **“Los Tratados de Derechos Humanos y el Reconocimiento de su integración en la legislación interna por el Parlamento uruguayo”. “Lo expresado se confirma con el Prólogo al libro “Derechos Humanos en el Uruguay – Legislación Nacional”, editado por la Cámara de Representantes XLIVa. Legislatura – 5to. Período, donde el Representante Nacional Jaime Mario Trobo expreso: “... Uruguay, por su parte ha demostrado ser un país que se ha mostrado particularmente comprometido con esta temática, en especial a través de la integración a su legislación interna de las normas aprobadas internacionalmente. La presente recopilación se constituye en un trabajo inédito, que permite compendiar instrumentos de sumo valor en una materia de inexcusable interés para todo ser humano y que demuestra el compromiso que Uruguay tiene en la promoción de sus derechos. Disponer esta edición no es más que la reafirmación del compromiso que durante todos estos años nuestro país ha asumido, tanto en la órbita interna como a nivel internacional.... No debe perderse de vista que se trata de los derechos de los integrantes de cada colectividad nacional por el sólo hecho de tener vida, y ello constituye una obligación importantísima de cualquier gobierno...”**

“Lo antedicho lleva a considerar la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado desde el punto de vista de su conflicto manifiesto con Tratados de Derechos Humanos vigentes en nuestro ordenamiento jurídico interno, y la consecuente repercusión de esa constatación sobre su concordancia con el ordenamiento constitucional vigente”.

Dicen los autores “*Que con fecha 22.12.1986, se sancionó por el Parlamento la Ley No. 15.848 denominada de la “Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado”.*”

“La misma es violatoria del derecho internacional, en mérito a que se encontraban vigentes en nuestra legislación interna, los siguientes Tratados de Derechos Humanos:

- a) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ratificado en julio de 1969 - Ley No. 13,751 del 11.07.1969*
- b) Convención Americana sobre Derechos Humanos (ratificada en marzo de 1985 – Ley No. 15.737 del 08.03.1985)*
- c) Convención Contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes, Ley No. 15,798 del 27.12.1985*
- d) Convención Interamericana para prevenir y sancionar la Tortura – Ley 16.294 del 06.12.1985 y además es importante mencionar que ya había aceptado y firmado:*
- e) La Carta de la Organización de los Estados Americanos en el año 1945 y*
- f) La Carta de las Naciones Unidas – Ley No. 16.083 del 15.12.1945.”*

“Como hemos anteriormente expresado, los tratados precitados constituyen obligaciones jurídicas vinculantes para el Estado Uruguayo, y no podía desligarse de estas obligaciones internacionales asumidas, por el simple mecanismo de aprobar una ley, como en este caso una ley de impunidad.”

“Reconocimiento por el Estado Uruguayo del carácter vinculante de los Tratados de Derechos Humanos”

“El carácter vinculante de los Tratados de Derechos Humanos, fue asimismo expresamente reconocido por el Estado Uruguayo, en su opinión escrita solicitada por la Secretaria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la consulta efectuada por la República de Colombia relativa a “ La Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana de Derechos Humanos”, remitida a todos los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos, afirmo que “ I) La Corte Interamericana de Derechos Humanos es competente para emitir opiniones consultivas sobre cualquier aspecto de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su relación con la Carta Reformada de la Organización de los Estados Americanos y con la Convención americana sobre Derechos Humanos, en los términos establecidos en el artículo 64 de esta última. II) La naturaleza jurídica de la Declaración es la de un instrumento multilateral vinculante que enuncia, define y concreta, principios fundamentales reconocidos por los Estados Americanos y que cristaliza normas de derecho consuetudinario generalmente aceptadas por dicho Estados” (Corte Interamericana de Derechos Humanos – Opinión Consultiva OC -10/89 del 14 de julio de 1989)”. VIII) La Ley de Caducidad de la pretensión Punitiva del Estado y la consagración legislativa de la impunidad de los responsables de la comisión de “delitos de lesa humanidad””

“La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha definido la impunidad como:

“la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana, toda vez que el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos

los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares.” (Corte I.D.H. Caso Ivcher Bronstein –Sentencia del 6 de febrero de 2001 y Caso Bámaco Velásquez Sentencia del 25 de noviembre de 2000)”

“Y también ha agregado reiteradamente en numerosos casos que: “El Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y sus familiares” (Corte I.D.H. Caso de la Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) Sentencia de 8 de marzo de 1998, Caso Blake. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos Sentencia del 22 de enero de 1999, Caso Loayza Tamayo. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos) Sentencia del 27 de noviembre de 1998)”

“A su vez el tema y las consecuencias de la impunidad de graves violaciones a los derechos humanos, fue debidamente examinada por las Naciones Unidas. El relator especial sobre este tema, Louis Joinet, presentó un proyecto de Conjunto de Principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, los cuales fueron aprobados por la Sub Comisión para la Protección y Promoción de los Derechos Humanos en 1997.”“La impunidad se define como: “la inexistencia, de hecho o de derecho, de responsabilidad penal por parte de los autores de violaciones de los derechos humanos, así como de responsabilidad civil, administrativa o disciplinaria, por que escapan a toda investigación con miras a su inculpación, procesamiento y, en caso de ser reconocidos culpables, condenas a penas apropiadas, incluso a la indemnización del daño causados a las víctimas” (Documento E/CN.4/Sub2/20/Rev.1- Acápite A de las Definiciones)”

Otro aspecto compartible es la **“Recepción en nuestro ordenamiento jurídico de la tesis monista con relación a la incorporación de los Tratados de Derechos Humanos y obligaciones de los Jueces”**

“No existen dudas que el país ha adoptado una posición monista con relación a la incorporación de los instrumentos internacionales a nuestro ordenamiento jurídico interno”. “Con la adopción de este sistema, ambos ordenamientos jurídicos, el de fuente internacional y nacional, se conectan y constituyen en un único sistema jurídico estrechamente relacionado.” “El artículo 6° de nuestra Constitución, hace referencia a los tratados internacionales y al derecho internacional, sin expresarse sobre la jerarquía dentro del ordenamiento jurídico interno. Pero ha sido la doctrina y jurisprudencia las que equiparan los tratados internacionales a la jerarquía de la ley.”“No obstante lo antedicho, es el juez interviniente en un caso concreto vinculado a derechos humanos, quien esta obligado a tener en cuenta al ingresar en el ámbito de la interpretación y aplicación del derecho de fuente internacional las disposiciones de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969”.

“A tales efectos el artículo 27, contiene la siguiente obligación: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”“En mérito a lo expuesto, “si un juez nacional aplica el ordenamiento jurídico interno y entra en colisión con el derecho internacional puede generar un hecho ilícito que compromete la responsabilidad internacional del Estado, ya que un Estado no puede invocar su propio derecho interno para eludir sus obligaciones internacionales. “ (Cuaderno de Análisis Jurídico – 27 Serie Seminarios junio 1993– Dogmática Constitucional y Derechos Humanos- Escuela de Derecho Universidad Diego Portales- pág. 54)”

XIV.- En lo que refiere a la violación de la Convención Americana con el dictado de la ley de Caducidad, se señala acertadamente en el mismo trabajo que **“La Corte Interamericana**

se ha pronunciado a favor del carácter de ejecución inmediata de la Convención Americana de Derechos Humanos, al afirmar que el sistema está “dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo” (Opinión Consultiva OC 7/86 del 29 de agosto de 1986 – párrafo 24)

“En su Sentencia del caso “La Última Tentación de Cristo” (Sentencia del 5 de febrero de 2001) afirma en su num. 87: “En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial. La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*). Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención. Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención.”

“La doctrina ha destacado que para que una norma sea auto ejecutable o *self executing*, se requieren dos condiciones: primera que de la disposición del tratado se derive directamente un derecho que comparece ante un magistrado solicitando su aplicación, y segundo que la regla sea lo suficientemente específica como para ser aplicada judicialmente, sin que su ejecución se subordine a un acto legislativo o administrativo posterior”.

El Dr. Eduardo Jiménez de Arechaga ha expresado que una norma de origen internacional que haya sido incorporada al orden interno, puede ser invocada para exigirse su cumplimiento cuando es auto ejecutable, es decir si: a) establece un derecho de un modo claro y específico; b) contiene los elementos necesarios para que un juez aplique tal derecho al caso concreto, sin necesidad de que una norma secundaria o reglamentaria complete la primera, a los efectos de que pueda ser aplicada y resulte garantizado el derecho internacionalmente reconocido. (Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos No. 7 – San José de Costa Rica, 1988)

Es así que puede sostenerse “Que partiendo de la postura doctrinaria, que los tratados internacionales tienen el mismo rango que la ley interna, nos debemos plantear si una ley posterior como la No. 15.848 podría derogar los tratados de derechos humanos que se le opongan”.

“Nos encontraremos con una incongruencia si nos afiliamos a esta posición, pues, en nuestro ordenamiento jurídico existe la derogación tácita y expresa de las leyes – de acuerdo a las disposiciones de los artículos 9 y 10 del Código Civil -, pero un tratado internacional obliga al Estado a cumplir previamente con el procedimiento de denuncia y luego del plazo establecido en cada instrumento, este recién perdería vigencia en el ordenamiento interno. Por tanto el instrumento internacional de derechos humanos, tiene una jerarquía superior a la ley, al no poder ser derogado por una ley posterior en el tiempo, sin previamente observar el procedimiento de denuncia”

“Esta ley posterior en el tiempo (Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado) a la Convención Americana, deroga disposiciones contenidas en la misma, pero no ha observado debidamente el legislador, que debía cumplir con la obligación preexistente, y era la denuncia internacional de dicha Convención, lo cual evitaría incurrir en responsabilidad internacional”.

“La Ley de Caducidad, es la expresión jurídica del fracaso del aparato del Estado para aplicar la sanción correspondiente a responsables de la comisión de delitos de lesa humanidad, máxime cuando estas lo cometieron funcionarios del mismo o particulares amparados por el mismo”. “No sólo significa la violación de los derechos de la persona ofendida sino que es también una ruptura del contrato social”.

“Implica, lisa y llanamente, la violación de la regla del imperio del derecho por los gobernantes. Cualquier Estado en el que exista esta lamentable situación, implica la destrucción de las tradiciones según la teoría expuesta por Locke. En la actualidad el Estado involucrado, esta sujeto al proceso de responsabilidad tanto nacional como internacional. Tiene responsabilidad soberana par establecer su autoridad a fin de promover y proteger la dignidad humana de sus ciudadanos... Si el Estado no tiene la capacidad ni la voluntad de hacerlo, pierde entonces un importante atributo de la soberanía, poniendo así en tela de juicio su locus standi en la comunidad internacional” (Yogesh Kumar Tygai – Perdón, olvido, venganza, castigo justo, responsabilidad – Encuentro Internacional sobre “La impunidad de los autores de violaciones graves a los derechos humanos” – Comisión Internacional de Juristas bajo los auspicios de la Naciones Unidas del 2 a 5 de noviembre de 1992 - Palacio de las Naciones Unidas – Ginebra – pag. 80 – Imprimerie Abrax 21300 Dijón- Chenove – France)

“No solo era una obligación que debió observar debidamente el legislador al sancionar esta ley, la cual además esta sometida al control de la Suprema Corte de Justicia, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 239.1 y 256 a 258 de la Constitución”.

“En los recursos de inconstitucionalidad oportunamente planteados, se acepto el dislate del legislador, al no controlar lo dispuesto en el artículo 78 de la Convención Americana que establece: “1.- Los estados partes podrán denunciar esta Convención después de la expiración de un plazo de cinco años a partir de la fecha de la entrada en vigor de la misma y mediante un preaviso de un año, notificando al Secretario General de la Organización, quien debe informar a las otras partes. 2.- Dicha denuncia no tendrá por efecto desligar al Estado parte interesado de las obligaciones contenidas en esta Convención en lo que concierne a todo hecho que, pudiendo constituir una violación de estas obligaciones, haya sido cumplido por el anteriormente a la fecha en la cual la denuncia produce efecto.”

“Que a vez se dejo sin efecto prestigiosa doctrina internacional que concuerda que los derechos humanos entre otras características, son “absolutos”, lo cual significa que no son susceptibles de “negociación o regateo” y en caso de conflicto los derechos humanos desplazan a cualquier otra consideración que no se refiera a derechos. Entre la utilidad y los derechos, han de preferirse los derechos”. (J. Rawls – Teoría de la Justicia – F.C.E. – México 1978 – Traducción de Maria Dolores González)”

Sobre *“Pronunciamientos con referencia a la Impunidad De Tribunales Regionales*

Leyes de “Obediencia Debida” y “Punto Final” – República Argentina – Impulso dado por los Magistrados para dar fin a las mismas.”

“Es importante hacer referencia además al caso de la República Argentina, donde el Poder Judicial tuvo una destacada actuación para dar fin a la impunidad. Se basaron en las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para eliminar los efectos jurídicos de las leyes que amparaban a los responsables de delitos de lesa humanidad – miembros de las Fuerzas Armadas – en los años 1970 y 1980. El Juez federal Gabriel Cavallo, en el año 2001, basando en la citada Convención, declaró la inconstitucionalidad de las Leyes denominadas de “Punto Final” y “Obediencia Debida”. Fundamento además su decisión en el artículo 118 de la Constitución Argentina que expresa que los crímenes contra

el derecho de gentes sobrepasan los límites de la nación y que, por tanto, los enjuiciamientos de dichos crímenes no pueden dejarse a la discreción de gobiernos individuales ya que trascienden las jurisdicciones nacionales. El citado magistrado, concluyó que las leyes de amnistía violaron las obligaciones contraídas por Argentina, frente a la Convención, así como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El fallo fue confirmado por una Corte de Apelaciones. Otros magistrados e incluso el Fiscal General de la Nación Nicolás Eduardo Becerra (Desaparición Forzada de Conrado Gómez” del 29.08.2002) lo respaldaron. Dos años después el Congreso Argentino, declaró la anulación de las leyes de “Obediencia Debida” y “Punto Final” (Centro de Estudios Legales y Sociales- CELS “Derechos Humanos en Argentina Informe 2002 (Argentina: Siglo XXI de Argentina Editores, 2002), pp.22-29; Informe 2002-2003, julio 2003 pp.44)”.

“La Ley 25.779 sancionada por el Congreso de la República Argentina que declara nulas las Leyes de Punto Final y Obediencia Debida, generó una gran polémica, lo cual llevo a la Suprema Corte a pronunciarse sobre su constitucionalidad”.

“La Corte suprema con fecha 14 de junio de 2005, resolvió que estas leyes son inválidas e inconstitucionales y a su vez se pronunció sobre la validez de la Ley 25.779”.

“Con distintos fundamentos el fallo de la Corte resolvió que esta ley no afecta la separación de poderes del Estado, dado que su sentido no es otro que el de formular una declaración del Congreso sobre el tema, apta únicamente para producir un efecto político simbólico, al no imponer a los jueces un modo de determinar los hechos, ni de interpretar o aplicar el derecho. Es de suma importancia la opinión del Dr. Raúl Zaffaroni, expresa en su voto la necesidad de coherencia dentro del orden jurídico no habilita al Congreso de la Nación a anular una ley penal. El legislador puede incurrir en contradicciones y de hecho lo hace, pero serán los jueces quien deben resolverlas, en su tarea interpretativa y de control de constitucionalidad”.

“Voto Justificado del Dr. Eugenio Zaffaroni”

“Y el Dr. Zaffaroni, baso su justificación de la constitucionalidad de la Ley 25.779 en el deber de soberanía que posee cada Estado:

“Hoy las normas que obligan a la República en función del ejercicio que hizo de su soberanía, le imponen que ejerza la jurisdicción, so pena de que esta sea ejercida por cualquier competencia del planeta.” De este modo se pretende evitar una capitis deminutio de la Argentina ante los demás estados del globo, “... colocando a sus habitantes en riesgo de ser sometidos a la jurisdicción de cualquier Estado del planeta, y en definitiva, degradando a la propia Nación a un ente estatal imperfecto”

“La Ley 15.848 y la violación de los Derechos: a la Verdad y Libertad de Expresión e Información”

“Además de todo lo anterior consideramos imprescindible señalar, que el derecho a la verdad sobre las violaciones sistemáticas y masivas del pasado es parte integrante del derecho de la libertad de expresión, que en los instrumentos internacionales se vincula con un derecho a la información en posesión del Estado, (Art. 13.1 de la Convención Interamericana y 19.2 del Pacto Universal de Derechos Civiles y Políticos, Art. 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos)”

“Nuestra Constitución en su artículo 7 consagra la protección en el goce de diversos derechos fundamentales, entre ellos el derecho a la libertad, uno de cuyos aspectos es la

libertad de expresión (y por lo tanto el derecho a la información, sin el cual aquel no puede concebirse)”.

“A su vez el artículo 29 consagra expresamente y en toda materia “la libertad de comunicación de pensamientos”; y finalmente el artículo 72 consagra la protección de todos los derechos “inherentes a la personalidad humana” o que deriven “de la forma republicana de gobierno”, **como lo es sin lugar a dudas el derecho a la información”.**

“Como simple ejemplo ilustrativo de la importancia que en el seno de una sociedad democrática posee el “Derecho a la Información” vale señalar, que El Relator para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el Capítulo IV) – Informe sobre Acceso a la Información en el Hemisferio, en el numeral 14 expresa “Un mecanismo transparente que brinde acceso a la información en poder del Estado es también esencial para crear un clima de respeto por todos los derechos humanos. **El derecho de acceso a la información también es un componente del derecho a saber la verdad.** A este respecto la Comisión Interamericana ha señalado”

“El derecho a la verdad es un derecho de carácter colectivo que permite a la sociedad tener acceso a información esencial para el desarrollo de los sistemas democráticos y a la vez un derecho particular para los familiares de las víctimas, que permite una forma de reparación, en particular, en los casos de aplicación de leyes de amnistía...” (subrayado y negrita nuestro).

“Ahora bien, en base a lo expresado es indubitable que “el derecho a la verdad” es un derecho de carácter colectivo que permite a la sociedad toda saber lo que realmente sucedió ante tal o cual circunstancia, y en particular si en la situación concreta existieron “víctimas”, implica para sus familiares una forma de reparación.”

“Es fundamental entonces instrumentar **una efectiva investigación de los hechos acaecidos**, para así revisar “la verdad oficial” que existe en el presente caso, causa en la cual en puridad **nunca se investigó en profundidad lo sucedido**, y como lógica consecuencia, **no se ha podido recomponer la verdad material, ni dar una adecuada satisfacción a la sociedad toda ni a las familias de las víctimas**. Queda claro entonces que el Estado uruguayo ha sido omiso, y no ha satisfecho las obligaciones asumidas en los Pactos Internacionales de respetar el **“derecho a la verdad”, y por lo tanto investigar.** “

“Sabido es que una sociedad democrática asienta sus bases fundamentales en el conocimiento de su pasado, y por ende todos los ciudadanos tienen el derecho – deber de conocer la verdad de los acontecimientos históricos ocurridos, y luego cada uno con una información veraz, formará sus propias opiniones, pero estas no pueden basarse en una única fuente.”

“No caben dudas entonces, que la única posibilidad de averiguación de la verdad, **es la investigación imparcial y objetiva, exenta de toda injerencia, para así poder desentrañar lo ocurrido**. Como decía el filósofo Descartes en su Discurso del Método: “...llegar al verdadero conocimiento de todo aquello que sea capaz de conocer”.

“La Ley 15.848 y el cercenamiento de la obligación judicial de investigar. Obligaciones de los Magistrados.”

“En base a todo lo señalado no existe ninguna duda, que al sancionarse la Ley nº 15.848, se tornaron ilusorios derechos humanos fundamentales que nuestro país se había comprometido a respetar y garantizar. Más violento aún resulta que la precitada ley comprende y admite violaciones de derechos cuya suspensión ha sido prohibida expresamente en el

Pacto de Derechos Civiles y Políticos, a vía de ejemplo – derecho a la vida (artículo 6), la prohibición del uso de la tortura (artículo 7), el derecho reconocimiento de la personalidad jurídica de todo ser humano (artículo 16), y la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (artículo 18).

Además de lo anterior, es indubitable que tanto el artículo 3, como el artículo 4 de la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, violan flagrantemente el principio de separación de poderes consagrado en nuestra Constitución en los artículos 82, 83, 149 y 233, lo cual implica el cercenamiento inconstitucional de poderes jurídicos esenciales y que son privativos de la función jurisdiccional”.

“ Es importante señalar además, la opinión del Juez Integrante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos A. A. Cancado Trindade, en su voto concurrente en la Sentencia sobre el caso “La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros versus Chile), y en el numeral 36 expresa: “Las sentencias de los tribunales nacionales deben tomar en debida cuenta las normas aplicables tanto del derecho interno como de los tratados de Derechos Humanos que vinculan el Estado Parte. Estas últimas, al consagrar y definir claramente un derecho individual, susceptible de vindicación ante un tribunal o juez nacional, son directamente aplicables en el plano del derecho interno”, y en el numeral 37 indica: “Una nueva mentalidad emergerá, en lo que concierne al Poder Judicial, a partir de la comprensión de que la aplicación directa de las normas internacionales de protección de los derechos humanos es benéfica para los habitantes de todos los países, y que, en vez del apego a construcciones y silogismos jurídico-formales y a un normativismo hermético, lo que verdaderamente se requiere es proceder a la correcta interpretación de las normas aplicables a fin de asegurar la plena protección del ser humano, sean ellas de origen internacional o nacional.”

“Asimismo la Corte Interamericana de Derechos Humanos, refiriéndose a la obligación de los Estados Partes de la “ Convención Americana”, en lo que concierne a su compromiso de respetar los derechos y libertades reconocidos en ella, y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que este sujeta a su jurisdicción, declara que los Estados Partes, tienen el

“deber de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera de que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Opinión Consultiva OC 11/1990 – Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos”).

“Lo anteriormente transcrito ratifica, que en la conciencia jurídica de la Comunidad de Naciones, se concede un papel relevante y trascendental a la función de los Jueces a la realización del Estado de Derecho, pues este persigue entre sus fines fundamentales el respeto y la garantía de los derechos humanos. Cuando se cumplen estos deberes, se realiza efectivamente como un Estado de Derecho.”

“En el ejercicio de la función pública, el Estado actúa a través de sus funcionarios y la responsabilidad del Estado, se convierte en la responsabilidad de sus funcionarios. En mérito a que los Jueces actúan, en nombre del Estado, los apartamientos en sus actuaciones o Sentencias, contrarias al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, consagrado en los Tratados y Convenciones Internacionales Universales y Regionales vigentes en nuestro ordenamiento jurídico interno, hará pasible de hacer incurrir en responsabilidad internacional al Estado.”

“A modo de resumen, cabe mencionar que en el marco del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas – en la Comisión de Derechos Humanos, se ha elaborado un proyecto

de resolución el cual se identifica E/CN. 4/2005/L.84 del 15 de abril de 2005, y se expresa en el mismo. "La Comisión de Derechos Humanos... conciente de la necesidad de estudiar, en los casos de violaciones manifiestas a los derechos humanos y de violaciones graves de las normas internacionales de derechos humanos, la relaciones mutuas entre el derecho a la verdad y el derecho de acceso a la justicia, el derecho a obtener un recurso y una reparación efectivos y otros derechos humanos pertinentes,... Reconoce la importancia de respetar y garantizar el derecho a la verdad para contribuir a acabar con la impunidad y promover y proteger los derechos humanos. Acoge con satisfacción la creación de mecanismos judiciales, así como otros mecanismos extrajudiciales, como las comisiones de la verdad y la reconciliación, que complementan el sistema de justicia, para investigar las violaciones de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario y valora la preparación y publicación de los informes y decisiones de esos órganos."

En mérito a las consideraciones expuestas y las disposiciones constitucionales citadas, así como Instrumentos Internacionales también referidos en el cuerpo de este escrito, artículos 256 a 259 de la Constitución, 508 y siguientes del Código General del Proceso, al Señor Juez solicito:

1.- Tenga por interpuesta la excepción de inconstitucionalidad de los artículos, 1º, 3º y 4º de la ley No. 15.848.

2.- Se sirva suspender los procedimientos y eleve los antecedentes a la Suprema Corte de Justicia, ante quien dejo peticionado que se declare, para el caso, la inconstitucionalidad de dichos artículos y por consecuencia su inaplicabilidad en el presente proceso.

Escrito del Sr. Fiscal de Corte Dr. Rafael Ubiría

N°1804/09

Suprema Corte de Justicia:

El Fiscal de Corte y Procurador General de la Nación, en los autos caratulados **“Sabalsagaray Curutchet Blanca Stela Maris, Denuncia, Excepción de Inconstitucionalidad. Arts. 1, 3, y 4 de la ley 15.848, IUE- 97-397/2004”**, a los señores Ministros de ese Alto Cuerpo, DICE:

I) ASPECTOS FORMALES

1.- **Blanca Stela Maris Sabalsagaray Curutchet**, comparece en estos autos a denunciar un hecho delictivo, cual es el “fallecimiento por ahorcamiento” de su hermana, profesora egresada del I.P.A., **Nibia Gloria Sabalsagaray Curutchet. (escrito de fs. 6 a 7 vto.)**.

2.- Comenzada la instrucción, el Sr. Juez Letrado de Primera Instancia en lo Penal, Dr. Rolando Vomero, por auto nro. 139, de 4 de marzo de 2005 (fs. 9), resolvió: *“Recábase del Poder Ejecutivo si el hecho investigado lo considera comprendido o no en el art. 1º de la ley 15.848”*.

3.- El Poder Ejecutivo contesta al Sr. Presidente de la Suprema Corte de Justicia, que “en relación a los funcionarios militares y policiales – no así en el caso de presuntos civiles intervinientes-, opera la caducidad del ejercicio de la pretensión punitiva del Estado respecto del delito denunciado, conforme lo prescribe el art. 1ª de la Ley 15.848, de 22 de diciembre de 1986” (fs. 12).

4.- Como consecuencia de ello, se dirige la instrucción a la constatación o no de la existencia de *“presuntos civiles intervinientes”*, en el hecho ilícito que se investiga.

5.- El 3 de octubre de 2006, por providencia nro. 1041, el Sr. Juez en forma fundada, no hace lugar a medidas probatorias solicitadas por el Ministerio Público, estimando agotada la instrucción, por lo que resuelve archivar las actuaciones, sin perjuicio. (fs. 116 a 120).

6.- La Sra. Fiscal Letrada Nacional de lo Penal de 2º Turno, interpone recursos de reposición y apelación, en subsidio a la referida interlocutoria de clausura (fs. 122 a 128).

7.- El Sr. Juez “revoca” la Resolución impugnada y hace lugar a la prueba solicitada por el Ministerio Público (fs. 129 a 130), que se diligencia.

8.- El 27 de octubre de 2008, la Sra. Fiscal Letrada Nacional de lo Penal de 2º Turno, promueve declaración de inconstitucionalidad, por vía de excepción, con respecto a los arts. 1º, 3º 4º de la ley 15.848, de 22 de diciembre de 1986 (fs. 199 a 301).

9.- Ese Alto Cuerpo por sentencia 3062, da ingreso a la excepción, y confiere vista a esta Fiscalía *“a efectos de que indique con quien deberá sustanciarse el excepcionamiento”* (fs. 304).

10.- Por dictamen Nro. 4482, de 19 de noviembre de 2008, se evacua la vista conferida, y se dictamina – por los fundamentos que se expresan- *“que la excepción.....debería ser trasladada al Poder Ejecutivo”*.

Se establecen las razones por las cuales ha estimado en diversos dictámenes esta Fiscalía de Corte, la falta de legitimación pasiva del Poder Legislativo, no siendo un sujeto pasivo necesario, salvo que lo nombre el promotor de la inconstitucionalidad, caso que –en la especie- ha ocurrido.

Se aconseja – asimismo- se confiera traslado nuevamente a la promotora a efectos de que manifieste contra quien “*pretende debatir la regularidad constitucional de las normas cuestionadas*” (dictamen de Fiscalía de Corte, fs. 306 a 308).

11.- Conferido un nuevo traslado a la Sra. Fiscal promotora, por las razones que “*in extenso*” expresa considera que “*no existen todavía indagados individualizados con los que pueda sustanciarse la excepción*”.

En definitiva, no establece contra quien debería sustanciarse la excepción opuesta (fs. 312 a 319).

12.- La Corte resuelve: “*De la demanda traslado, por el término legal*”, auto 78 (fs. 3219).

Se evacua el traslado por el Poder Ejecutivo (fs. 328 y ss.)

Luego, se evacua el traslado por el Poder Legislativo (fs. 331 a 332).

13.- Se pasa en vista al Fiscal de Corte (fs. 335).

Por dictamen N°1093/09, el suscrito por las consideraciones jurídicas y fundamentos que “*in extenso*” se explicitan, advierte en ese estado de las actuaciones cumplidas, que la promotora de la inconstitucionalidad “*carece de legitimación para promover el excepcionamiento de autos, por no tener un interés “personal” en dicho requerimiento.*”

Se abunda en argumentos en tal sentido, citando incluso jurisprudencia de ese Alto Cuerpo, así como doctrina prestigiosa (fs. 336 a 342).

14.- Por auto N° 353, de esa Corporación, se tiene por evacuada la vista conferida y se pasan a estudio y autos para sentencia, citadas las partes. (fs. 344).

15.- Estando los autos a estudio de los Sres. Ministros, comparece la Sra. Blanca Sabalsagaray, a promover “*tercería coadyuvante*” con la excepción de inconstitucionalidad interpuesta por la Sra. Fiscal, respecto de los arts. 1, 3, y 4 de la ley 15.848.

Acredita formalmente su interés directo, personal y legítimo, acompañando los correspondientes testimonios de actas de estado civil.

En una muy breve síntesis, repite los mismos argumentos manejados por la Sra. Fiscal inicialmente promotora.

Refiere a la “*violación del principio constitucional de separación de Poderes*”; a la “*Violación del principio de igualdad*”; a que “*la lógica de los hechos no es fuente de derecho*”.

Coincide, y lo aclara, con los argumentos esgrimidos por la Sra. Fiscal Letrada Nacional de lo Penal de 2do. Turno, que es quien interviene en la presente causa y en el esclarecimiento de los presuntos hechos ilícitos acaecidos.

Funda su derecho en diversas normas de la Constitución, art. 256 a 261, 4, 8, 72 y 82 (fs. 357 a 362).

16.- Esa Suprema Corte dio traslado a las partes, fs. 365, los que fueron evacuados, y a la Fiscalía de Corte.

Por dictamen N° 1445, este Ministerio rechaza por las razones que expresa la “*tercería legitimante*”, la condición de “*coadyuvante*” de la nueva promotora de la inconstitucionalidad.

Reitera la falta de legitimación de la Fiscal Penal interviniente, por los fundamentos explicitados en el dictamen respectivo, que se repiten en éste (ver fs. 336 a 342; y fs. 387 a 388).

No obstante ello, e independientemente de la errónea postulación procesal de Blanca Sabalsagaray, ésta posee un interés directo, personal y legítimo, que se adecua a las exigencias normativas de la Constitución y del Código General del Proceso (dictamen Fiscalía de Corte, fs. 387 a 388).

17.- Puestos los autos para Resolución por esa Corporación, por providencia N° 551, de 27 de abril de 2009, se estimó que: *“procede dar ingreso a la pretensión de inconstitucionalidad planteada por Blanca Stela Maris Sabalsagaray...; la misma es titular de un interés directo, personal y legítimo”*.

En definitiva, RESUELVE: *“Dar ingreso a la pretensión de inconstitucionalidad contenida en el escrito de fs. 357”*, y dar vista sobre el fondo al Sr. Fiscal de Corte.

II) FUNDAMENTOS ESGRIMIDOS POR LA COMPARECIENTE ACERCA DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTS. 1º, 3º y 4º DE LA LEY 15.848.

Se sostiene que se vulneran una serie de principios y normas constitucionales, así como Pactos, Convenciones y Tratados Internacionales, ratificados por nuestro país, relativos a Derechos Humanos.

En efecto, se realizan los siguientes cuestionamientos:

a) Los arts. 4º y 82º de la Constitución patria en cuanto conforme a ellas, la soberanía radica en la Nación y se ejerce directamente por el Cuerpo Electoral. La *“lógica de los hechos”* no es fuente de derecho y por tanto se evidencia la violación de los artículos referidos.

b) La ley de caducidad no es una ley de amnistía. Los legisladores de la época de su sanción consideraron expresamente que no se trataba de una ley de amnistía, sino de la caducidad del poder-deber de castigar determinados delitos. Si se hubiera querido sancionar una amnistía, se habría dicho en forma expresa utilizando la terminología del art. 85 nral. 14 de la Constitución; por otra parte, no se derogó el art. 5 de la ley 15.737.

Se arriba a la conclusión, que *“efectivamente se trata de una ley declarativa, y que su sanción respondió a la indebida presión ejercida sobre el Parlamento.....se evitó utilizar el término amnistía, no porque se desconociera su alcance, sino porque no había voluntad de decretarla”*.

c) Los arts. 3º y 4º son también inconstitucionales al atribuir al Poder Ejecutivo funciones propias del Poder Judicial que será ejercido por la Suprema Corte de Justicia y por los Tribunales y Juzgados en la forma que estableciere la ley, art. 233 de la Constitución.

No es asimilable que el ejercicio de la acción penal esté limitado a *“requisitos de procedibilidad o presupuestos procesales o cuestiones previas”*. La ley que se cuestiona instituyó una especial situación, *“el Poder Ejecutivo veda el inicio de cualquier accionamiento penal, decidiendo por sí y ante sí”*.

d) En la ley de Caducidad *“determinado grupo de personas resultarán inmunes frente a la jurisdicción penal. La consagración de este privilegio para militares o policías, violenta el art. 8º de la Constitución”*.

Cita ejemplos de abundantes sentencias de la Suprema Corte con respecto al “*principio de igualdad*”.

e) La ley afectó a numerosas partes o intereses jurídicos, concretamente a las víctimas, familiares o damnificados por la violación de los derechos humanos. Denuncia como incompatible con la Convención Interamericana “*las consecuencias jurídicas de la ley respecto del derecho a garantías judiciales*”.

El art. 1.1 de la Convención obliga a los Estados Partes “*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*”.

Se mencionan, a su vez, otros artículos de la Convención, como el 8.1., y el 25.1. y 2 que no se habrían contemplado al sancionar la ley de caducidad.

Que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el alcance del art. 1.1. de la Convención, “*los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención*”

f) Los derechos garantizados en nuestro sistema constitucional, así como la estructura del estado uruguayo, encuentran plena recepción en las disposiciones de la carta magna, arts. 72 y 332.

En estricta doctrina, es principio unánimemente aceptado en el derecho internacional público, que no se admiten limitaciones de derecho interno para no cumplir la ley internacional.

Es así que López Goldaracena sostiene la inconstitucionalidad y nulidad de la ley por mandato del Derecho Internacional por la violación de los arts. 72 y 332 de la Constitución.

g) El comité de Derechos Humanos “*reafirma su posición de que amnistías por violaciones graves de los derechos humanos y las leyes tales como la ley N° 15848, son incompatibles con las obligaciones de todo Estado parte en virtud del Pacto de Derechos Civiles y Políticos*”.

h) Se hace alusión a fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre la actitud esperada de los tribunales domésticos y sobre el fondo del asunto “*la Corte estima que los Estados no pueden sustraerse del deber de investigar, determinar, y sancionar a los responsables de los crímenes de lesa humanidad, aplicando leyes de amnistía u otro tipo de normativa interna.....los crímenes de lesa humanidad son delitos por los que no se puede conceder amnistía*”.

i) Enumera los instrumentos internacionales de derechos humanos, de ámbito universal y regional ratificados por nuestro país, y por tanto aplicables.

A su vez, se reseñan aquéllos que estaban vigentes, o sea ratificados por nuestro país, al momento de la sanción de la ley de caducidad de la pretensión punitiva del Estado.

En suma: se aboga por la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 1º, 3º, y 4º de la ley N° 15.848.

III) DISCUSIÓN PARLAMENTARIA PREVIA A LA SANCIÓN DE LA LEY DE CADUCIDAD

Del Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores, de los días 19 y 20 de diciembre de 1986, pueden extraerse varias conclusiones.

En efecto, en dicha oportunidad se discutió el “*proyecto de la acción punitiva respecto de los delitos cometidos hasta el 1° de marzo de 1985, por funcionarios militares y policiales*”.

Asimismo, se consideró la “*iniciativa de varios señores senadores del Partido Nacional*”, que presentaron un proyecto alternativo.

De estas actas, a las que el suscrito tuvo acceso y realizó una lectura atenta y pormenorizada, surgen de las exposiciones de varios legisladores “*la grave crisis institucional*” que existía en ese entonces.

Una de las intervenciones del entonces Senador Tourné, refiere “*En la noche de ayer el señor Vicepresidente de la República puso de relieve clara y concretamente que estábamos en presencia de una situación de desestabilización institucional*” Si ésta no fuera la interpretación correcta, señor Presidente, surge una más grave consecuencia a causa de la actitud de las fuerzas políticas, puesto que en el pre-diálogo, en el que estaba presente el problema del no revisionismo, omitieron toda referencia a un hecho que continuaría transitando por la vida de la República, hasta colocarla al borde de un verdadero colapso, como el que estamos enfrentando en la actualidad (“Nro. 166. TOMO 304, PAG. 26 y 27—C.S.).

El también entonces Senador de la República, Manuel Flores Silva, luego de una extensa exposición sobre el tema llegó a concluir: “*el país asiste a una crisis institucional gravísima y que deriva de la exigencia del cumplimiento de la palabra empeñada, por parte de quienes atentan contra la Constitución. Las Fuerzas Armadas se niegan a cumplir citaciones del Poder Judicial y aspiran a que se cumpla con el compromiso que entienden que con ellas se empeñara. Esa crisis institucional nos golpea a todos, más allá de las responsabilidades que nos quepa en su gestión.....Es muy difícil dar una respuesta a esta situación.....pero desconocemos cuál es la posibilidad de su solución*”.

Frente a esta crisis, no he escuchado ninguna propuesta concreta para solucionarla. No la es para nosotros la del Partido Colorado, que propugna una amnistía, que equivale a decir: “*Colaboren y declaren que no hay tales delitos*”. *Esa es la propuesta que el Senado está considerando, ya rechazada por el Partido Nacional, cuando en texto similar se nos presentara hace un tiempo y que insistimos en rechazar..... No estamos dispuestos a votar una amnistía.....existe una crisis institucional y la posibilidad dramática de que el día lunes se lleve la Constitución por delante*”(pág. 28 C.S.).

La intervención del Senador García Costa, también resulta elocuente y terminante en cuanto a las dudas que se tenían en el momento sobre la “*solución*” a adoptar, así como a la grave crisis imperante.

Expresó el referido legislador en determinada instancia: “*.....tenemos la propuesta del Partido Colorado, que termina reiterativamente en la amnistía, que piden los militares y que ya rechazamos. Por otro, tenemos la que sugiere el Frene Amplio, o sea la de pasar a retiro o quitar la jubilación, a los determinados militares que no cumplen con las citaciones del Poder Judicial. Eso es lo que se propone ante el quebrantamiento del orden institucional. Quizás nos hemos acostumbrado tanto a los últimos años al golpe de Estado, que lo consideramos que tiene tan poca importancia y que se para con ese tipo de soluciones de tan poco alcance. Lo que interesa es que la modestia o inutilidad del proyecto demuestra la inexistencia de solución*” (28.C.S. Cámara de Senadores)

El Senador Cigliuti, luego de incursionar sobre diversos aspectos de la grave crisis institucional que se estaba atravesando, en un momento dijo: “*... Ahora no se trata de la amnistía sino del afianzamiento de las instituciones políticas*.”

Cualquiera en este país sabe que peor que un gobierno depuesto es un gobierno ignorado. Por más que se diga que estamos en un régimen institucional, no sirve para nada un Parlamento que carezca de fuerza para aplicar sus resoluciones o un Poder Ejecutivo que no tenga autoridad para imponer las suyas” (30.C.S. Cámara de Senadores).

El Senador Tourné, en otro tramo de su intervención expresó: “.....*El señor senador Cigliuti nos ha dicho que el país está al borde de un grave colapso, de una crisis institucional profunda que puede colocarnos, prácticamente.....en un embretamiento y en la posibilidad de peligro de las instituciones y de un golpe de Estado.....El sistema político no está en condiciones de impedir que este desacato cese o se elimine; el sistema político no está en condiciones de superar esa grave emergencia nacional que constituye un bloqueo institucional que pone en grave riesgo las instituciones del Estado..... Por lo tanto, no podemos concebir ningún proyecto en el que se esté enfocando la crisis institucional del país en torno al sometimiento a la justicia de integrantes de las Fuerzas Armadas, sin que al mismo tiempo demos una respuesta que comprenda la problemática que rodea su democratización.....Señalamos estas reflexiones para que se comprenda que, a criterio de nuestro partido, el problema tiene una magnitud que supera las pautas concretas enmarcadas en torno a la aplicación de las normas de amnistía.....”.*

Similares conclusiones cabe extraer del Diario de Sesiones de la Cámara de Representantes, cuando se trató la ley de caducidad, que finalmente fue aprobada.

En efecto, distintos planteos fueron vertidos respecto a la dudosa constitucionalidad del proyecto o los proyectos sometidos a consideración del órgano legislativo.

El diputado Fau, haciendo alusión al proyecto aprobado por el Senado, y enviado a la Cámara de Representantes, decía entonces que : *“el senado de la República ha aprobado un determinado proyecto de ley.....que por su polémico contenido, inclusive ha dado lugar a serios y profundos argumentos que cuestionan su constitucionalidad”.*

Por su parte, Amorin Larrañaga, en nombre de la bancada de diputados del Movimiento Nacional de Rocha, fija la posición política de la misma, sobre el proyecto de ley de caducidad de la pretensión punitiva del Estado aprobado por el Senado, ese mismo día.

“Declara: 1.- Que la solución propuesta conduce por otro camino a una amnistía y gracia que fue desechada. 2.- Que su art. 3º condiciona y limita la función de los jueces a un pronunciamiento previo del Poder Ejecutivo, incompatible con la independencia de otro Poder del Estado, constitucionalmente establecida. 3.- En consecuencia votará en forma negativa dicho proyecto”.

IV) LEY DE CADUCIDAD, N° 15.848. PLANTEO GENERAL SOBRE SU INCONSTITUCIONALIDAD

En opinión de esta Fiscalía de Corte y Procuraduría General de la Nación, los textos legales que se cuestionan resultan incompatibles y se encuentran en contradicción con las disposiciones constitucionales invocadas, así como con diversos Instrumentos de Derecho Internacional, relativos a Derechos Humanos.

Procede, por lo tanto, declarar su inconstitucionalidad.

1) El art. 1º prescribe: *“ Reconócese que, como consecuencia de la lógica de los hechos originados por el acuerdo celebrado entre partidos políticos y las Fuerzas Armadas, en agosto de 1984 y a efectos de concluir la transición hacia la plena vigencia del orden constitucional, ha caducado el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado respecto de los*

delitos cometidos hasta el 1° de marzo de 1985, por funcionarios militares y policiales, equiparados y asimilados por móviles políticos o en ocasión del cumplimiento de sus funciones y en ocasión de acciones ordenadas por los mandos que actuaron durante el período de facto”.

2) A juicio de este Ministerio, del propio texto del artículo transcrito, surge inequívocamente la voluntad del legislador de no sancionar una ley de amnistía y de aprobar con carácter declarativo una fórmula que evitara una verdadera crisis institucional.

En el capítulo anterior, se ha querido traer a colación la situación vivida por el Parlamento Nacional, previa al dictado de la ley de caducidad.

Es así, que se han mencionado sólo a título de ejemplo, algunas partes de las exposiciones de varios legisladores, que con sus dichos fueron terminantes en cuanto a la *“presión indebida”* ejercida entonces contra los Poderes del Estado. En este caso contra el Poder Legislativo.

Del contexto de las actas parlamentarias y del debate acaecido en ese ámbito, se extrae la convicción que la ley de caducidad fue dictada bajo *“presión”*, ante la *“crisis institucional existente”* y anunciada por los mandos militares de la época, quienes se negaban a comparecer a los estrados judiciales a declarar por eventuales ilícitos cometidos, y estaban dispuestos a *“desacatar”* las órdenes del Poder Judicial, y aún del Poder Ejecutivo.

Esta situación era hasta tal punto conocida e irreversible, que puso a los legisladores de la época en la *“encrucijada”* de tener que sancionar una ley con efectos conclusivos acerca de la comparecencia de militares y policías ante la justicia ordinaria.

Por ello la referencia a *“la lógica de los hechos originados por el acuerdo entre los partidos políticos y las Fuerzas armadas, y el carácter “declarativo” que inicia el articulado de la ley, al utilizar la palabra “Reconócese”....*

Su voluntad se encontraba *“constreñida”*, su libertad *“condicionada”*, lo cual permite concluir que la *“franqueza”* del legislador se vuelca *“in totum”* en el comienzo de la redacción del art. 1° de la ley 15.848.

En efecto, -como se dice- el *“origen”* de la norma, o la *“fuente”* de ésta, está en el *“reconocimiento”* *“de la lógica de los hechos, originados por el acuerdo celebrado entre partidos políticos y las Fuerzas Armadas en agosto de 1984, y a efectos de concluir la transición hacia la plena vigencia del orden constitucional”.*

¿Se puede acaso sostener que los legisladores de la época tuvieron entonces *“libertad plena”* para elegir otro camino?.

No se tiene el honor de compartir la posición esgrimida en sus dictámenes de la época, por los entonces Sres. Fiscales de Corte, Dr. Ferrari Silva y Dr. Rafael Robatto Calcagno (dictamen Nro. 864/87) ni en líneas generales y ni en lo particular.

En efecto, se ha dicho *“que es erróneo el criterio....de interpretar la ley de acuerdo a manifestaciones vertidas en el debate parlamentario por los señores legisladores.....lo cierto es que sancionada la ley trasciende el proceso psicológico de todos y cada uno de los que han contribuido a formarla...”.*

Esto a nuestro juicio no es así. El art. 17 de nuestro Código Civil, incluido en el *“Título Preliminar de las Leyes”*, es enteramente aplicable al caso y establece con meridiana claridad:

“Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu.

***Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su sanción”.** (las palabras en negro y subrayado, nos pertenecen).*

Según nuestra opinión, en la especie resulta indispensable recurrir a la historia fidedigna de la sanción de la ley 15.848, y al espíritu que animó a sus creadores, dadas las características muy especiales y excepcionales que “rodearon” a la redacción de esta norma jurídica.

Ello ha hecho que ofreciera un amplio margen para el debate y para la diversidad de criterios interpretativos.

La redacción del art. 1º, y el empleo del término “caducidad”, cuando el legislador a través de su Asamblea General, está facultado para conceder “indultos” y acordar “amnistías” (art. 85 nral. 14, Constitución Nacional), descarta – a nuestro juicio- la voluntad de otorgar una “amnistía”, como se ha señalado por prestigiosa doctrina.

3) Al decir de **García Otero**, en su célebre discordia a la Sentencia Nro. 184, de 2 de mayo de 1988:

“Ningún acuerdo político, ni la lógica de los hechos subsiguientes, tiene previsión constitucional que autorice desconocer lo que como principio fundamental de nuestra organización democrática establecen los arts. 4º y 82º de la Constitución”.

4) Por las mismas razones se concluye igualmente que no se trata de una ley de “amnistía”. De la propia discusión parlamentaria surge la voluntad del legislador de no sancionar una amnistía. De lo contrario se hubiera recurrido a dicha denominación y a las previsiones y los alcances del art. 85 nral. 14 de nuestra Carta Magna.

5) Siguiendo los argumentos discordes del **Dr. Nelson García Otero**, que se comparten, “.....Para evitar que se cumpliera con el art. 253 de la Carta fue que se sancionó la ley N° 15.848. En efecto, es hecho notorio que dispuesta la citación de funcionarios militares por sede judicial civil, los mandos superiores de las fuerzas armadas decidieron no cumplir el precepto constitucional. Ante la previsibilidad de un grave conflicto institucional, el Parlamento en sesiones el jueves 18 de diciembre, viernes 19, sábado 20, domingo 21 y lunes 22 de diciembre de 1986, sancionó la ley 15.848, premura originada en que el lunes 22 de diciembre de 1986 fue promulgado el proyecto de ley por el P. Ejecutivo...”.

“.....Lo expuesto no es especulación, está dicho expresamente en las sesiones respectivas, Cámara de Senadores. Cámara de Diputados. Diario de Sesiones”

“Se documento allí por extenso que la ley 15.848 se sancionaba para posibilitar que no se cumpliera con lo dispuesto en el art. 253 de la Constitución. Esto basta, a mi entender, para tachar de inconstitucional las normas de la referida ley, los arts. 1º, 3º y 4º”.

6) También en su discordia a la sentencia referida, la **Dra. Jacinta Balbela** arribó a la misma conclusión: *“La discusión legislativa ilustra suficientemente sobre el punto, especialmente las explicaciones vertidas en el Senado por uno de sus autores, que señaló: “.....no hemos empleado por casualidad el verbo “reconocer”. Hemos tenido plena conciencia de que tenemos que iniciar este proyecto con una disposición que no es, como se dice, por quienes saben de derecho, una norma constitutiva, es decir, una disposición que crea una situación jurídica, sino una disposición declarativa.....que reconoce o declara una*

“preexistente” ¿Y cuál es ella? Una situación de vigencia limitada de la Constitución, que ha impedido hacer justicia y que ha determinado la impunidad de hecho que por dos años hemos tenido que tolerar...” (Diario de Sesiones, Nro. 167, Tomo 304, 20 y 21 de diciembre de 1986, pág. 81).

Al reconocer otra fuente de normativa jurídica, el **art. 1º de la ley nro. 15.848, está violando nuestra Constitución.**

7) **El Prof. Titular de Derecho Constitucional, Dr. Jorge A. Cagnoni**, decía al respecto en consulta que se le formulara sobre la regularidad o no del art. 1º de la ley de caducidad, “*el soberano que es la Nación de quien emana la Constitución, dio al Legislador la potestad de conceder amnistías, actuando en ejercicio indirecto de la Soberanía, pero no le dio la potestad de caducar la pretensión punitiva, porque es inherente al ser del Estado ontológicamente, y también lo es positivamente en la Constitución*”.

En suma: el art. 1º de la ley de caducidad vulnera los principios constitucionales previstos en los arts. 4 y 82 de la Carta.

Vale recordar otros de los argumentos manejados por García Otero, en su célebre discordia.

En efecto, resulta compartible el hecho de que “*entre las potestades de la soberanía está el derecho punitivo, ya que como dice Maggiore...la sanción penal es aplicada por un poder que sólo tiene el Estado, legislador, Juez y ejecutor de la pena*”.

Ese “*poder*” no es transmisible, prescriptible, renunciable o enajenable, por tratarse justamente de un poder soberano inseparable de su existencia; al perder esa potestad el Estado se perdería a sí mismo.

Resulta igualmente trasladable la cita a **Maggiore**, que decía: “*La Asamblea General, en concurrencia con el Poder Ejecutivo, sigue siendo el único órgano de legislación, sin que la Nación retenga en absoluto una parte de ese poder*”.

El art. 168 de la Constitución, establece los cometidos del Poder Ejecutivo, en una enumeración que parece ser taxativa, y de dentro de los 26) **numerales que prevé dicha norma, no se menciona en ninguno de ellos la posibilidad de “cercenar”, “limitar” y menos “decidir” sobre el ejercicio de la acción punitiva del Estado.**

Y ello, porque es competencia privativa del acusador público, del Ministerio Público, una vez iniciado un procedimiento judicial a instancias del Juez, único representante legítimo del Poder Judicial con facultades para disponer o no la indagatoria.

La Asamblea General, órgano supremo del Poder Legislativo, puede conceder “*indultos*” y acordar “*amnistías*”, según el art. 85/14º de la Carta.

De esta manera “*ejerce*” su soberanía de manera indirecta, todo de conformidad con lo establecido en el art. 82 de la Constitución. Pero no puede por vía legislativa, hacer caducar la acción punitiva del Estado.

8) El art. 3º de la ley 15.848 establece: “*A los efectos previstos en los arts. anteriores, el Juez interviniente en las denuncias correspondientes, requerirá al Poder Ejecutivo que informe dentro del plazo perentorio de treinta días de recibida la comunicación, si el hecho investigado lo considera comprendido o no en el art. 1º de la presente ley.*”

Si el Poder Ejecutivo así lo comunicare, el Juez dispondrá la clausura y el archivo de los antecedentes. Si en cambio, no contestare o informa que no se halla comprendido dispondrá continuar la indagatoria.

Desde la fecha de promulgación de esta ley hasta que el Juez reciba la comunicación del Poder Ejecutivo quedan suspendidas todas las diligencias presumariales en los procedimientos mencionados en el inciso primero de este artículo”.

Y el art. 4º igualmente atribuye al Poder Ejecutivo determinadas facultades. A su redacción me remito.

9) Los arts. 3º y 4º -a nuestro criterio- son también inconstitucionales, en tanto violentan el principio constitucional previsto en los arts. 82 y 233.

En efecto, dicha norma indica que el Poder Judicial es ejercido por la Suprema Corte de Justicia, los Tribunales y los Juzgados, en la forma que estableciere la ley.

En la especie, las normas impugnadas de inconstitucionalidad le dan participación al Poder Ejecutivo, o mejor dicho, el poder de disponer la continuación o la clausura de los procedimientos que menciona.

Esto supone una injerencia indebida, no permitida por la Constitución, de un Poder del Estado (el Ejecutivo) en asuntos que son de plena y absoluta competencia de otro Poder de igual rango, como lo es el Poder Judicial.

Se viola el principio de separación de poderes, al que se refiriera con singular brillo Montesquieu.

Siguiendo también en este punto a los argumentos manejados en sus discordias por los entonces Ministros Dres. García Otero y Balbela, cabe señalar como ellos lo hicieron entonces: *“...los arts. 3º y 4º de la ley nro. 15848 condicionan la actividad jurisdiccional a una decisión del Poder Ejecutivo, con eficacia absoluta, lo cual colide abiertamente con las facultades de los jueces de establecer quienes son o no son responsables de la comisión de delitos comunes.....El Poder Ejecutivo tiene absolutamente vedado, en nuestro sistema constitucional decidir si alguien está o no está en supuestos de ejercicio de la potestad soberana del Estado de aplicar penas”* (cfme. opinión sustentada por García Otero).

Balbela, citando a Jiménez de Aréchaga, expresaba *“La separación de poderes está consagrada en cuanto coexisten distintos centros de autoridad que reciben sus competencias de la Constitución, la cual les marca un ámbito de incumbencia que le es propio y que supone el ejercicio predominante de cada una de las funciones jurídicas del Estado...”* (La Constitución Nacional, T. III pág. 14).

Una cosa es actividad predominante y otra excluyente. Las normas cuestionadas de inconstitucionalidad le confieren al Poder Ejecutivo un poder absoluto de decisión, en cuestiones que son de competencia natural y constitucional del Poder Judicial.

El articulado cuestionado permite al Poder Ejecutivo *“decidir en forma definitiva”* sobre la función jurisdiccional, que es propia y privativa de otro Poder del Estado, el Judicial.

Cagnoni, se refería sobre este tema de la siguiente manera: *“en mi opinión parece muy difícil que pueda negarse que el art. 3º transfiere, para estos casos, de los Jueces al Poder Ejecutivo la potestad jurisdiccional, es decir, juzgar si los hechos investigados por aquéllos constituyen o no conductas delictivas; desde que la inferencia a deducir en la confrontación entre el hecho y su tipificación penal la hará éste y no aquéllos que se transforman, en la Ley, en meros homologados de una decisión. Desde que el Poder Ejecutivo no emite sólo una opinión ni pronuncia un informe, sino que decide, la decisión jurisdiccional sólo reviste formalmente su contenido con forma judicial con los efectos consiguientes, pero viene pronunciada por un órgano o sistema orgánico administrativo, lo que configura lesión de los preceptos de los arts. 82 y 233 de la Carta”.*

10) **El principio de “igualdad”**. Se invoca –asimismo- la “violación del principio de igualdad” (art. 8° de la Carta).

Este Ministerio estima sin embargo que tal principio no se haya vulnerado. La ley impugnada de inconstitucionalidad en sus arts. 1°, 3° y 4° no es “discriminatoria”, no crea desigualdades entre quienes se encuentran en la misma situación.

Al respecto en ese Alto Cuerpo existe reiterada y pacífica jurisprudencia, que ha sostenido en distintas sentencias que “*el principio de igualdad consagrado en el art. 8° de la Carta, determina la prohibición de imponer por vía legal un tratamiento discriminatorio, esto es, un tratamiento desigual entre aquéllos que son iguales, pero no la de adoptar por ley, soluciones diferentes para situaciones o personas que se encuentran, a su vez, en posiciones diferentes* (Cf. L.J.U. casos 755 y s.s. 152/91, 312/95, 59695, 856/95, 2/96, 930/96, 989/96).

Este Ministerio ha sostenido, -en posición que se comparte- que lo que no puede hacer la ley, so pena de incurrir en violación de dicho principio de igualdad, es legislar para un grupo o clase de personas, sin un criterio de razonabilidad, permitido en ese caso por la propia desigualdad existente (cfme. dictamen Nro. 2371/2000).

V) LA CONSTITUCIÓN. EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. SU ESTRECHA VINCULACIÓN

Como es sabido, nuestra Constitución contiene normas relativas a los tratados internacionales, pero carece de previsiones expresas en cuanto a su jerarquía normativa, sin perjuicio de la interpretación dada al art. 72, lo que se analizará más adelante.

Ya con **Justino Jiménez de Aréchaga** prevalecía en nuestro país, la tesis monista, que es la que subsiste actualmente en el constitucionalismo moderno.

Los Tratados y/o Convenciones Internacionales se aplican directamente, una vez que se produce “*el canje de ratificaciones*”. Esta última etapa de “*ratificación*” se produce luego de la intervención parlamentaria de aprobación del instrumento internacional. (art. 168 nral. 20 Const. Nacional)

La vinculación clara entre el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos, se ha venido agudizando en las últimas dos décadas.

Hoy en día, si nos situamos en el contexto latinoamericano, cabe concluir siguiendo los conceptos de **Humberto Nogueira** (“**Los derechos esenciales**” pág. 406), “*que los derechos humanos son inherentes a la dignidad de la personalidad humana, por el sólo hecho de ser seres humanos, y no dependen de la nacionalidad ni del territorio, ni pueden ser limitados ni desconocidos con invocaciones a la soberanía estatal o al poder estatal*”. (citado por **Martín Risso Ferrand, Derecho Constitucional, Tomo 1, págs. 110-111**).

No caben dudas respecto al desarrollo en América Latina, del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en los últimos tiempos, así como la aparición de las jurisdicciones supranacionales, y el recíproco proceso de constitucionalización de los derechos humanos.

El caso argentino, con su art. 75 de la Constitución, constituye un claro ejemplo en ese sentido.

Es así, que en América Latina existe una corriente cada vez más generalizada que reconoce un “*bloqueo*” de derechos integrado por los derechos asegurados explícitamente en el texto constitucional, los derechos contenidos en los instrumentos internacionales de derechos

humanos y los derechos implícitos, en donde la interpretación a favor de la preferencia de la protección y garantías de estos derechos, juega un papel fundamental.

“En la medida que los derechos humanos son inherentes a la dignidad de la persona, limitan la soberanía o potestad del Estado, no pudiendo invocarse a esta última para justificar su vulneración” (Humberto Nogueira, obra citada, en Riso Ferrand, Der. Constitucional, pág.115).

- **El principio de preferencia de normas.** No sólo los derechos humanos afectan actualmente la “*noción de soberanía*”, sino también constituyen un cambio sustancial al principio de la “*pirámide kelseniana*”.

Y ello, por cuanto de existir un mismo derecho humano protegido por la Constitución de un Estado y por un instrumento de origen internacional, su diversidad normativa no se resolverá conforme al principio de jerarquía, sino que el Juez deberá recurrir a la norma que **mejor proteja el derecho humano en juego independientemente de su fuente.**

VI) EL JUSNATURALISMO EN LA CONSTITUCIÓN EL ART. 7

Art. 7º. *“Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecieron por razones de interés general”.*

Según Riso Ferrand, invocando a Justino Jiménez de Aréchaga, encontramos dos tipos de derechos en este artículo.

a) los derechos reconocidos o preexistentes, que son el **derecho a la vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y seguridad.**

Estos derechos no son “*consagrados*” en la Carta, sino “*reconocidos*” como preexistentes. Se los reconoce como derechos inherentes a la personalidad humana.

b) los derechos consagrados por la Constitución: el derecho a ser protegido en el goce de la vida, del honor, etc... No son derechos anteriores a la Carta, sino derechos que nacen de la propia regulación constitucional.

Esto admite la “*filiación jusnaturalista*” de la Constitución, que no se limita a crear derechos, sino que por el contrario reconoce que existen derechos anteriores. (Cfme. Riso Ferrand, obra citada, págs. 464 y 465).

VII) EL ART. 72 DE LA CARTA.

“La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno”.

La interpretación – a nuestro juicio- siguiendo la doctrina mayoritaria a nivel nacional, es que a raíz del “*proceso de internacionalización de los derechos humanos*”, con múltiples instrumentos internacionales ratificados por nuestro país, y con la existencia actual de “*derechos fundamentales*”, éstos ingresan dentro del concepto de inherencia amplio de dicho art. 72.

Como sostienen, entre otros, **Riso Ferrand y Cajarville Peluffo**, “*la constatación de que existe o se reconoce un derecho en diversos instrumentos internacionales ratificados por*

la República, que tienen por objeto la temática de derechos humanos, proporciona un dato irresistible para el intérprete en cuanto al **rango constitucional de dicho derecho, por estar probado que el mismo es inherente a la personalidad humana, y todo conforme al art. 72**” (Risso obra citada, págs. 538 y 539; Cajarville, Reflexiones sobre los principios generales de derecho en la Constitución uruguaya, págs. 168 y 169).

Asimismo, **Cajarville** expresa: “*La Carta actualmente (1996) vigente (Constitución 1967 alude a los principios generales del derecho, implícita pero necesariamente, en el art. 72, y expresamente en el art. 332.....El art. 72 afirma la existencia de “derechos, deberes y garantías” que no han sido enumerados en la Constitución, y que esa disposición incorpora a nuestro derecho positivo.....se tratan de verdaderas situaciones jurídicas.....de reglas de derecho.....que no pueden ser sino “principios generales del Derecho”*” (“Los principios Generales de Derecho en el Derecho Uruguayo y Comparado”, págs. 138 y 139.).

Al referirse a las convenciones internacionales sobre derechos humanos, **Cajarville** también coincide con la doctrina mayoritaria, y estima que: “*su contenido debe analizarse a la luz de lo dispuesto en el art. 72 de nuestra Constitución*” (obra citada, pág. 152).

Por su parte, **Fernando Aguirre Ramírez** encarando la naturaleza de los derechos humanos, desde un punto de vista filosófico, ha dicho que “*cuando se dice derechos humanos*” y que se quiere significar con ello: derechos naturales, inalienables e imprescriptibles y superiores al Estado, no se está usando la palabra Derecho, en el sentido que derecho subjetivo tiene en la Teoría General.....y en virtud del art. 72, los derechos, deberes y garantías, entre ellos los Derechos Humanos, constituyen situaciones jurídicas positivas perfectas.

Entonces, es propio del art. 72 interpretar que pueden incluirse como derechos inherentes a la personalidad humana o a la forma republicana de gobierno, a aquellos derechos establecidos en el ordenamiento jurídico internacional.

La evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, impone en la actualidad una interpretación amplia y flexible en el sentido indicado.

En la actualidad el ser humano es considerado sujeto de Derecho Internacional.

Al decir de Risso Ferrand “*en principio y cuando nos encontremos con un derecho fundamental reconocido como tal en los tratados sobre derechos humanos ratificados por la República, ya no será necesario argumentar que el mismo presenta el referido carácter de inherencia para que se acepte su rango constitucional, sino que dicha condición deriva directamente del hecho de estar reconocido por el ordenamiento jurídico internacional como un derecho fundamental.*”

“*La carga de la argumentación, con todos los problemas prácticos que la misma implica, sólo sería necesaria para demostrar que por excepción algún derecho recogido como fundamental por el orden internacional no es inherente a la personalidad humana y por lo tanto no debe reconocérsele rango constitucional con base en el art. 72 de la Carta*” (obra citada, págs. 540 y 541).

Se trata, pues, de una “*adición de derechos*”, permitida e impuesta por el art. 72 de la Constitución.

En efecto, se comparte por nuestra parte, esta interpretación normativa, ya que el mencionado art. 72, habilita e impone, reconocer rango constitucional, o aún supraconstitucional, a aquellos derechos no establecidos a texto expreso, pero en forma alguna permite modificar las soluciones constitucionales expresas.

Es así, que mediante esta lectura, el nuevo derecho genera problemas de derogación respecto a leyes anteriores o bien problemas de inconstitucionalidad. (cfme. Cassinelli Muñoz, Horacio, *“Oposición superviniente: ¿Derogación o Inconstitucionalidad?”*; Pérez Pérez, Alberto. *Derogación de las normas legales por una Constitución posterior*”).

En suma: la interpretación actual del art. 72, a la luz de los principios constitucionales en materia de derechos humanos, considerando la doble regulación de los derechos fundamentales (a nivel nacional e internacional), permite concluir que:

- el concepto de derecho inherente a la personalidad humana, hoy resulta más claro en tanto es reconocido como *“fundamental”* en tratados, convenciones, pactos, etc., internacionales sobre derechos humanos ratificados por Uruguay.

Por consiguiente, cabe reconocerle rango constitucional o supra constitucional a dicho derecho, de acuerdo al art. 72 de la Constitución.

- la carga de la argumentación en la materia se ha *“trasladado”*, a quien pretenda que un derecho reconocido en un tratado, no es inherente a la personalidad humana.

- los derechos humanos con rango constitucional en nuestro país, no son sólo los que regula y prevén los arts. 7 y 72 de la Carta Magna, sino también los contenidos en tratados internacionales, en materia de derechos humanos, ratificados por nuestro país.

Como señalara **Héctor Gros Espiell**, en *“Estudios sobre Derechos Humanos, págs. 18 y ss.”*, *“la materia de los derechos humanos ha pasado a ser una cuestión que interesa a la Colectividad Internacional en su conjunto, razón por la cual, junto con la tradicional regulación del derecho interno de cada Estado, se advierte ahora la coexistencia de dichas regulaciones con diversos instrumentos internacionales, e incluso con el reconocimiento de competencias y atribuciones a órganos internacionales y supranacionales de esta temática”*.

Por otro lado, **el art. 332 de la Carta, establece:** *“Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como lo que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida, recurriendo a los fundamentos de las leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas”*.

Por mandato de esta disposición constitucional se aplican los principios generales de Derecho, conjuntamente con los fundamentos de leyes análogas y las doctrinas generalmente admitidas, de manera que los principios generales no pueden ser descartados por norma infralegal.

Los principios generales del derecho y la doctrina más recibida, actúan en forma subsidiaria ante la carencia de la reglamentación respectiva.

VIII) APLICACIÓN DEL DERECHO DE ORIGEN INTERNACIONAL, DE DERECHOS HUMANOS, EN NUESTRO DERECHO INTERNO

1) Como se dijo ya, la doctrina con Justino Jiménez de Aréchaga a la cabeza, sostiene la aplicación directa del derecho de origen internacional, tanto de naturaleza convencional como consuetudinaria.

Es así que la tesis monista ha sido acogida *“in totum”* por nuestra doctrina, y ha sido aplicada por nuestra jurisprudencia nacional, así como lo es en toda América Latina.

Por tanto, cuando un Estado ratifica tratados, convenciones, pactos u otros instrumentos de origen internacional, éstos quedan debidamente incorporados a nuestro ordenamiento jurídico, y forman parte de nuestro derecho interno, sin necesidad de “transformación”.

Cuando estos instrumentos internacionales se refieren a los Derechos Humanos, adquieren una jerarquía constitucional o supra nacional, según la doctrina dominante, y lo hacen a través de la interpretación dada al art. 72 de la Carta –que ya fuera analizada–.

2) Las propias normas de origen internacional disponen la obligación del Estado de garantizar el goce y respeto de los derechos consagrados a todos los individuos que se encuentren en el país y estén sujetos a su jurisdicción, y lo comprometen a adoptar medidas legislativas o de otro carácter, para hacer efectivos los derechos reconocidos en estos instrumentos.

En consecuencia, estas normas de origen internacional de Derechos Humanos pueden ser invocadas ante los tribunales nacionales y deben ser aplicadas por éstos en aquellos casos en que resulten pertinentes, y aún en defecto de la legislación de origen interno.

Tal el caso del art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, y los arts. 1 y 2 del Pacto de San José de Costa Rica o Convención Americana de DDHH.

El art. 26 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, “*Pacta sunt Servando*”, establece: “*Todo Tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe*”.

El art. 27 de dicha Convención prevé que: “*un estado parte no podrá invocar las disposiciones a su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado*”.

3) A nuestro juicio, resulta compatible el concepto de que en lo relativo a DDHH, basta con aplicar la Convención Americana de DDHH, o cualquier otro tratado de DDHH, y armonizar la interpretación y aplicación del resto del derecho interno.

Ha de tenerse presente el art. 31 inc. 1 de la Convención de Viena, sobre Derecho de los Tratados, que establece que éste debe ser interpretado de “buena fe”, “*en su contexto y a la luz de su objeto y finalidad*”, y esta finalidad no puede ser otra que la reafirmación y mayor tutela de los DDHH, y no su restricción. (cfme. Fernando Parducci Puglia, “*Aplicación del Derecho de Origen Internacional de los DDHH en la jurisdicción doméstica de los Estados*”; IELSUR “*Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos*”).

4) Las normas “programáticas imperativas” que contienen los instrumentos de origen internacional pueden tener efectos derogatorios sobre el ordenamiento anterior, y si tratan de derechos humanos, concluir en la inconstitucionalidad de una ley que se oponga a su contenido.

En definitiva, en las últimas décadas se han aprobado y ratificado por nuestro país varios instrumentos de origen internacional, sobre derechos humanos, que coliden o resultan incompatibles con la ley de caducidad, N° 15848, además de los ya existentes al momento de su sanción.

5) El art. 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, incluye normas de interpretación que establece: “*ninguna disposición de la convención puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y el 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*”.

6) A su vez, a nivel universal el art. 5.2. común de los Pactos llegan a conclusiones similares: “no podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres so pretexto de que el presente pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado”.

7) Especial relevancia tiene la “**Convención Interamericana sobre desaparición Forzada de Personas**”, que fuera aprobada por nuestro país, por Ley 16.724, de 1º de noviembre de 1995.

En efecto, en dicho instrumento internacional los Estados partes, se comprometen a ...”b) sancionar en el ámbito de su jurisdicción a los autores, cómplices y encubridores del delito de desaparición forzada de personas, así como la tentativa de la comisión del mismo”.

8) **Posteriormente**, por ley interna N° 18.026, publicada en el Diario Oficial el 4 de octubre de 2006, se sancionan normas relativas a los crímenes y delitos internacionales como el de desaparición forzada; pero aún más, modifican algunos delitos consagrados en nuestro ordenamiento jurídico penal; y se consagran principios, postulados y normas imperativas que – a nuestro juicio- **derogan parcial y tácitamente la ley de caducidad 15.848, arts. 1º, 3º, y 4º**.

(Hasta ahora la única excepción que hizo lugar a recomendaciones en el ámbito internacional, había sido la ley 17.060, de Corrupción).

Basta repasar algunos de los artículos, de esta nueva ley:

- El art. 2do. establece: “(Derecho y deber de juzgar crímenes internacionales) La República Oriental del Uruguay tiene el derecho y el deber de juzgar los hechos tipificados como delito según el derecho internacional. Especialmente tiene el derecho y deber de juzgar, de conformidad con las disposiciones contenidas en esta ley, los crímenes reconocidos en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional aprobado por ley 17.510, de 27 de junio de 2002”.

En el orden interno, se trata de una norma imperativa que obliga al Estado Uruguayo a “**juzgar**” los hechos tipificados como delito según el derecho internacional.

- El art. 5º (Actuación bajo jurisdicción nacional) establece el procedimiento a seguir cuando exista “*semi plena prueba*” de haber cometido un crimen o delito que no fuese jurisdicción de la Corte Penal Internacional, debiendo intervenir el Juez competente nacional.

- Pero singular trascendencia tiene el art. 8º de dicha Ley, que dice: “(Improcedencia de amnistía y similares). Los crímenes y penas tipificados en los Títulos I a III de la Parte II de la presente ley, no podrán declararse extinguidos por indulto, amnistía, gracia, **ni por ningún otro instituto de clemencia, soberana o similar**, que en los hechos impida el juzgamiento de los sospechosos o el efectivo cumplimiento de la pena por los condenados”.

- Los crímenes y delitos que incluye la ley están previstos en la Parte II. Se incluyen en el Capítulo 2 a los “*Crímenes de Lesa Humanidad. Actos Aislados*”.

Están consagrados como delitos el Homicidio Político (art. 20), la Desaparición forzada de personas (art. 21), la Tortura (art. 22), Privación grave de la libertad (art. 23) y otros.

9) A nuestro juicio, esta ley interna en varias de sus disposiciones, que fueran reseñadas y en otras posiblemente, han **derogado en forma parcial y tácita los arts. 1º, 3º y 4º de la ley 15.848, en lo que tiene relación con los delitos previstos en esta ley derogatoria**.

En el actual contexto de origen internacional, y nacional, hoy los crímenes contra la humanidad como crímenes internacionales están expresamente previstos en el ordenamiento jurídico uruguayo. De allí que puedan perseguirse ahora estas conductas previstas en la citada ley.

10) Por consiguiente, además de resultar inconstitucional las disposiciones referidas a la ley de caducidad, para el caso concreto, estarían derogadas – a su vez- por esta ley en lo relativo a los delitos que la misma ley ha creado.

11) Nuestra jurisprudencia también se ha pronunciado acerca del alcance de la normativa de origen internacional, en materia de derechos humanos, y su incidencia en lo nacional.

La Suprema Corte de Justicia, por Sentencia N° 332, de 15 de noviembre de 2004, en autos: “González, José Luis en representación de Gelman, Juan. Denuncia. Acción de Inconstitucionalidad, desestimó la acción instaurada, pero por razones formales, “por no existir un procedimiento judicial en trámite”.

Sin embargo el fallo hace algunas consideraciones sobre el tema de fondo, que resultan significativas.

En el Nral. VIII, la sentencia expresa: *“No obstante, al Acordar se señaló la procedencia de las siguientes puntualizaciones específicas, porque si bien la Acción invoca en autos los arts. 82, 233, 72, 8, 12, 16, 18.....sin ingresar al fondo del asunto y sin que incida en lo resuelto en autos por razones de especie procesal-, vistos los argumentos vinculados a la aplicación y jerarquía de los preceptos internacionales ante normas de origen nacional, es preciso atender a los arts. 26, 27 de la Convención de Viena.....y a los alcances de la buena fe de los Tratados Internacionales por los Estados Miembros admitentes...”*

“Lo que deriva, por un lado, en que el momento de ratificar cada Estado un tratado deberá (1) considerar (2) resolver puntos de especie Constitucional o (3) hacer reservas pertinentes; y por otro, en que ya ratificado, existe un orden supranacional y supraconstitucional vigente, internado, aplicable a los Jueces y órganos nacionales competentes, dentro del lapso que señala el texto, circunstancias metódicas que deben tenerse en cuenta en todo caso, aunque en autos son las razones adjetivas las que se oponen a admitir la acción” (SCJ, Sent. Nro.332/2004, Van Rompaey, Parga, Gutiérrez, Rodríguez Caorsi, Troise).

Por otro lado resulta sumamente significativo y compartible la solución dada en el caso 14288 LJU, en donde se profundizan conceptos relativos a los derechos humanos, a los Tratados o Convenciones Internacionales sobre dicha materia, y a su aplicación directa en nuestro derecho interno.

Al respecto se rescata sobre el tema en cuestión lo afirmado respecto al informe 29/92 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA, que cita a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En lo medular se señala: *“El Estado está en el deber jurídico de prevenir razonablemente, las violaciones a los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido en el ámbito de su jurisdicción”*. Acorde con ello la Comisión Interamericana de Derechos Humanos *“recomienda al Gobierno de Uruguay la adopción de medidas necesarias para esclarecer los hechos”*.

Tal recomendación es vinculante jurídicamente para el gobierno uruguayo, *“en virtud del ya señalado principio de buena fe, consagrado en el mismo art. 31.1 de la Convención de Viena, sobre el Derecho de los Tratados”*.

IX) CONCLUSIONES

A)- Por los motivos señalados ut supra, los arts. 1º, 3º y 4º de la ley 15.848, a nuestro juicio, son inconstitucionales por violar los artículos 4, 82 y 233 de la Constitución Nacional, en tanto éstos establecen que la soberanía radica en la Nación, y será ejercida indirectamente por los Poderes representativos correspondientes.

El Poder Judicial, a través de los órganos que establece el art. 233.

B)- Asimismo las normas legales citadas resultan contrarias y violatorias de los arts. 7 y 72 de la Carta, y de los derechos que éstas consagran y reconocen como preexistentes.

“los principios generales de derecho propios de jusnaturalismo humanista están consagrados en el art. 72 de la Constitución, que tutela los derechos, deberes y garantías inherentes a la personalidad humana y a la forma republicana de gobierno, “positivizando” las soluciones generalmente admitidas por la doctrina jusnaturalista...”

“Los principios generales admitidos en un ordenamiento dependen de las convicciones socialmente predominantes en un momento histórico determinado. Serán aquellas que por socialmente dominantes se han incorporado al derecho positivo por cualquier vía..... a nuestro ordenamiento jurídico, por ingresar a través del art. 72 y del art. 332 o por la vía residual del art. 16 del Código Civil...” (Dr. Leslie Van Rompaey- Reflexiones sobre los Principios Generales de Derecho- Anuario de Derecho Civil Uruguayo, Tomo XXX, págs. 728 y 729).

“...la Constitución Nacional no se agota en el enunciado expreso de derechos, deberes y garantías. Por las previsiones de los arts. 72 y 332 se amplía el elenco de los mismos o que se derivan de la forma republicana de gobierno. Ello atrae al ámbito constitucional patrio los derechos, deberes y garantías previstos en las Convenciones y Pactos Internacionales.

Nuestro Constituyente y la Convención Americana han adherido al jusnaturalismo, en consecuencia, existen derechos que preexisten y se imponen al Estado.....Es por (ello)....que son parte del acervo mencionado, los derechos reconocidos y las garantías consagradas en los instrumentos internacionales de derechos humanos, que fueron debidamente ratificados por nuestro país, tanto del ámbito universal o regional” (cfme. Dr. Ricardo Pérez Manrique-Panorama de la Jurisprudencia de la Suprema Corte en materia de Derechos Humanos. Revista Judicatura. Agosto 2000, Nro. 41, pág. 252 a 254).

C)- La Ley Nº 15.848, conocida vulgarmente como *“ley de la caducidad de la pretensión punitiva del Estado”*, es a su vez, violatoria del Derecho Internacional, por resultar incompatible con los siguientes Tratados de Derechos Humanos:

- I) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por ley 13.751;
- II) Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada por ley 15.798;
- III) Convención contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, ratificada por ley 15.798;
- IV) Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, ratificada por ley 16.294;
- V) Carta de la Organización de los Estados Americanos;
- VI) Carta de las Naciones Unidas, ley 10.683.
- VII) Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, *“Protocolo de San Salvador”*. Ley 16519.
- VIII) Convención Interamericana sobre **Desaparición Forzada de Personas. Ley 16.724.**

- Asimismo, se estima que la ley de caducidad en lo pertinente -arts. 1, 3 y 4- se encuentra parcial y tácitamente derogada por la ley 18.026, resultando respecto a los delitos que la misma prevé, inaplicable.

Por todas las consideraciones y fundamentos expuestos en el presente dictamen, este Ministerio estima que procede hacer lugar a la inconstitucionalidad promovida, por vía de excepción, respecto a los arts. 1º, 3º y 4º de la ley 15.848.

Montevideo, 19 de mayo de 2009.

RU/ru/ao

**Dr. Rafael Ubiría Alzugaray
Fiscal de Corte y Procurador
General de la Nación.**

Evacuación Vista de Tercería

Suma: evacua traslado tercería

SEÑORES MINISTROS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

La FISCAL LETRADA NACIONAL DE LO PENAL DE 2º TURNO, en los autos caratulados: SABALSAGARAY CURUCHET BLANCA STELA, DENUNCIA, EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD, ARTS. 1, 3 Y 4 LEY Nº 15.848, Ficha 97-397/2004, evacuando el traslado conferido, a los Señores Ministros digo:

I.- Compareció en estos autos BLANCA STELA MARIS SABALSAGARY CURUCHET, hermana de la fallecida NIBIA, parentesco que acreditó en ocasión de formularse la denuncia inicial, en el año 2004, interponiendo tercería coadyuvante con la excepción de inconstitucionalidad promovida oportunamente en mi condición de representante del Ministerio Público.

La compareciente fundamentó ajustadamente su interés directo personal y legítimo en el proceso de inconstitucionalidad, conforme al precepto contenido en el art. 258 de la Constitución.

Acertadamente dijo que *“La compareciente no podía por tanto oponer en sede penal la excepción de inconstitucionalidad por no ser parte en el proceso penal, pero una vez instaurado el Proceso de Inconstitucionalidad de la Ley, regulado por el Título IX del Código General del Proceso como un proceso más, autónomo y diferente a los otros previstos en el Libro II del C.G.P., es de aplicación entonces lo previsto por el art. 334.2 de dicho cuerpo normativo..”*

II.- En efecto, el art. 48.2 del C.G.P. prescribe que podrán intervenir en un proceso como litisconsortes de una parte, los terceros que sean titulares de una determinada relación sustancial que podría verse afectada por la sentencia a dictarse y que por ello estaban legitimados para demandar o ser demandados en el proceso. La tercería coadyuvante y la litisconsorcial podrán introducirse también durante el curso de la segunda instancia (art. 50.2 id.).

El artículo invocado por la compareciente (334.2) dispone que *“el tercero coadyuvante tomará el proceso en el estado en que se encuentre y formará una sola parte con la coadyuvada”*.

Es de considerar que BLANCA STELA SABALSAGARY CURUCHET coincidió en un todo con las causales de inconstitucionalidad invocadas por la Fiscalía y formuló idéntico petitorio que el plasmado en mi escrito inicial.

Esto implica ratificación absoluta de lo que se ha actuado hasta el presente, dado que, como se dijera, toma el proceso en el estado en que se encuentra; por imperio legal no cabe retrotraerse a etapas ya cumplidas.

III.- Coincido ampliamente con que las víctimas pueden formular, en este proceso de inconstitucionalidad, la misma petición que la Fiscalía, amparadas ciertamente en las obligaciones asumidas en instrumentos internacionales de derechos humanos por nuestro gobierno, de asegurarles su derecho a la verdad y el acceso a la justicia.

El Informe 29/92 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como fuera dicho en el escrito introductorio, afirmó que: “Con respecto al derecho a la protección judicial, el artículo 25.1 de la Convención estipula: Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. El artículo 25.2 estipula: Los Estados partes se comprometen: a. a) garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b). a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c). a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso. Al sancionar la

Ley, el Uruguay dejó de garantizar los derechos estipulados en el artículo 25.1 y violó la Convención”.

Estimo que ante esa petición, corresponde que la Suprema Corte de Justicia ampare ese derecho y declare la inconstitucionalidad de la ley que impide el acceso a la justicia

Tal circunstancia no enerva el accionamiento de la Fiscalía, porque el poder-deber que ejercita en este expediente tiene su fundamento en el derecho positivo nacional y por consiguiente en la función que cumple en el proceso penal que está en la génesis de esta excepción de inconstitucionalidad.

Porque las víctimas, aún obtenida repuesta favorable, ¿podrían deducir luego pretensión penal? No en las actuales circunstancias. Para concretar esa pretensión sólo está habilitado el titular del Ministerio Público.

IV.- El Ministerio Público es parte esencial, entonces, en el proceso penal. Según Arlas, “Es parte en sentido material y en sentido formal. *Es parte en sentido material porque es el titular de la pretensión penal que se hace valer en juicio mediante el ejercicio de la acción respectiva, pidiendo que se imponga al imputado como autor de determinado hecho delictivo una pena o medida de seguridad*” Se ha dicho que el Ministerio Público no puede ser parte en sentido material, porque el titular de la pretensión es el órgano ejecutivo del Estado. Pero, dice el mismo autor: “*no debe olvidarse que el Ministerio Público es un órgano del Poder Ejecutivo y no un representante del mismo, lo que significa que integra ese órgano ejecutivo y como tal es también titular de la pretensión penal*”.

Esa especial posición del Fiscal en el proceso penal se ilustra con la expresión de la Dra. Bernadette Minvielle al consignar en un voto que “*el norte o principio rector, que jamás debe perderse de vista, es que las potestades de investigación y hasta de juzgamiento que se otorgan al juez en la etapa preliminar (denominada en nuestro derecho presumario) lo son a los solos efectos de posibilitar al Ministerio Público el ejercicio de la acción; carácter instrumental de tales potestades judiciales que ya señalaba con acierto CARNELUTTI en su obra “Derecho Procesal Civil y Penal”, T II, EJEJA, Buenos Aires 1981, p. 59*”.

V.- Sabemos que la actuación práctica de la ley penal requiere un mecanismo mediante el cual, frente a la hipótesis de una conducta punible, se provoca una determinada reacción del Estado. En nuestro ordenamiento jurídico esa actuación está regulada por el principio de legalidad. Como bien expresa Cafferata Nores, se ha conceptualizado a la legalidad como la *automática e inevitable reacción del Estado a través de órganos predisuestos* que, frente a la hipótesis de la comisión de hecho delictivo (de acción pública) se presenta ante los órganos jurisdiccionales reclamando (o realizando) la investigación, el juzgamiento y si corresponde, el castigo del delito que se hubiera logrado comprobar.

Normas que en definitiva marcan la impronta y razón principal, desde el ámbito nacional y supranacional, por la que el Estado basa la obligación de perseguir el delito, que no es otro que el de “garantizar el derecho a la justicia de las víctimas”

Ahora bien, como viene de señalarse, en nuestro sistema se ha conferido al Ministerio Público “el monopolio” sobre la acción penal, la víctima no tiene la disposición de la misma, su intervención procesal está sumamente acotada a la eventual producción de prueba (art. 80 y sigs. del Código del Proceso Penal), solamente en el caso de que exista ya sumario, esto es, una vez que el Ministerio Público haya decidido que procede solicitar la iniciación de proceso.

La clausura de la investigación preliminar solicitada por el representante del Ministerio Público, o la solicitud de sobreseimiento en su caso, no pueden ser recurridas por la víctima y no están sujetas a un sistema de control eficaz.

VI.- Es por ello que se reafirma el hecho de que el Estado ha “expropiado” el conflicto que genera el hecho delictivo, sustrayéndolo a la esfera de los particulares, en tanto la figura del querellante no tiene cabida en nuestro ordenamiento procesal penal. No es del caso aquí de emitir opinión valorativa, (aunque esta representante del Ministerio Público se afilia decididamente a la necesidad de urgentes reformas), sino de verificar cual es la posición

institucional actual del representante del Ministerio Público con competencia penal y sus facultades dentro del proceso.

La radical exclusión de la víctima (que no tiene facultades decisorias) del proceso penal, lleva a la conclusión de que el Fiscal opera realmente como representante del “Estado víctima”.

Por otra parte, con carácter general, el Estatuto de los Fiscales proclama (art. 3º) como delimitación conceptual, que el Ministerio Público tiene como objetivo “la protección y defensa de los intereses generales de la sociedad”. Conciliando ambas posiciones podemos decir, también con Cafferata, que, si aceptamos que el interés que defiende el Ministerio Público es el “general de la sociedad”, nunca podrá dejar de lado su perfil funcional de agente público al servicio del ciudadano que vea afectado su derecho o interés concreto por la comisión de un delito, que si bien ha confiado al Estado la tutela de éstos, no los ha renunciado a su favor.

De esta forma, el Ministerio Público debe cumplir un papel de servidor, poniéndose del lado de la víctima y procurando suplir las falencias del sistema, dándole la oportunidad de que haga valer sus derechos, como servidor del Estado y, en última instancia de la sociedad, al igual que todo funcionario público.

Pues bien, la “delimitación conceptual” que la parte introductoria de su estatuto supone, no colide en modo alguno con las obligaciones y facultades que resultan de la interpretación armónica de las normas constitucionales y legales antes indicadas.

En suma, por las consideraciones referidas, además de reiterar, como lo ha hecho la tercerista, que el Fiscal, como titular de la acción penal, tiene legitimación para promover la acción de inconstitucionalidad, es claro también que en el proceso de inconstitucionalidad las víctimas están dotadas de interés directo, personal y legítimo para reclamar su declaración.

Por lo expuesto solicito:

1.- Se sirvan los Señores Ministros tener por evacuado en tiempo y forma el traslado conferido.

2.- De igual manera, tengan presente la manifestación de voluntad de BLANCA STELA SABALSAGARAY CURUCHET, que hace suya la petición de declarar la inconstitucionalidad de la ley N° 15.848 para el caso que trata la investigación de la muerte de su hermana NIBIA.

3.- Oportunamente, tenga en cuenta mi solicitud anterior de informar *in voce* ante esa Corporación.

Informe In Voce

INFORME IN VOCE

Esta solicitud de informar in voce, estuvo motivada, en su momento, por la necesidad de afirmar el derecho –deber de cada representante del Ministerio Público, cuando actúa como parte, de peticionar la declaración de inconstitucionalidad de una ley.

Ese será, entonces, el centro de la exposición, sin perjuicio de remitirme in totum a los argumentos que expuse en el escrito inicial, respecto a que las normas contenidas en los artículos 1º, 3º y 4º de la ley 15.848, como dijera magistralmente el doctor GARCÍA OTERO, en su voto de 1988: “**no sólo son inconstitucionales, sino que lo son voluntariamente**”, reflejando así lo que se vivió en la época de su sanción.

Es entonces una obligación, no sólo funcional, sino ética también, de la representación del Ministerio Público, dentro del ámbito de sus facultades, de procurar que se subsane una situación jurídica que colide a nuestro juicio, no sólo con la Constitución Nacional en sentido estricto, sino con las obligaciones contraídas internacionalmente por nuestro país en materia de derechos humanos, incluso antes de la sanción de la ley 15.848.

En el presente proceso se juzga, ante todo, la legitimidad o inconstitucionalidad de la disposición contenida en dicha ley, que declara, para ciertas hipótesis, la caducidad de la pretensión punitiva del Estado y supedita a una decisión del Poder Ejecutivo el derecho subjetivo del Estado a juzgar y castigar a determinados acusados por determinados delitos.

¿Cuál es el interés lesionado por el acto legislativo impugnado? Es clarísimo, a mi juicio, que **es el interés del Estado en que no se pongan obstáculos al ejercicio de su pretensión punitiva.**

Este interés es un interés legítimo, porque puede ser satisfecho sin incurrir en conductas ilegítimas, es decir, contrarias a Derecho.

Ese interés legítimo del Estado es un interés directo y personal.

El Estado está pues legitimado por el art.258 de la Constitución para impugnar los actos jurídicos que pretendan eliminar o condicionar a decisiones del Poder Ejecutivo el ejercicio de la potestad punitiva del Estado.

Del texto del acto legislativo impugnado surge nítidamente que la pretensión punitiva afectada por la ley 15848 es la que ***incumbe al Estado***. No refiere a la pretensión punitiva de la Comunidad Internacional ni a la pretensión punitiva de índole privada que prevé el art.22 de la Constitución.-

Nuestra Constitución recoge el sistema acusatorio. Configura el proceso criminal como una contienda en que el querellante o el Estado es titular de la pretensión punitiva contra el acusado. La ley de caducidad de la pretensión punitiva del Estado trata de delitos que persiguen de oficio, de modo que ***el titular de la pretensión punitiva cuya caducidad se declara en aquella ley, es el Estado.***

La Fiscalía de Corte y Procuraduría General de la Nación en su dictamen, dijo que los requisitos que impone el art.258 de la Constitución “***se contraponen claramente con los objetivos y las funciones específicas del Ministerio Público y Fiscal, y en concreto, de sus integrantes***”. (No.5 del Dictamen de la Fiscalía de Corte)

Tengo que marcar aquí mi radical discrepancia. Las Fiscalías Letradas de lo Penal integran el Ministerio Público, institución del Estado que tiene el cometido de defender la causa pública

o los intereses generales de la sociedad; **pero ello no se opone al reconocimiento de que la ley enjuiciada viola el derecho subjetivo o lesiona el interés directo, personal y legítimo del Estado en el cabal cumplimiento de su pretensión punitiva.** La persona jurídica Estado está legitimada para solicitar la declaración de inconstitucionalidad de la ley 15848 y la inaplicabilidad al caso de autos de sus artículos 1º, 3º, y 4º, **porque estos artículos son lesivos del interés directo, personal y legítimo en hacer valer la pretensión punitiva que ostenta el Estado.**

La disposición legal que declara la caducidad de la pretensión punitiva del Estado viola el derecho-deber del Estado de castigar a los delinquentes (*jus puniendi*). Ese derecho subjetivo es ejercido por el Estado a través de los órganos competentes del Ministerio Público, institución especializada en la defensa de la causa pública, esto es, de los intereses de la sociedad en general.

La doctrina ha ensayado diversos enfoques sobre la naturaleza de la causa pública, sobre el alcance de la independencia de los Fiscales en el ejercicio del Ministerio Público, sobre la diferencia entre el Ministerio Público y la Abogacía del Estado, etc., pero **en el Derecho uruguayo es indudable que el actor en los juicios criminales es el Estado. La propia ley de caducidad menciona a esta pretensión (la del Estado) como objeto de dicha caducidad.**

Por otro lado, es claro que si entendiésemos que la pretensión aludida como “del Estado” en la ley, debiere entenderse como si dijera “del Ministerio Público”, con mayor razón estaría legitimada la Fiscalía Letrada competente en lo Penal (en su carácter de “acusador público”, art.22 de la Constitución) para solicitar la declaración de inconstitucionalidad y la inaplicación en el caso concreto, de **las disposiciones que impiden o condicionan, a requisitos inconstitucionales, el ejercicio de la acción penal.**

La Fiscalía Letrada de lo Penal, competente para el ejercicio de la acción penal en el caso concreto, no podría ejercerla si se aplicara la ley inconstitucional que declaró esa caducidad de la pretensión punitiva.

La parte actora en el proceso penal –tanto si la concebimos como persona jurídica Estado como si la concebimos como expresión del Ministerio Público- tiene por ende legitimación activa para solicitar la declaración de inconstitucionalidad.

La circunstancia de que la persona lesionada en su interés legítimo sea el Estado (persona pública mayor) y que órganos de esa persona (Poderes Legislativo y Ejecutivo) actúen en el procedimiento de formación de las leyes, no la excluye del derecho a solicitar la declaración de inconstitucionalidad. La Constitución se lo otorga a **“todo aquél que se considere lesionado en su interés directo, personal y legítimo”, sin discriminar entre personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, estatales o no estatales.**

¿Cuál es el órgano al cual compete la representación del Estado en la solicitud de declaración de inconstitucionalidad? Puesto que se trata de superar el obstáculo al pleno ejercicio del derecho/deber configurado por la pretensión punitiva del Estado, parece indudable que sea el mismo magistrado del Ministerio Público que deba ejercer sus funciones ante la jurisdicción penal en cada caso concreto. En efecto, **la solicitud de declaración de inconstitucionalidad integra el conjunto de actos procesales necesarios para hacer valer la pretensión punitiva del Estado en el caso concreto.**

Invocó la Fiscalía de Corte el art.1 del Decreto Ley No 15 365, donde se definen los cometidos del Ministerio Público.

Allí se expresa claramente que además de la defensa de la sociedad **incumbe al Ministerio Público la defensa y representación del Estado en el ámbito que las leyes le asignen**. Y la Ley asigna a los Fiscales Letrados de lo Penal, la representación y defensa del Estado ante la jurisdicción penal. **Para hacer efectiva la defensa de la sociedad y del Estado ante dicha jurisdicción, el Fiscal competente debe cumplir todos los actos procesales que correspondan, inclusive la impugnación de los actos legislativos que obstaculizaren el ejercicio de la pretensión punitiva.**

Justino Jiménez de Aréchaga al comentar el artículo 258 de la Constitución (introducido en la reforma de 1952 con el mismo texto actualmente vigente) señaló ese alcance amplio de la fórmula **“todo aquél”** (Jiménez de Aréchaga, *La Constitución de 1952, Montevideo 2001*, pág.529):

¿Quiénes son los que se pueden considerar lesionados en su interés directo, personal y legítimo? “Todo aquél”. La expresión **“todo aquél”** parece que debería ser interpretada **como todo sujeto de derecho, sea sujeto de derecho público o privado**, naturalmente, siempre que pueda ser titular de un interés directo, personal y legítimo”.

La pretensión punitiva que el acto legislativo impugnado en este procedimiento judicial pretende eliminar declarando su caducidad, es la pretensión punitiva “del Estado”. Es la que ejerce normalmente la Fiscalía competente como órgano del Estado, y cuyo ejercicio se vería obstaculizado si la disposición enjuiciada se aplicare al caso concreto.

En efecto, la Fiscalía Letrada competente, llamada por la ley a hacer valer en el caso el derecho subjetivo que tiene el Estado a la efectividad del procedimiento y la eventual punición, al ver que una ley ordinaria pretende impedir el ejercicio de aquel derecho aduciendo la caducidad de la pretensión punitiva del Estado, tiene el **deber funcional de emplear los medios jurídicos adecuados para remover el impedimento.**

La pretensión punitiva del Estado asume la forma de derecho subjetivo (jus puniendi) o de interés directo, personal y legítimo.

La privación de aquella pretensión punitiva configura violación de un derecho subjetivo del Estado o lesión del interés legítimo en que los delincuentes sean legalmente penados, esto es, sometidos al tratamiento previsto en el art.26 de la Constitución.

Si este interés legítimo reúne las calidades de “directo” y “personal”, el art.258 de la Constitución otorga legitimación para promover el procedimiento del Capítulo IX de la Sección XV.

La Fiscalía de Corte recopiló en el no.3 de su vista fiscal algunas opiniones de la más ilustrada doctrina sobre el significado de los tres adjetivos que califican al sustantivo “interés” en el texto del art.258 (y también en el texto del art.309) de la Constitución. Empero, la doctrina invocada por la Fiscalía de Corte conduce a la conclusión de que el interés lesionado por el acto legislativo impugnado es directo, personal y legítimo, de modo que corresponde concluir en la legitimación ad causam de la persona jurídica Estado. Así cabe señalar los siguientes párrafos:

Respecto al adjetivo “directo”, trae a colación cita de Korzeniak:

“Por interés directo, debe entenderse el de una persona que es lesionada no de manera “oblicua o eventual”, por la ley, sino de manera frontal.....(...)”

La ley enjuiciada declaró la caducidad de la pretensión punitiva del Estado de manera frontal, directamente referida con mención explícita y contundente a la pretensión punitiva del Estado y no de manera oblicua o eventual. De modo que aplicando la tesis de Korzeniak a la cuestión debatida, no cabe ninguna vacilación sobre el carácter “directo” del interés lesionado por la ley 15848.

Respecto del adjetivo “personal”, prosigue la cita de Korzeniak:

“El interés “personal” es muy cercano al “directo”. El carácter “personal” se exige para excluir el interés “corporativo o grupal”, como podría ser el de un dirigente sindical que plantease una acción de inconstitucionalidad porque ella lesione el interés de varios afiliados de su sindicato, si ese dirigente, a su vez y personalmente, no viese afectado su propio interés”.

Es claro que la opinión trascrita, juega a favor de la tesis de que el interés lesionado por la ley 15848 es un interés “personal” (es decir, propio de la persona que solicita la declaración de inconstitucionalidad). **No se adujo lesión del interés de una persona distinta de la que solicita la declaración, como sería el caso de que se hubiese invocado lesión de un interés gremial, es decir, que un dirigente gremial hubiese invocado lesión de un interés propio de cada uno de los integrantes del gremio en vez de invocar el interés propio del sindicato o viceversa (que se invocase el interés de la persona jurídica sindicato en vez de invocar el interés propio de cada trabajador).**

Viene a continuación la cita de Cagnoni, otro Profesor Titular de Derecho Público en la Universidad de la República, quien afirma que

“la impugnación de inconstitucionalidad de un acto legislativo –salvo el caso de la vía de oficio- exige la existencia de un interés “personal” propio del sujeto de derecho, que atañe a él”.

En la excepción de autos, existe un interés “personal”, propio del sujeto de Derecho que solicitó la declaración de inconstitucionalidad. Ese sujeto de Derecho es la persona jurídica Estado, a través de la Fiscalía competente.

Tampoco la cita de Vescovi vale contra la legitimación de esta Fiscalía Letrada en el caso de autos. Dijo Vescovi:

“la alegación de inconstitucionalidad no está abierta a cualquiera, sino sólo a la persona que demuestre o invoque que se ha lesionado sus derechos o intereses legítimos (.....) no se autoriza una acción popular, el interés debe ser personal y directo, que debe entenderse como el inmediatamente vulnerado por la norma impugnada (...) se exige como condición sustancial un interés de actuar que excluye la denuncia o acción pro populo aceptada por otra legislaciones”

Con arreglo a esa opinión, en el presente asunto, no se intentó ninguna acción popular, la solicitud fue interpuesta por el titular de un interés legítimo personal y directo, inmediatamente vulnerado por la norma legislativa impugnada. **Por ende, está legitimada la Fiscalía para defender (por vía de acción o de excepción) a la persona jurídica Estado cuya pretensión punitiva pretende cercenarle la disposición legal enjuiciada.**

La cita de Giorgi merece igual comentario: *“El peticionante debe ser titular de un interés legítimo (...) debe invocar un derecho subjetivo o un interés personal (...) No nos hallamos ante la posibilidad jurídica de reclamar con el único fin de defender el derecho objetivo, el orden jurídico”*

Pues bien: en la especie de autos no se trata de una declaración en abstracto, la solicitud **se refiere al caso concreto en que la aplicación de la ley lesionaría el interés directo, personal y legítimo que posee el Estado (o si se prefiere, que posee el Ministerio Público), de preservar el derecho subjetivo o el interés directo, personal y legítimo que defiende el Fiscal en cada caso concreto como “acusador público”.**

Prosigue Giorgi recordando que *“la ausencia de un derecho o de un interés directo, personal y legítimo es, pues, causa de inadmisibilidad de la acción (...) Para la legitimatio ad causam no basta, pues, un mero interés desde que nos hallamos ante un actio popularis”*

La referencia de la obra de Giorgi a los caracteres que debe reunir el interés legítimo lesionado por el acto impugnado para que sirva de apertura de la acción de nulidad (*“El interés legítimo debe caracterizarse, además, por ser personal y directo”*) es correcta, pero no juega en contra de la legitimación del Estado o del Ministerio Público para solicitar la declaración de inconstitucionalidad de la ley 15848, porque el interés legítimo lesionado por esta ley es, indudablemente, “directo” y “personal”.

No cabe duda de que el interés legítimo lesionado por la ley 15848 es un interés “directo”

Como fuera dicho, la pretensión punitiva del Estado asume la forma de derecho subjetivo (jus puniendi) o de interés directo, personal y legítimo. **En el art.258 se menciona solamente la hipótesis de violación de un derecho directo, personal y legítimo; no se menciona la hipótesis de violación de un derecho subjetivo**, a diferencia del inciso final del art.309. En la jurisprudencia se admite la legitimación fundada en un **derecho subjetivo**, interpretando que el derecho subjetivo puede hacerse valer –a fortiori– como interés legítimo

directo y personal. Cassinelli Muñoz ha planteado una interpretación diferente: según Cassinelli Muñoz, **la falta de mención al derecho subjetivo en el art.258 significaría que cuando un acto legislativo viola un derecho subjetivo de nivel constitucional, no sería necesario obtener la declaración de inaplicabilidad por las vías del art.258, de modo que el Poder Judicial desaplicaría aquel acto legislativo sin necesidad de sentencia de la Suprema Corte de Justicia.**

La privación de la pretensión punitiva, pues, configura violación de un derecho subjetivo del Estado o lesión del interés legítimo en que los delincuentes sean legalmente penados.

Si este interés legítimo reúne las calidades de “directo” y “personal”, entonces el art.258 de la Constitución otorga legitimación para promover el procedimiento de declaración de inconstitucionalidad.

Todos estamos de acuerdo en que la carencia de alguno de dichos requisitos obsta a la admisión de la solicitud de declaración de inconstitucionalidad por vía de acción o por vía de excepción.-

Pero precisamente el examen del caso concreto sub judice muestra que el interés lesionado por el acto legislativo cuya inconstitucionalidad sostengo:

- a) es un interés **directo**, no es un interés indirecto;
- b) es un interés **personal**, es decir **propio de la persona que formula la solicitud prevista en el art.258**, no es un interés ajeno como sería el caso de un dirigente gremial que actuase en cumplimiento de los fines estatutarios del sindicado en defensa de intereses de las personas físicas integrantes del gremio.
- c) Es un interés **legítimo**, esto es, susceptible de ser satisfecho sin incurrir en actuaciones contrarias de Derecho.

El adjetivo “directo” significa que su satisfacción no depende de un acto intermedio. “Interés directo” es el interés directamente lesionado por el acto lesivo (acto legislativo inconstitucional o acto administrativo ilegítimo). La nota de “directo” que califica al “interés lesionado” no es un concepto absoluto, **es un concepto relativo a la lesión sufrida o invocada por el titular del interés**. No califica al “acto lesivo” sino a **la lesión que dicho acto causa en la esfera de intereses del sujeto de Derecho que solicita la declaración prevista en el art.258**.

¿Cuál sería el deber del Fiscal que se encuentra con una ley inconstitucional que restringe o condiciona el ejercicio de la acción penal en un caso concreto? (Es lo que ocurre en los presentes autos). Según el criterio que preconiza el dictamen del Señor Fiscal de Corte, **no podría solicitar la declaración de inconstitucionalidad y tendría que cumplir la ley flagrantemente inconstitucional, a menos que el tribunal promoviere la declaración de inconstitucionalidad por vía “de oficio”**

El adjetivo “personal” quiere decir propio de la persona que formula la solicitud del art. 258.

Como conclusión, razonamos que, si el interés en el ejercicio incondicionado de la pretensión punitiva, se excluyere arguyendo que no es “personal” en el sentido de los arts. 258 y 309 de la Constitución, corresponde preguntar ¿Si ese interés no es personal – lo que significa que pertenece a un persona que no es la que quiere hacer valer su calidad de parte interesada en juicio - **¿cuál es entonces la persona titular del interés “personal” en un proceso penal?**

La respuesta lleva a la necesaria atribución de interés **personal al representante Ministerio Público**, en tanto parte necesaria.

En razón de lo dicho, peticiono a los Señores Ministros que, en el dictado de sentencia definitiva, se sirvan tener presente lo alegado, admitan, en mi condición de titular de la pretensión punitiva en el proceso penal, mi legitimación activa y fallen acogiendo la excepción interpuesta y declarando la inconstitucionalidad de la Ley 15.848 para el caso presente.

Sentencia N° 365 de la Suprema Corte de Justicia

Sentencia N° 365

MINISTRO REDACTOR:
DOCTOR JORGE OMAR CHEDIAK GONZÁLEZ

Montevideo, diecinueve de octubre de dos mil nueve

VISTOS:

Para sentencia definitiva estos autos caratulados “**SABALSAGARAY CURUTCHET, BLANCA STELA. DENUNCIA. EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD ARTS. 1, 3 Y 4 DE LA LEY N° 15.848**”, FICHA 97-397/2004.

RESULTANDO:

I) En el caso, Blanca Sabalsagaray Curutchet formuló la denuncia que dio origen al presente presuntorio para que se investigaran las circunstancias en que se produjo la muerte de su hermana el 29 de junio de 1974 en una dependencia militar durante la pasada dictadura y se identificara a los eventuales responsables (fs. 6-7 vto.).

II) Por Auto N° 139/2005, el Sr. Juez Letrado en lo Penal interviniente solicitó que el Poder Ejecutivo se pronunciara acerca de si entendía que el hecho investigado estaba o no comprendido en el art. 1° de la Ley N° 15.848 (fs. 9), a lo cual el Poder Ejecutivo respondió afirmativamente (fs. 12).

III) Luego de que se diligenciaron varios medios de prueba, la Sra. Fiscal Letrada Nacional en lo Penal de 2° Turno solicitó, por vía de excepción, la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 1°, 3° y 4° de la Ley N° 15.848 del 22 de diciembre de 1986, conocida como ley de caducidad de la pretensión punitiva del Estado, por entender que las referidas disposiciones transgreden varios preceptos de la Constitución de la República y de Tratados internacionales.

La representante del Ministerio Público sostuvo, en síntesis, que la inconstitucionalidad de las normas impugnadas radica en:

1) Según los arts. 4° y 82 de la Carta, la soberanía reside en la Nación y se ejerce, directamente, por el Cuerpo Electoral.

De ahí que, bajo ningún concepto, puede aceptarse que la “*lógica de los hechos*” (expresión utilizada en el art. 1° de la ley atacada) se invoque como una fuente de derecho y, mucho menos, que deba tolerarse una solución dada por el Parlamento frente a la indebida presión que ejercieron sobre él las Fuerzas Armadas.

2) No puede considerarse que la caducidad consagrada constituya una ley de amnistía, puesto que, de ser así, se habría dicho expresamente, utilizando la terminología del art. 85 num. 14 de la Constitución.

Además, debe tenerse presente que no se derogó el art. 5° de la Ley N° 15.737 y que los propios legisladores, en la discusión parlamentaria, manifestaron que no se trataba de una amnistía, sino de la caducidad de la potestad de castigar ciertos delitos.

3) La inconstitucionalidad de los arts. 3° y 4° de la ley de caducidad se halla en que se le atribuyeron al Poder Ejecutivo funciones propias del Poder Judicial, en la medida en que la perseguibilidad de los delitos cometidos por funcionarios militares o policiales durante el régimen de facto se dejó al entero arbitrio de aquél. Con esta previsión, se violó lo dispuesto en el art. 233 de la Carta.

4) Las normas impugnadas consagraron una clara violación del principio de igualdad

reconocido en el art. 8° de nuestra Constitución, ya que establecieron un privilegio para militares y policías que no se instituyó para los civiles que colaboraron con aquéllos en la comisión de los delitos investigados. En virtud de dicho privilegio y como consecuencia de que el Estado renunció a ejercer el “*ius puniendi*”, un determinado grupo de personas quedó exento de la jurisdicción penal.

5) Asimismo, al sancionar la Ley N° 15.848, no se contemplaron los arts. 1.1, 8.1 y 25.1 y 2 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos. En tal sentido, se afectó ilegítimamente la situación de las víctimas y sus familiares, quienes se vieron privados de las garantías judiciales indispensables para que se castigara a los responsables de los delitos cometidos. Es sabido que no se admite invocar el derecho interno para no cumplir los tratados internacionales.

6) Los arts. 72 y 332 de la Carta también fueron violados. En efecto, al dictarse la ley de caducidad, no se tuvo en consideración que la amplitud y la naturaleza de los derechos garantizados en nuestro sistema constitucional, así como la estructura del Estado uruguayo, proporcionan condiciones para la plena vigencia de los derechos humanos y para el acceso a la justicia, derechos que fueron conculcados por la dictadura militar (fs. 199-301).

IV) Se dio traslado al Poder Ejecutivo de la excepción de inconstitucionalidad, el cual lo evacuó allanándose a la solicitud de declaración formulada (fs. 328-328 vto.), pretensión a la cual también se allanó el Poder Legislativo (fs. 331-332).

V) Por su parte, el Sr. Fiscal de Corte y Procurador General de la Nación, al evacuar la vista otorgada, entendió que la Sra. Fiscal Letrada Nacional en lo Penal de 2° Turno carece de legitimación para promover el presente excepcionamiento por no tener un interés “personal” en dicho requerimiento, como consecuencia de lo cual correspondería desestimar la declaración de inconstitucionalidad promovida (fs. 336-342).

VI) Por Decreto N° 353 del 16 de marzo de 2009, la Corporación tuvo por evacuada la vista conferida y dispuso el pasaje de los autos a estudio para sentencia, citadas las partes (fs. 344).

VII) A fs. 357-362 se presentó la denunciante, Blanca Sabalsagaray, en carácter de tercera coadyuvante con la Sra. Fiscal Letrada Nacional en lo Penal de 2° Turno, y solicitó la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 1°, 3° y 4° de la Ley N° 15.848.

La peticionante adujo, en lo medular, que las normas impugnadas violan el principio de separación de poderes (arts. 4°, 82 y 233 de la Constitución) y el principio de igualdad (art. 8° de la Carta).

VIII) El Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo se allanaron a esta solicitud (fs. 380 y 383).

IX) A su vez, el Sr. Fiscal de Corte entendió que si bien no resulta adecuada la calidad de tercera coadyuvante invocada por la compareciente, ésta es titular del interés directo, personal y legítimo exigido por nuestra Constitución para solicitar la declaración de inconstitucionalidad de las leyes, por lo cual cabría dar ingreso al excepcionamiento formulado (fs. 387-388 vto.).

X) Por Providencia N° 551 del 27 de abril de 2009, la Corte dio ingreso a la pretensión de declaración de inconstitucionalidad contenida en el escrito de fs. 357-362 y, de ella, confirió vista sobre el fondo al Sr. Fiscal de Corte (fs. 399).

XI) Éste, evacuando la vista otorgada, sostuvo que procede hacer lugar a la

inconstitucionalidad promovida, por vía de excepción, respecto a los arts. 1° y 3° de la Ley N° 15.848 (fs. 407-430 vto.).

XII) Por Auto N° 678 del 20 de mayo de 2009, se tuvo por evacuada la vista conferida y se dispuso que los autos volvieran a estudio de los Sres. Ministros de la Corporación (fs. 433).

CONSIDERANDO:

I) La Suprema Corte de Justicia declarará inconstitucionales las normas impugnadas.

II) Algunas precisiones liminares.

Con carácter previo al análisis de la fundabilidad del planteo de inconstitucionalidad en examen, corresponde que la Corporación se pronuncie sobre aspectos adjetivos de ineludible dilucidación para poder ingresar al fondo del asunto.

Aun cuando algunas de estas cuestiones no fueron planteadas ni por la denunciante, ni por la Sra. Fiscal Penal de 2° Turno ni por el Sr. Fiscal de Corte, su estudio se impone en el bien entendido de que constituyen verdaderos presupuestos de la declaración de inconstitucionalidad pretendida.

En esta línea de razonamiento, se tratará la legitimación activa de las promotoras, la posibilidad de promover la declaración de inconstitucionalidad por vía de excepción en la etapa del presuario, la hipotética aplicación definitiva de las normas atacadas y el alcance de la sentencia a recaer sobre el mérito de la litis.

II.1) La legitimación activa de las promotoras.

II.1.1) La legitimación de la Sra. Fiscal Letrada Nacional en lo Penal de 2° Turno.

Ante la controversia planteada por el Sr. Fiscal de Corte, corresponde determinar si la Sra. Fiscal Letrada Nacional en lo Penal de 2° Turno posee legitimación para plantear la declaración de inconstitucionalidad de las normas impugnadas en autos.

Según el Sr. Fiscal de Corte, la mencionada Magistrada carece de legitimación activa, puesto que no ostenta el interés personal que exige la Constitución para promover la declaración de inconstitucionalidad de las leyes, interés personal entendido como un interés propio, esto es, distinto al interés ajeno, genérico o popular.

Sostuvo, además, que los requisitos consagrados en el art. 258 de la Carta coliden o se contraponen claramente con los objetivos y las funciones específicas del Ministerio Público y Fiscal, establecidos en los arts. 1° y 3° de su correspondiente Ley Orgánica, N° 15.365.

El art. 12 de dicha ley —continúa el Sr. Fiscal de Corte—, que establece la competencia de los Fiscales Letrados en lo Penal, no les otorga legitimación para promover la inconstitucionalidad de las leyes.

El Fiscal Penal vela por los intereses “generales” de la sociedad, que se traducen en la defensa del bien jurídico tutelado por la norma de que se trate, por lo que su competencia resulta muy lejana al concepto de interés personal al que aluden el art. 258 de la Constitución y el art. 509 num. 1 C.G.P. (fs. 336-342).

La Corporación no comparte los fundamentos expuestos por el Sr. Fiscal de Corte para rebatir la legitimación activa de la Sra. Fiscal Letrada Nacional en lo Penal de 2° Turno respecto de la cuestión de inconstitucionalidad debatida.

En primer lugar, es menester poner de relieve que la argumentación realizada en la Sentencia N° 71/2004 de la Corte —citada por el Sr. Fiscal de Corte como fundamento de su posición contraria a la legitimación activa de la Fiscal Letrada en lo Penal actuante— no resulta de aplicación al caso en examen, en la medida en que abordó un planteo de inconstitucionalidad notoriamente distinto al formulado en el caso *sub judice*.

En efecto, en dicha oportunidad, la Corte se pronunció sobre la legitimación de un Fiscal Letrado Nacional en lo Civil para promover, por vía de acción, la declaración de inconstitucionalidad de la Ley N° 17.514, comúnmente conocida como ley de violencia doméstica, juicio que reiteró en la Sentencia N° 261/2004.

En aquella ocasión, se sostuvo, en síntesis, lo siguiente:

“Como el propio compareciente lo plantea, no interviene en los procesos pendientes, lo que implica que es otro representante del Ministerio Público el que ejerce respecto de aquéllos, el contralor y vigilancia debidos.

“Debe tenerse en cuenta asimismo que el accionante basa su legitimación en el art. 3 de la Ley N° 15.365, la cual establece que el Ministerio Público tiene como objetivo la protección y defensa de los intereses generales de la sociedad; así como en el art. 10 del citado cuerpo normativo en cuanto comete al Fiscal Civil la representación y “defensa de la causa pública y la vigilancia por la “pronta y recta administración de justicia”.

“De lo cual se concluye que invoca la defensa de los intereses generales de la sociedad, hipótesis que no se adecua a las exigencias de los arts. 258, 259 de la Constitución nacional y 509 del C.G.P. en cuanto ‘se establece que el titular de la solicitud de la declaración de inconstitucionalidad y la inaplicabilidad de las disposiciones afectadas por aquélla será quien ‘se “considere lesionado en su interés directo, personal y legítimo”.

“Por lo tanto el interés alegado además de no detentar la característica de personal, es abstracto —para el supuesto de que de la aplicación de la norma pueda resultar lesión de un derecho— y no es actual, dado que no ocurre en el “momento en que se plantea esta acción. Importaría por “tanto un juicio genérico o abstracto, no aplicable, “como lo requiere la Carta y la Ley a un caso concreto, “el cual resultaría vulneratorio del principio de “separación de poderes, ínsito —pero de manera clara— en “la ‘Carta Fundamental”.

“Conforme las consideraciones vertidas, la declaración pretendida en la especie excede los límites competenciales de la Corporación, en tanto y en cuanto, como bien se puede “apreciar, aquélla se evadiría del acotamiento previsto “en la Constitución: no se referiría ‘exclusivamente al caso concreto...’ (Constitución, art. 259)”.

“Declaración que no “puede hacerse, so pena de incurrirse en un exceso de poder, invadiendo la competencia que es propia de los “otros poderes, lo cual no puede admitirse (v. Sent. N° 335/97)”.

“Por otra parte, la Ley Orgánica del Ministerio Público y Fiscal, sustento normativo de la legitimación del accionante, no habilita a sus integrantes a ejercer el permanente contralor de los actos emanados del Poder Legislativo, sin observancia de las previsiones legales que determinan los extremos formales y temporales de su intervención, cuando la misma está contemplada con carácter ‘de necesaria’” (Sent. N° 71/2004).

En la referida Sentencia N° 261/2004, además de los fundamentos transcritos, la Corporación señaló:

“Como argumento coadyuvante corresponde indicar que es jurídicamente viable que no

todos los titulares del Ministerio Público entiendan que las normas atacadas en el sub-lite por el Fiscal Nacional en lo Civil de Tercer Turno afecten el orden público constitucional y que, por el contrario, consideren, en los asuntos que son llamados a conocer, que dicha normativa sería aplicable en las cuestiones referidas a la violencia doméstica”.

“Este planteo tiene una contradicción de base dado que un titular de la causa pública entendería que las normas cuestionadas en autos vulneran disposiciones constitucionales en tanto, otro Fiscal homólogo entendería aplicable a un caso similar la normativa legal en cuestión. En el primer caso se interpondría pretensión de inconstitucionalidad en tanto que en el segundo no, actitudes procesales diferentes, contradictorias entre sí, que suponen un enfoque diverso entre los titulares de la causa pública que incide significativamente en las decisiones a adoptar en uno y otro caso”.

Como surge, diáfano, de confrontar las sentencias reseñadas en forma sintética y el escrito de solicitud de declaración de inconstitucionalidad planteada por vía de excepción por la Sra. Fiscal Letrada Nacional en lo Penal de 2° Turno, no pueden extenderse al presente caso el razonamiento y las conclusiones a que arribó la Corporación en aquellas oportunidades.

Justamente, una cosa es que un representante del Ministerio Público pida la declaración de inconstitucionalidad de una ley por vía de acción, invocando el interés general de la sociedad y la protección de la causa pública, y otra muy distinta es que el Fiscal al que le correspondió intervenir en un caso concreto plantee la inconstitucionalidad de una norma llamada a regir la relación jurídica procesal trabada en el proceso.

Se desprende de tales consideraciones que las notas de directo y personal que exigen del interés invocado el art. 258 de la Constitución y el art. 509 num. 1 C.G.P. se cumplen en la especie, debido a que, por un lado, la Fiscal que solicitó la declaración de inconstitucionalidad es la competente para intervenir en la indagatoria penal de autos y, por otro, el acogimiento de dicha pretensión resulta indispensable para que se continúe con el procedimiento correspondiente. Además, habida cuenta de que el titular de la acción penal es el Ministerio Público (art. 22 de la Carta; arts. 10 y 68 C.P.P.; y art. 12 num. 1 de la Ley Orgánica del Ministerio Público y Fiscal, Decreto-Ley N° 15.365), parece claro que el interés de la Sra. Fiscal consiste en ejercitar dicha acción si se verifican los requisitos normativos exigidos a tal efecto.

El art. 12 num. 1 del Decreto-Ley N° 15.365 establece que le corresponde al Ministerio Público en lo Penal ejercer la titularidad exclusiva de la acción penal pública que deriva del delito, e intervenir, como parte, en la instrucción y sustanciación de las causas de este orden, luego del enjuiciamiento y hasta su conclusión.

Para la observancia de dicho poder-deber, la Sra. Fiscal interviniente está investida del interés directo, personal y legítimo que le habilita para promover la declaración de inconstitucionalidad de las normas que obturan la posibilidad de deducir la pretensión punitiva del Estado, a fin de satisfacer el deber funcional de cumplir las obligaciones inherentes a su cargo (art. 33 num. 3 del Decreto-Ley N° 15.365).

En suma, la declaración de inconstitucionalidad se solicitó para este caso concreto y en función del interés directo, personal y legítimo de la Sra. Fiscal Letrada en lo Penal actuante en esta causa penal, razones por las cuales es dable sostener que la promotora tiene, efectivamente, legitimación para ello.

II.1.2) La legitimación de la denunciante.

En este aspecto, cabe concordar con el Sr. Fiscal de Corte en que si bien resulta altamente opinable la viabilidad procesal de la comparecencia de la denunciante en calidad de tercera

coadyuvante con la posición de la Sra. Fiscal Penal de 2º Turno, también es cierto que aquélla es titular del interés directo, personal y legítimo que exige nuestra Constitución para la promoción de la declaración de inconstitucionalidad (fs. 387-388 vto.).

En efecto, aunque parezca ocioso aclararlo, es natural y acorde con las reglas de la experiencia que un familiar tan directo tenga un particular y legítimo interés por saber las causas de la muerte de su hermana y, eventualmente, que se determine quién o quiénes fueron los responsables del hecho.

Por tales motivos, se entiende que la denunciante, Blanca Sabalsagaray, tiene legitimación para plantear la inconstitucionalidad de las normas atacadas.

II.2) 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 con el pronunciamiento del Poder Ejecutivo que luce a fs. 12, lo cual habilita a la Corporación a pronunciarse sobre la fundabilidad de la pretensión de declaración de inconstitucionalidad.

II.3) La no aplicación definitiva e irrevocable de las normas impugnadas de inconstitucionalidad.

En múltiples ocasiones, la Corte ha sostenido que, en la medida en que la pretensión de inconstitucionalidad tiene por objeto evitar la aplicación de la ley a un caso concreto, la declaración correspondiente no resulta jurídicamente posible si la ley impugnada ha sido definitiva e irrevocablemente aplicada (entre muchas otras, Sentencias Nos. 103/1985, 410/1986, 13/1989, 30/1993, 3/1994, 48/1995, 930/1996, 390/1997, 50/1999, 78/2000, 1139/2003, 629/2004, 71/2005, 359/2006, 3301/2008 y 27/2009).

En el presente caso, el Poder Ejecutivo entendió que el hecho investigado estaba comprendido en el art. 1º de la Ley N° 15.848 (fs. 12), por lo que, en principio, podría pensarse que las normas impugnadas fueron totalmente aplicadas, no procediendo, por ende, analizar su apego a la Carta Fundamental.

Sin embargo, la Corporación considera que tal aplicación definitiva no ha ocurrido en la especie, puesto que, por tratarse de un proceso judicial en trámite, debió existir una decisión jurisdiccional firme que clausurara los procedimientos respecto a las personas beneficiadas por la norma. Es así que, al pronunciamiento del Poder Ejecutivo, debió seguir una resolución del Juez competente por la cual se clausuraran los procedimientos respecto de los funcionarios

militares y policiales que hubieren participado en el hecho investigado. No existía otra posibilidad de clausurar el presumario, desde que, al socaire de lo preceptuado en el art. 112 del Código del Proceso Penal, la única forma de disponer el archivo de las actuaciones es mediante providencia judicial.

En este mismo sentido y refiriéndose a la providencia por la cual el Juez ordena la clausura del proceso una vez que el Poder Ejecutivo se pronuncia acerca de que los hechos indagados se enmarcan en los supuestos de la ley de caducidad, la Corporación señaló:

“... Se ha expresado pues en el Acuerdo que la referida providencia constituye una decisión cuyo contenido indica la verificación de la caducidad de la pretensión punitiva del Estado con relación a los hechos puestos de manifiesto en el subexamine; esto es, la clausura de las actuaciones por aplicación del art. 1° de la Ley N° 15.848”.

“VI) La providencia regula, atento a lo expresado por el Poder Ejecutivo en cuanto a la inclusión de los hechos denunciados en el art. 1 de la Ley N° 15.848, la clausura de las actuaciones, configurando un pronunciamiento sobre la aplicabilidad de la norma referida, esto es, una decisión cuyo contenido es afirmación de que se ha verificado la caducidad de la pretensión punitiva del Estado con relación a dichos hechos.

“No se trata de una mera clausura en el sentido previsto por el art. 24 del C.P.P. (por falta de un presupuesto de la acción) o de “la providencia que dispone el archivo de las actuaciones por falta de mérito para procesar (art. 112 ejusdem), puesto que en dichos casos no necesariamente se extingue la acción penal, la que puede ejercitarse posteriormente si se remueve el obstáculo legal o surgen nuevas pruebas que den mérito al enjuiciamiento”.

“Lo típico de la clausura de las actuaciones en aplicación del art. 1 de la Ley N° 15.848, en cambio, es que, al implicar que ha operado la caducidad de la pretensión punitiva del Estado, resulta extintiva de la acción penal, que no podrá posteriormente ejercerse, por imperio del legislador, actuando en función ontológicamente jurisdiccional”.

“Por ende, la providencia que dispuso la clausura es, desde la óptica procesal penal, una sentencia interlocutoria con fuerza de definitiva en cuanto pone fin a la acción penal o hace imposible su continuación (art. 269 C.P.P.). Y, actualmente, al no haber sido objeto de los recursos previstos en los arts. 250 a 252 C.P.P., se encuentra firme, por lo que la caducidad de la pretensión punitiva relativa a los hechos denunciados tiene fuerza de cosa juzgada y no puede ser revisada ni en éste ni en otro (eventual) proceso...” (Sentencia N° 332/2004).

En estos términos y en cuanto no existió decisión judicial firme que cerrara las actuaciones respecto de las personas indicadas por el Poder Ejecutivo, la ley de caducidad de la pretensión punitiva del Estado no fue total e irrevocablemente aplicada al caso de autos.

En efecto, el Sr. Juez de la causa, a continuación del pronunciamiento del Poder Ejecutivo y sin hacer ninguna referencia a él, de mandato verbal, convocó a testigos y dispuso el libramiento de un oficio, omitiendo expedirse sobre la clausura del trámite (fs. 12 vto.). Asimismo, por Auto N° 1045/2005, citó para que prestara declaración a quien era el Jefe de la Unidad en la cual falleció la Sra. Nibia Sabalsagaray (fs. 58), convocatoria que reiteró por Providencia N° 1227/2005 (fs. 76). Y, si bien el Magistrado actuante, ante otra petición de prueba formulada por la Sra. Fiscal de la causa, dispuso, por resolución fundada, el archivo de las actuaciones sin perjuicio (Sentencia Interlocutoria N° 1041/2006, fs. 116-120), posteriormente revocó su decisión y dispuso continuar con las investigaciones, frente a la impugnación deducida por la representante del Ministerio Público (Sentencia Interlocutoria N° 77/2007, fs. 129-130).

II.4) El alcance de la decisión a recaer sobre el fondo del asunto.

En virtud de que la declaración de inconstitucionalidad debe estar referida a un caso concreto, surtiendo efecto la sentencia que acoja la pretensión sólo para el procedimiento en que se haya pronunciado (arts. 259 de la Constitución y 520 C.G.P.), resulta necesario precisar cuál es el alcance del fallo a recaer sobre el mérito de la litis (art. 521 inc. 1 CGP).

En este sentido, puede apreciarse que ni la Sra. Fiscal Letrada Nacional en lo Penal de 2º Turno ni la denunciante expresaron, concretamente, respecto de qué sujetos pretendían la inaplicación de la ley de caducidad de la pretensión punitiva del Estado. Para comprobar esto, alcanza con leer los respectivos capítulos de petitorios a fs. 301 y 362.

El Sr. Fiscal de Corte, al evacuar la vista que la Corporación le confirió para que indicara con quién debería sustanciarse la excepción de inconstitucionalidad (Auto N° 3062/2008, fs. 304), sostuvo que los militares aludidos en la indagatoria penal no podían ser considerados parte en este proceso, por lo que tampoco podían ser destinatarios del traslado del excepcionamiento deducido (fs. 307).

Conferida vista a la Sra. Fiscal Penal de lo dictaminado por el Sr. Fiscal de Corte (Auto N° 3259/2008, fs. 310), lo evacuó manifestando, textualmente: “...a mi juicio no es aplicable por analogía una disposición prevista para un proceso de partes, puesto que en este procedimiento no existen todavía indagados individualizados con los que pueda sustanciarse la excepción...” (fs. 318).

No obstante ello, y no siguiendo el criterio adoptado en los autos “Macchi Torres, Jessi. Homicidio. Inconstitucionalidad de oficio Ley N° 15.848, arts. 1º y 3º”, Fa. 36/87 —resuelto por Sentencia N° 232/1988—, y “Whitelaw Agustoni, Agustín Germán; Barredo Longo, Fernando José. Denuncia. Inconstitucionalidad”, Fa. 7/87 —decidido por Sentencia N° 224/1988— (expedientes que se tuvieron a la vista y en los cuales sólo se confirió vista al Sr. Fiscal de Corte), si bien la norma adjetiva que regía en ese entonces consagraba idéntico tracto procesal que la actualmente vigente (arts. 11 y 15 de la Ley N° 13.747 y arts. 516 y 518 C.G.P.), la Corporación entendió, en el sub iudice, que correspondía sustanciar la excepción, al menos, con el Poder Ejecutivo (como indicó el Sr. Fiscal de Corte a fs. 307 vto.) y con el Poder Legislativo.

No puede dudarse, pues, que el fallo a que se arriba únicamente surte efectos para el caso *sub examine*, es decir, el pronunciamiento sólo se aplica al proceso seguido por la desaparición y muerte de la Sra. Nibia Sabalsagaray.

III) La decisión sobre el fondo del asunto.

III.1) Sobre la alegada derogación tácita de la ley impugnada por la Ley N° 18.026.

Según el Sr. Fiscal de Corte, los arts. 1º, 3º y 4º de la Ley N° 15.848 habrían sido parcial y tácitamente derogados por la Ley N° 18.026, que sancionó normas relativas a los crímenes y delitos internacionales, como el de desaparición forzada, entre otros.

La Corte no comparte esta opinión.

El art. 8º de la Ley N° 18.026, publicada en el Diario Oficial el 4 de octubre de 2006 (Cooperación con la Corte Penal Internacional en materia de lucha contra el genocidio, los crímenes de guerra y de lesa humanidad), dispone:

“(Improcedencia de amnistías y similares). Los crímenes y penas tipificados en los Títulos I a III de la Parte II de la presente ley, no podrán declararse extinguidos por indulto, amnistía, gracia, ni por ningún otro instituto de clemencia soberana o similar, que

en los hechos impida el juzgamiento de los sospechosos o el efectivo cumplimiento de la pena por los condenados”.

A juicio de la Corporación, no podría considerarse derogada tácitamente la ley de caducidad por la Ley N° 18.026, puesto que esta prohibición de otorgar amnistías para los crímenes descritos en ella opera hacia el futuro, lo cual queda de manifiesto por el tiempo verbal utilizado: “no podrán”.

Y aún en la hipótesis de que se entienda que la prohibición de conceder amnistías para casos como el ventilado en autos rige, incluso, hacia el pasado, la tesis de la derogación tácita no puede prosperar. Ello, en la medida en que, como claramente establece el art. 8° citado, la prohibición de amnistiar rige con relación a los delitos tipificados en los Títulos I a III de la Parte II de dicha ley. Esos delitos son el genocidio; la instigación al genocidio; los crímenes de lesa humanidad previstos en el art. 7° del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (aprobado por la Ley N° 17.510); el homicidio político; la desaparición forzada de personas; la tortura; la privación grave de libertad; la agresión sexual contra la persona privada de libertad; la asociación para cometer crímenes de guerra, genocidio o crímenes de lesa humanidad; y los crímenes de guerra; y ninguno de estos ilícitos fue atribuido (“*prima facie*” y en una calificación provisional propia de esta etapa procesal) a los indagados.

Merece ser puesto de relieve que esta interpretación que realiza la Corporación se adopta al sólo efecto de resolver el presente caso, pero que, como no puede ser de otra manera, la opinión que se forme cada Magistrado que esté llamado a aplicar estas normas acerca de su eficacia temporal permanece, enteramente, en el ámbito de su plena independencia técnica.

III.2) En cuanto a la violación de los arts. 4° y 82 de la Carta y con relación a que la ley de caducidad no consagró una amnistía, los agravios son de recibo.

Las impugnantes pusieron énfasis en que la soberanía radica en la Nación y se ejerce, directamente, por el Cuerpo Electoral. En virtud de ello, señalaron que no puede aceptarse que la “*lógica de los hechos*” se invoque como una fuente de derecho y, mucho menos, debe tolerarse una solución dada por el Poder Legislativo frente a la ilegítima presión que ejercieron sobre él las Fuerzas Armadas.

Se comparte, en general, los argumentos expuestos por los Sres. Ministros de la Corporación Dres. Jacinta Balbela y Nelson García Otero en sus discordias emitidas en las Sentencias de la Corte Nos. 184, 224, 226 y 232/1988, en las cuales se pronunciaron a favor de la declaración de inconstitucionalidad de las normas impugnadas.

Así, pues, el art. 1° de la Ley N° 15.848, cuando reconoce que, como consecuencia de la lógica de los hechos originados en un acuerdo político —no institucional—, “ha caducado el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado” respecto de delitos cometidos desde el período de facto hasta el 1° de marzo de 1985, se aparta claramente de nuestro ordenamiento institucional.

Ningún acuerdo político ni la lógica de los hechos subsiguientes cuenta con previsión constitucional que autorice a desconocer lo que establecen los arts. 4° y 82 de la Constitución como principio fundamental de nuestra organización democrática.

Ningún acuerdo político ni su consecuencia lógica puede investir la representación original o delegada de la soberanía y, por lo tanto, resulta absolutamente inidóneo para emitir norma jurídica válida, vigente o aceptable.

Como enseña Jiménez de Aréchaga, la Asamblea General, en concurrencia con el Poder Ejecutivo, sigue siendo el único órgano de legislación, sin que la Nación retenga, en absoluto, una parte de ese poder. De esta forma, cuando el art. 1º de la Ley N° 15.848 reconoce otra fuente de normativa jurídica, se aparta ostensiblemente de nuestra organización constitucional.

Si bien es cierto que la Asamblea General puede conceder indultos y acordar amnistías en casos extraordinarios (art. 85 num. 14 de la Constitución), a juicio de la Corte, esta ley no es ni una cosa ni la otra.

En efecto, de haberse querido otorgar una amnistía, se lo hubiera dicho expresamente, utilizando la terminología del art. 85 num. 14 de la Carta.

Por otra parte, nadie niega que, mediante una ley dictada con una mayoría especial y para casos extraordinarios, el Estado puede renunciar a penalizar hechos delictivos. Una decisión semejante extingue el delito cometido, clausura los procesos penales en el estado en que se encuentren y, de haber condena, extingue la pena.

Sin embargo, la ley es inconstitucional porque, en el caso, el Poder Legislativo excedió el marco constitucional para acordar amnistías.

En efecto, como nítidamente señala la Dra. Alicia Castro —en un reciente trabajo que, desde la óptica de la argumentación judicial, constituye un importante aporte para el abordaje del tema sometido a decisión de la Corporación y que ésta comparte—, “... *En el texto constitucional la amnistía aparece en el art. 85 sobre competencia de la Asamblea General, cuyo num. 14 le atribuye ‘acordar amnistías en casos extraordinarios, por mayoría “absoluta de votos del total de componentes de cada Cámara’, aunque esa disposición no debe ser tomada aisladamente sino interpretada en el contexto constitucional en que se inserta (argumento sistemático). En efecto, una amnistía debe ajustarse a exigencias formales y sustanciales, sin incurrir en vicios de carácter formal o sustancial, esto es, debe ajustarse a los límites constitucionales de la competencia conferida al Poder Legislativo*” (Castro, Alicia, “*La Ley N° 15.848 (de caducidad y la Constitución (I). Una sentencia que no pudo clausurar el debate*”, en *Revista de Derecho Público*, N° 35, junio de 2009, p. 137).

En tales coordenadas, median razones de carácter formal que no deben ser soslayadas, ya que constituyen vicios de procedimiento que afectan la validez de la ley.

Así, pues, de acuerdo con la normativa constitucional uruguaya, cuando un proyecto de ley es rechazado, no puede reproponerse hasta el siguiente período de la Legislatura (art. 142 de la Carta). En esa legislatura, se había rechazado ya la propuesta de amnistía para esos delitos al excluirlos expresamente de la Ley N° 15.737, que dispuso la amnistía para quienes estaban presos, condenados o procesados. Hacía menos de tres meses (28/9/86) que el Senado —que es donde se inicia la consideración del nuevo proyecto de ley— había rechazado un proyecto de ley de amnistía para militares y policías remitido al Poder Ejecutivo; por lo que no podía volver a proponer otro proyecto con el mismo contenido.

El texto constitucional requiere la mayoría absoluta de votos del total de componentes de cada Cámara, y, revisado el cómputo de votos, el art. 1º, que se reinterpreta como amnistía, obtuvo esa mayoría en la Cámara de Senadores, pero no la alcanzó en la Cámara de Representantes, que tiene 99 miembros y donde fue aprobado por 49 votos (de 78 diputados que se encontraban en Sala), siendo que la mayoría absoluta (mitad más uno) requiere 50 votos.

De modo que la reinterpretación de la Ley N° 15.848 como amnistía encontraría serias dificultades, porque si fuera amnistía, la ley sería inconstitucional por vicios de forma: no

podía presentarse otro proyecto con ese contenido en el mismo período de la legislatura y los votos que reunió no alcanzaron la mayoría requerida por la Constitución. Por razones formales, entonces, una ley de amnistía habría sido inconstitucional (cf. Castro, Alicia, ob. cit., ps. 137 y 138).

Desde otra óptica, si se entiende que la ley impugnada, en lugar de otorgar una amnistía, declara la caducidad de las acciones penales respectivas, también es inconstitucional. En efecto, declarar la caducidad de las acciones penales, en cualquier supuesto, excede las facultades de los legisladores e invade el ámbito de una función constitucionalmente asignada a los jueces, por lo que, por los motivos que fueren, el legislador no podía atribuirse la facultad de resolver que había operado la caducidad de las acciones penales respecto de ciertos delitos.

Igual crítica merece la idea según la cual la ley no declaró, sino que dispuso la caducidad aludida. En este sentido, es cierto que el Poder Legislativo podría fijar un término de caducidad para el ejercicio de ciertas acciones penales, pero eso no es lo que hizo. Considerando la naturaleza y el fundamento del instituto, no es racional disponer la caducidad de una acción —que no estaba sujeta a término desde antes— sin fijar un plazo razonable para que el titular la ejercite, bajo apercibimiento de su extinción. Menos aún si no se verifica el supuesto de inactividad, sino que, por el contrario, se quiere clausurar casos cuya investigación está en curso.

III.3) De los efectos del referéndum contra la ley de caducidad votado en el año 1989.

Cabe poner de manifiesto que no se puede desconocer que los artículos de la Ley N° 15.848 tachados de inconstitucionalidad fueron ratificados por el Cuerpo Electoral, al rechazarse el recurso de referéndum promovido contra dicha ley en el año 1989, extremo a partir del cual se pueden formular varias consideraciones.

No obstante, la Corporación considera que la ratificación popular que tuvo lugar en el recurso de referéndum promovido contra la ley en 1989 no proyecta consecuencia relevante alguna con relación al análisis de constitucionalidad que se debe realizar.

En primer término, es opinable que dicha manifestación del Cuerpo Electoral haya saneado el vicio formal de la falta de mayoría especial para sancionar una amnistía (analizado en el Considerando anterior de este pronunciamiento), en la medida en que, naturalmente, el Soberano no fue convocado para pronunciarse sobre la naturaleza jurídica ni sobre las mayorías con las que fue dictada la ley, debiendo pronunciarse, solamente, por hacer lugar o no al recurso (art. 40 de la Ley N° 16.017, publicada en el Diario Oficial el 6 de abril de 1989).

Por otra parte, el ejercicio directo de la soberanía popular por la vía del referéndum derogatorio de las leyes sancionadas por el Poder Legislativo sólo tiene el referido alcance eventualmente abrogatorio, pero el rechazo de la derogación por parte de la ciudadanía no extiende su eficacia al punto de otorgar una cobertura de constitucionalidad a una norma legal viciada “*ab origine*” por transgredir normas o principios consagrados o reconocidos por la Carta.

Como sostiene Luigi Ferrajoli, las normas constitucionales que establecen los principios y derechos fundamentales garantizan la dimensión material de la “democracia sustancial”, que alude a aquello que no puede ser decidido o que debe ser decidido por la mayoría, vinculando la legislación, bajo pena de invalidez, al respeto de los derechos fundamentales y a los otros principios axiológicos establecidos por ella (*Democracia y garantismo*, p. 32).

El mencionado autor califica como una falacia metajurídica la confusión que existe entre el paradigma del Estado de Derecho y el de la democracia política, según la cual una norma es legítima solamente si es querida por la mayoría.

“De forma distinta las cuestiones pertenecientes a la que he llamado ‘esfera de lo decidible’, los derechos fundamentales están sustraídos a la esfera de la decisión política y pertenecen a la que he llamado ‘esfera de lo no decidible’ (qué sí y qué no). Esta es por tanto su característica específica: tales derechos son establecidos en las constituciones como límites y vínculos a la mayoría justamente porque están siempre —de los derechos de libertad a los derechos sociales— contra las contingentes mayorías. Es más: ésta es la forma lógica que asegura su garantía. Siempre que se quiere tutelar un derecho como fundamental se lo sustrae a la política, es decir, a los poderes de la mayoría, ... como derecho inviolable, indisponible, e inalienable. Ninguna mayoría, ni siquiera por unanimidad, puede decidir su abolición o reducción” (ob. cit., p. 55).

La “*esfera de lo no decidible*” es una expresión de un contenido significativo similar a la del “coto vedado” de Garzón Valdés, o a la del “*territorio inviolable*” de Norberto Bobbio.

Superando el rol que le asignaba el viejo paradigma paleoliberal, la jurisdicción se configura como un límite de la democracia política. En la democracia constitucional o sustancial, esa esfera de lo no decidible —que implica determinar qué cosa es lícito decidir o no decidir— no es sino lo que en las Constituciones democráticas se ha convenido sustraer a la decisión de la mayoría. Y el límite de la decisión de la mayoría reside, esencialmente, en dos cosas: la tutela de los derechos fundamentales (los primeros, entre todos, son el derecho a la vida y a la libertad personal, y no hay voluntad de la mayoría, ni interés general ni bien común o público en aras de los cuales puedan ser sacrificados) y la sujeción de los poderes públicos a la ley.

De lo antedicho, Ferrajoli deriva dos consecuencias. La primera (ligada al nuevo y doble papel de garantía de los derechos fundamentales de todos y, a la vez, de la legalidad de los poderes públicos asignado a la jurisdicción), es, con respecto al paradigma paleopositivista y paleoliberal, un reforzamiento del fundamento de la división de Poderes y de la independencia de los magistrados. La segunda consecuencia —ligada al aumento del peso de la jurisdicción en el sistema de los poderes públicos— es un fortalecimiento del garantismo como fuente de legitimación y condición de credibilidad del poder de los jueces (ob. cit., págs. 212 y 213).

Entonces, ninguna mayoría alcanzada en el Parlamento o la ratificación por el Cuerpo Electoral —ni aún si lograra la unanimidad— podría impedir que la Suprema Corte de Justicia declarara inconstitucional una ley que consagre la pena de muerte en nuestro país, la cual está prohibida por disposición del art. 21 de la Carta.

De la misma manera, tampoco la mayoría legislativa ratificada por el Cuerpo Electoral puede desplazar hacia el Poder Ejecutivo el ejercicio de la función jurisdiccional que le compete exclusivamente al Poder Judicial, salvo disposición expresa de la Constitución que le atribuya, excepcionalmente, tal cometido a otro órgano estatal.

Y, a mayor abundamiento, si bien la separación de poderes surge, diáfananamente, de las competencias que la Constitución le asigna a los órganos estatales —como ya se indicó—, dicho principio es reafirmado por el art. 72 de la Carta, en el bien entendido de que la independencia del Poder Judicial y el ejercicio pleno de la función jurisdiccional por la Suprema Corte de Justicia, los Tribunales y Juzgados (art. 233 de la Ley Fundamental) deriva esencial e insoslayablemente de la forma republicana de gobierno.

III.4) De los efectos del allanamiento del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo a la excepción de inconstitucionalidad.

En el presente proceso de declaración de inconstitucionalidad, las partes demandadas (o aquéllas a las que se confirió traslado de la pretensión de declaración de inconstitucionalidad por vía de excepción) se allanaron expresamente al petitorio, por lo que, en puridad, no se formuló contradictorio en punto a la fundabilidad del planteo.

No obstante, dicha circunstancia no implica, por sí sola, el progreso de la pretensión movilizada. Ello, puesto que el análisis de aplicabilidad de una norma legal al caso concreto en función de su compatibilidad o conciliabilidad con las disposiciones y principios de la Carta está reservado, exclusivamente, al Poder Judicial, en la figura de su órgano jerarca. En tal sentido, el hecho de que el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo no se opusieron a la excepción de inconstitucionalidad que constituye el objeto de esta litis no exime a la Corte del examen de la cuestión de constitucionalidad sometida a su decisión, en la medida en que el allanamiento referido carece de incidencia en la suerte de la pretensión.

III.5) Con relación a que las normas impugnadas conculcan la separación de poderes, el agravio es de recibo.

La Corporación entiende que el art. 3° de la Ley N° 15.848 también es inconstitucional, al atribuirle al Poder Ejecutivo funciones que son propias del Poder Judicial, el cual, conforme al art. 233 de la Constitución, será ejercido por la Suprema Corte de Justicia y por los Tribunales y Juzgados en la forma que estableciere la ley.

Cuando el art. 233 de la Carta (repetiendo el ordenamiento del art. 91 de la Constitución de 1830, del art. 115 de la de 1918, del art. 209 de la de 1934, del art. 206 de la de 1942 y del art. 233 de la de 1952) establece que el Poder Judicial será ejercido por la Suprema Corte de Justicia y demás órganos, está excluyendo expresamente al Poder Ejecutivo y al Poder Legislativo de aquellas funciones específicas que la organización democrático-representativa constitucional del país les confiere sólo a los Jueces del Poder Judicial.

Sin ignorar que el Poder Judicial desarrolla, también, actividad administrativa, del mismo modo en que los Poderes Legislativo y Ejecutivo cumplen función jurisdiccional, no hay duda acerca de que ciertos asuntos son propios de la actividad de los jueces, y que no pueden intervenir en ellos representantes de poderes esencialmente políticos, como el Ejecutivo o el Legislativo.

Con relación a este principio cardinal de todo Estado de Derecho, Jiménez de Aréchaga sostiene: *“La separación de Poderes está consagrada en cuanto coexisten distintos centros de autoridad que reciben sus competencias de la Constitución, la cual les marca un ámbito de incumbencia que les es propio y que supone el ejercicio predominante de cada una de las funciones jurídicas del Estado por cada uno de ellos, dentro del cual, en “cuanto se conformen a las normas de grado superior (las que les fijan sus competencias, formas de actuar y fines a perseguir), sus decisiones no pueden ser sometidas a contralor de oportunidad o conveniencia por parte de órganos integrantes de otros centros de autoridad”* (La Constitución Nacional, Tomo II, p. 50).

Postulando la importancia de la vigencia del principio en estudio, Barbagelata expresa: *“... sobre todo que no hay libertad si el poder de juzgar no está separado del Legislativo y del Ejecutivo. Si estuviera unido al Poder Legislativo el poder sobre la vida y sobre la libertad de los ciudadanos, sería arbitrario, porque el Juez se convertiría en legislador”*.

“Si estuviera unido al Ejecutivo, el Juez tendría la fuerza de un opresor y todo se encontraría irremediablemente perdido si el mismo hombre o el mismo cuerpo de príncipes, de nobles o de pueblo ejerciera los tres Poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de “juzgar los crímenes o las diferencias entre los particulares”.

“Esa independencia del Poder Judicial frente a los otros poderes de gobierno —fórmula irreprochable como garantía de las libertades públicas y aun por principio de buena técnica de organización—, es tanto más respetable cuanto que ella resulta indispensable para el cumplimiento de la tarea eminente que cada día se le asigna con mayor frecuencia por los textos constitucionales a los órganos supremos de justicia, y por la cual este Poder o su órgano supremo aparecen encargados de velar por la contención de los otros Poderes en los

límites de la legalidad constitucional” (citado por Justino Jiménez de Aréchaga en La Constitución Nacional, Tomo VIII, p. 8).

Como se dijo en la Sentencia N° 111/1959 de la Corporación:

“... El alcance y los límites del dogma de la separación de poderes es el de su propia justificación: la garantía de los derechos individuales y la especialización funcional”.

“El poder étático sólo puede actuar por medio de la voluntad de aquél o aquéllos que asumen el poder; y éstos — señala Montesquieu— (cit. por Aréchaga: El P. Legislativo. T. 1, pág. 3) tienden a abusar de él. Y el único medio práctico y eficaz para mantener la ‘puissance’ dentro de sus legítimas facultades es radicar las distintas funciones que el ejercicio del poder público exige en tantos centros (poderes) independientes como funciones; de tal manera que, el centro de poder que hace la Ley no sea el mismo que la hace ejecutar y que no sea éste ni aquél quien declara su aplicabilidad al caso concreto y sancione su transgresión. Además el principio de la separación de poderes y competencias específicas tiene también un fundamento técnico: organizar el poder público de la manera más conveniente para el ejercicio de cada función, la cual exige “técnicos y métodos particulares...”.

Refiriéndose a este principio y destacando sus virtudes, aún no finalizado el siglo XVIII, uno de los famosos autores de las *“Cartas de Publio”* —según algunos, Hamilton; y, según otros, Madison— decía: *“Esta norma de acción que consiste en suplir, por medio de intereses rivales y opuestos, la ausencia de móviles más altos, se encuentra en todo el sistema de los asuntos humanos, tanto privados como públicos. La vemos especialmente cada vez que en un plano inferior se distribuye el poder, donde el objetivo constante es dividir y organizar las diversas funciones de manera que cada una sirva de freno a la otra para que el interés particular de cada individuo sea un centinela de los derechos públicos. Estos inventos de la prudencia no son menos necesarios al distribuir los poderes supremos del Estado (El Federalista. El debate por la Unión, Hamilton, Madison y Jay, Introducción y Selección de Jorge Sáenz Carbonell, San José de Costa Rica, 1986, p. 130).*

Y, modernamente, se ha dicho con respecto a este principio básico para evitar los posibles abusos del poder: “El principio de frenos y contrapesos provee mayor protección, otorgando a una rama autoridad en muchos casos para impedir el accionar descaminado o ilegal de otra” (David P. Currie, Introducción a la Constitución de los Estados Unidos, p. 13; cf. Ruben Correa Freitas, Derecho Constitucional Moderno, t. 2, p. 21).

Pues bien, el art. 3° de la Ley N° 15.848 condiciona la actividad jurisdiccional a una decisión del Poder Ejecutivo, con eficacia absoluta, lo cual colide ostensiblemente con las facultades de los Jueces de establecer quiénes son o no son responsables de la comisión de delitos comunes, que, como se dijo, es función del Juez ordinario y de nadie más.

En la medida en que la potestad jurisdiccional queda limitada a una previa decisión del Poder Ejecutivo, se viola flagrantemente el art. 233 de la Constitución, que, armónicamente, en sus arts. 4° y 82, dispone que la actividad propia del servicio judicial será desempeñada por la Suprema Corte de Justicia, Tribunales y Juzgados que establezca la ley. La potestad soberana del Estado de aplicar penas se le confió al Poder Judicial, razón por la cual el Poder Ejecutivo tiene vedado, naturalmente, supeditar la actuación del Poder Judicial a una decisión suya sin expresar motivo alguno que la justifique.

Pues bien, esta función jurisdiccional —de neto rango constitucional— no puede ser otorgada a otra autoridad o Poder del Estado sin transgredir el principio de separación de poderes.

De esta manera, en la materia penal, sólo el Juez puede, en el ámbito de su jurisdicción y competencia, subsumir el caso concreto (hecho investigado) en la ley aplicable. Si bien el representante del Ministerio Público también realiza una tarea de calificación, su pronunciamiento, en definitiva, no es vinculante, al menos en este aspecto. En nuestro actual sistema procesal penal, el tribunal es quien resuelve comenzar y avanzar en las investigaciones, ya sea de oficio o por la intervención de un tercero o del Ministerio Público. En tales coordinadas, sólo el representante de este último puede, en uso de sus atribuciones legales, no reclamar responsabilidades o requerir el sobreseimiento, con eficacia vinculante para el Oficio (art. 235 del Código del Proceso Penal).

En el supuesto sometido a juicio de la Corporación, se le otorgó a otro Poder del Estado una facultad que desplaza la originaria del Poder Judicial, a través de la cual se decide, con carácter vinculante, si el Juez de la causa puede o no continuar con las investigaciones en un expediente donde se ha comprobado la existencia de un hecho con apariencia delictiva. Por más que la opinión del Poder Ejecutivo sea calificada por la ley como “informe”, resulta claro que tiene naturaleza jurídica de decisión y viene a sustituir la original competencia constitucional del Poder Judicial de confrontar el hecho indagado con su tipificación penal (adecuación típica), de tal suerte que el posterior pronunciamiento judicial de clausura no es sino una mera homologación que se transforma en una pura fórmula de cierre (cf. Consulta del Dr. Aníbal Cagnoni, citada por el Sr. Fiscal de Corte a fs. 419 vto.).

El mismo apartamiento a la Carta Fundamental se aprecia en los arts. 3° y 4° de la ley impugnada, en la medida en que las facultades de investigación que el último le confía al Poder Ejecutivo lo son a los meros efectos informativos, cuando esta labor está expresamente atribuida al Juez de la causa.

III.6) Con respecto a que las normas impugnadas transgreden el derecho de las víctimas y de sus familiares de acceder al sistema judicial para que se identifique y castigue a los presuntos culpables de los hechos acaecidos durante la dictadura militar, el agravio es de recibo.

Es verdad que nuestro sistema de garantías constitucionales reconoce el derecho de los habitantes del país a acceder a un proceso que les asegure la salvaguardia de sus derechos (entre otros, arts. 12, 72 y 332 de la Carta), derecho que también tuvo reconocimiento en tratados internacionales suscriptos por la República.

En este sentido, puede decirse que las normas atacadas excluyeron del aparato sancionatorio del Estado a sujetos que, para ello, no necesitaron ser juzgados por el Poder de gobierno que tiene a su cargo la función soberana de aplicar las penas.

En definitiva, las normas atacadas excluyeron de la órbita del Poder Judicial el juzgamiento de conductas con apariencia delictiva, lo cual transgredió el principio de separación de poderes y afectó muy seriamente las garantías que el ordenamiento constitucional puso en manos de aquél.

III.7) En cuanto a que las disposiciones impugnadas violan el principio de igualdad, el agravio no es de recibo.

La Corte ha señalado en múltiples ocasiones que el alcance del principio de igualdad no impide que se legisle para clases o grupos de personas, siempre que éstos se constituyan justa y racionalmente (cf. Sentencias Nos. 720/1996, 426/2003, 186/2007, 237/2007 y 722/2008, por citar sólo algunas).

En este aspecto, la Corporación entiende que, en la especie, no se aprecia vulneración alguna del principio de igualdad, punto en el que coincide con el Sr. Fiscal de Corte.

En primer lugar, es claro que se legisló para un grupo de personas bien determinado: los militares y policías que hubieren cometido los delitos descriptos en la citada ley durante el gobierno de facto.

En segundo término, dicho principio no se encuentra afectado en la medida en que el tratamiento diferencial consagrado (independientemente de que se compartan o no las razones políticas que inspiraron al Poder Legislativo) no aparece como irracional o meramente discriminatorio, lo cual descarta la pretendida violación del derecho reconocido en el art. 8° de la Constitución.

III.8) En relación con que las normas impugnadas conculcan lo dispuesto en tratados internacionales, el agravio resulta de recibo.

La Corporación comparte la línea de pensamiento según la cual 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.

En este sentido, Real enseña que, en nuestro Derecho, es clarísima la recepción constitucional del jusnaturalismo personalista, recepción que emana de conjugar los arts. 72 y 82 de la Carta. Este acogimiento expreso de la esencia humanista del jusnaturalismo liberal convierte a sus elevadas finalidades en principios generales del Derecho positivo, de trascendencia práctica, de los que no puede prescindir la sistematización técnico-jurídica (Real, Alberto Ramón, *“El ‘Estado de Derecho’ (Rechtsstaat)”*, en Estudios jurídicos en memoria de Eduardo J. Couture, Montevideo, 1957, p. 604).

El citado autor sostiene: *“En el Uruguay, los principios generales de derecho ‘inherentes a la personalidad humana’, tienen expreso y genérico reconocimiento constitucional y por tanto participan de la suprema jerarquía normativa de la Constitución rígida: quedan, pues, al margen del arbitrio legislativo y judicial y se benefician con el control de inaplicabilidad de las leyes inconstitucionales, en caso de desconocimiento legislativo ordinario”* (Los Principios Generales de Derecho en la Constitución Uruguaya, 2ª edición, Montevideo, 1965, p. 15).

En la misma dirección, Riso Ferrand, citando a Nogueira, observa que *“en América Latina hay una poderosa corriente cada vez más generalizada que reconoce un bloque de derechos integrado por los derechos asegurados explícitamente en el texto constitucional, los derechos contenidos en los “instrumentos internacionales de derechos humanos y los derechos implícitos, donde el operador jurídico debe “interpretar los derechos buscando preferir aquella fuente que mejor protege y garantiza los derechos de la persona humana”* (Riso Ferrand, Martín, Derecho Constitucional, Tomo 1, 2ª edición ampliada y actualizada, octubre de 2006, p. 114).

Analizada la cuestión en su contexto, se aprecia que no puede ahora invocarse la teoría clásica de la soberanía para defender la potestad estatal de limitar la protección jurídica de los derechos humanos. Los derechos humanos han desplazado el enfoque del tema y ya no se puede partir de una potestad soberana ilimitada para el Estado en su rol de constituyente. Por el contrario, la regulación actual de los derechos humanos no se basa en la posición soberana de los Estados, sino en la persona en tanto titular, por su condición de tal, de los derechos esenciales que no pueden ser desconocidos con base en el ejercicio del poder constituyente, ni originario ni derivado.

Como señala Nogueira, en la medida en que los derechos humanos son inherentes a la dignidad humana, ellos limitan la soberanía o potestad estatal, no pudiendo invocarse esta última para justificar su vulneración o para impedir su protección internacional, no pudiendo invocarse el principio de no intervención cuando se ponen en ejercicio las instituciones, los mecanismos y las garantías establecidas por la comunidad internacional para asegurar la protección y garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de toda persona y de todas las personas que forman parte de la humanidad (citado por Martín Riso Ferrand, ob. cit., págs. 114 y 115).

En este sentido, el art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados preceptúa que un Estado parte no podrá invocar las disposiciones de su Derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

Por estas consideraciones y como certeramente lo señala la Dra. Alicia Castro, “... *al momento de dictarse la ley —y, más tarde, la sentencia— debían tenerse en cuenta los derechos expresamente mencionados por el texto constitucional más los que progresivamente se fueron agregando por la ratificación de diversos tratados internacionales de derechos humanos, tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16/12/66 y ratificado por Uruguay por Ley N° 13.751 del 11/7/69; la Convención Americana de Derechos Humanos aprobada en el ámbito americano el 22/11/69, ratificada por Ley N° 15.737 de 8/3/85 y la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes aprobada por la Asamblea General de “Naciones Unidas el 10/12/84 y ratificada por Ley N° “15.798 del 27/10/85.*

De ese modo, el ordenamiento jurídico-constitucional uruguayo ha incorporado derechos de las personas que constituyen límites infranqueables para el ejercicio de las competencias asignadas a los poderes instituidos, lo que necesariamente debe controlar el juez constitucional” (Castro, Alicia, ob. cit., ps. 139 y 140).

Asimismo, agrega que no se puede dejar de tener en cuenta que el problema trasciende el ámbito interno, puesto que la ley impugnada ha sido observada reiteradamente por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas y por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en sus informes anuales sobre Uruguay, además de que ha sido cuestionada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva solicitada por Uruguay en 1993 (ob. cit., p. 126).

En particular, la Comisión Interamericana, en su informe N° 29/92 del 2 de octubre de 1992, recordó haber observado al gobierno uruguayo por “violaciones gravísimas” de los derechos a la vida, a la libertad y a la seguridad personal, recomendando investigar y procesar a los responsables, y pone de relieve que, en ese contexto, la Ley N° 15.848 tuvo el efecto contrario, esto es, sirvió para clausurar todos los juicios criminales por violaciones de los derechos humanos, cerrando toda posibilidad jurídica de una investigación judicial destinada a comprobar los delitos denunciados e identificar a sus autores, cómplices o encubridores. En tal marco, como se sostuvo en el Considerando III.6) de este pronunciamiento, la ley en examen afectó los derechos de numerosas personas (concretamente, las víctimas, familiares o damnificados por las violaciones de derechos humanos mencionadas) que han visto frustrado su derecho a un recurso, a una investigación judicial imparcial y exhaustiva que esclarezca los hechos, determine sus responsables e imponga las sanciones penales correspondientes; a tal punto que las consecuencias jurídicas de la ley respecto del derecho a garantías judiciales son incompatibles con la Convención Interamericana de Derechos Humanos (cf. Castro, Alicia, ob. cit., p. 141).

En el ámbito jurisdiccional, cabe recordar algunos fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que declaran nulas leyes de amnistía dictadas para impedir el castigo de los responsables de violaciones graves de derechos humanos y que establecen el deber de los

jueces y tribunales nacionales de velar por la aplicación de las normas internacionales frente a “*leyes contrarias a su objeto y fin y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos*” (sentencia dictada el 14 de marzo de 2001 en el *Caso Barrios Altos*, interpretada por sentencia de 3 de setiembre de 2001; sentencia dictada el 26 de setiembre de 2006 en el *Caso Almonacid Arellano y otros*; y sentencia del 29 de diciembre de 2006 en el *Caso La Cantuta*).

En Argentina, la Corte Suprema de la Nación ha dictado sentencias relevantes, como la que el 14 de junio de 2005 resolvió el *Caso Simón (Caso Poblete)*, que constituye un auténtico “*leading case*”; y, más recientemente, la que el 4 de mayo de 2007 resolvió el *Caso Mezzoe (Caso Riveros)*. Allí, sostuvo que las Leyes de Punto Final y Obediencia Debida (Leyes Nos. 23.492 y 23.521) son inválidas e inconstitucionales. A su vez, se pronunció sobre la validez de la Ley N° 25.779, aprobada por el Congreso de la Nación en 2003, por la cual se había declarado la nulidad de estas leyes.

La Corte Suprema expresó que dichas leyes de amnistía —similares a la nuestra— no tienen en cuenta la jerarquía constitucional de los derechos humanos, conforme al art. 75 num. 22 de la Constitución argentina a partir de la reforma constitucional de 1994, y el carácter de “*ius cogens*” que ostentan las normas internacionales, ya sean creadas por pactos o convenciones, ya sean de carácter consuetudinario.

A modo de síntesis, la ilegitimidad de una ley de amnistía dictada en beneficio de funcionarios militares y policiales que cometieron delitos de esta naturaleza, gozando de impunidad durante regímenes de facto, ha sido declarada por órganos jurisdiccionales, tanto de la comunidad internacional como de los Estados que pasaron por procesos similares al vivido por el Uruguay en la misma época. Tales pronunciamientos, por la similitud con la cuestión analizada y por la relevancia que han tenido, no podrían soslayarse en el examen de constitucionalidad de la Ley N° 15.848 y han sido tenidos en cuenta por la Corporación para dictar el presente fallo.

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

FALLA:

DECLÁRANSE INCONSTITUCIONALES E INAPLICABLES EN EL CASO CONCRETO LOS ARTS. 1º, 3º Y 4º DE LA LEY N° 15.848, SIN ESPECIAL CONDENACIÓN PROCESAL.

**COMUNÍQUESE A LA ASAMBLEA GENERAL.
Y DEVUÉLVASE.**



DR. JORGE T. LARRIEUX RODRÍGUEZ
PRESIDENTE DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA



DR. JORGE OMAR CHEDIK GONZÁLEZ
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA



DR. LESLIE VAN ROMPAEY
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA



DR. JORGE RUIRAL PINO
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA



DR. DANIEL GUTIÉRREZ PROTO
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DISCORDE PARCIALMENTE en cuanto se incluye en lo efectos de la declaración de inconstitucionalidad a personas no identificadas siquiera parcialmente, en base a: los siguientes fundamentos:

Debe recordarse el precepto constitucional del art. 259 de la Constitución, según el cual el fallo de la Suprema Corte de Justicia se referirá exclusivamente al caso concreto y que conforme Berro Oribe "... si el sujeto afectado (por la declaración de inconstitucionalidad) fuera indeterminado (como en el caso pues a fs. 199/301 se solicita la declaración de inaplicación de la Ley N° 15.848 respecto de los funcionarios policiales o militares sin individualizarlos de manera alguna, sin perjuicio de las emergencias de fs. 25 y ss. en cuanto a la identidad de los presuntos integrantes del equipo represor, a cuyo respecto sí procede amparar la declaración pretendida en autos), sucederá que no habrá acción, por falta de 'caso concreto'"; y más adelante señala el autor citado: "Con persona indeterminada no puede haber caso concreto, función jurisdiccional y cosa juzgada que obligue" (v: "Del juicio extraordinario de inaplicación de disposiciones legales por razón de inconstitucionalidad" en Rev. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Año

XIV, abril-junio de 1963, págs. 266 y 274). Y tal conclusión referida a la vía de acción resulta naturalmente trasladable a la vía de excepción transitada en autos ni bien se advierte que lo pretendido es la inaplicación de la Ley N° 15.848 a todo el universo subjetivo (personal militar y policial) que ella comprende de manera que el amparo de la defensa tendría efectos derogatorios sobre la normativa impugnada. Sobre el punto, nuevamente Berro Oribe expresa “... *la intención del Constituyente tiene que haber sido, por lo menos primordialmente, que no se pudiera pensar, ni por asomo, en que el Poder Judicial tuviese facultad de invalidar una ley, derogarla con carácter general. A pesar de insistir en que ‘Las leyes podrán ser declaradas inconstitucionales’ (arts. 256 y 260), el sistema incorporado al texto es otro.*

Es el de la ‘inaplicabilidad de la ley al caso concreto’ (art. 258 Constitución)” (op. cit. pág. 285) “y sin personas determinadas no hay caso concreto” (op. cit. pág. 276), pues, reitero, la inaplicabilidad universal o comprensiva de todos quienes componen la categoría subjetiva sobre que versa la ley cuya inaplicabilidad se pretende, supone, en realidad la derogación de la norma, efecto impropio de nuestro sistema constitucional de contralor de la constitucionalidad de las leyes.

Mas especialmente Berro Oribe señala que “*lo fundamental es que el caso concreto no está constituido por el que decide la sentencia de inaplicación sino por aquél al cual accede el mismo, aquél con referencia al cual se promueve la nueva acción...*” (op. cit. pág. 259). Y agrega, “... *nuestro instituto no es de inconstitucionalidad de las leyes, sino de inaplicación de leyes por razones de inconstitucionalidad...No se trata de ‘juzgar’ una ley con el patrón de la Constitución. Esto en cuanto interpretación de la Constitución sólo puede hacerlo el Poder Legislativo... Se trata sí de la propia función jurisdiccional. Decir o declarar el derecho con motivo de alguna contienda jurídica ya sometida o que puede ser sometida a resolución de los Jueces, aunque nada más que sobre un aspecto de la cuestión: aquél de la eficacia relativa para ese caso contencioso de una Ley o disposición legal que inevitablemente aparece indicada para su decisión, en razón de su colisión con determinado texto o principio constitucional. Los americanos exigen que se trate de un ‘case or controversy of judiciary nature’” (op. cit. pág. 313).*

Esta solución que propugno obedece a la forma en que se planteó la cuestión por parte de la Sra. Fiscal de lo Penal -quien eligió cómo demandaba y a quién- no obstante tener al formular la pretensión subexamine a varios militares sindicados como integrantes del “equipo represor” (fs. 25) y tal solución no implica un pronunciamiento sobre la cuestión de fondo (con relación los sujetos indeterminados) sino tan sólo y a su respecto de un rechazo de la demanda por razón de mérito formal no obstativo al replanteo -correcto- de la pretensión (individualizando a quiénes serían alcanzados por la declaración que pretende). El planteo inespecífico de autos terminaría desnaturalizando el instituto organizado por los arts. 256 y ss. de la Constitución y 508 y ss. del C.G.P. Al respecto cabe recordar que el alcance del pronunciamiento a dictarse por la Corte -dicho de otro modo, la determinación del “caso concreto” correspondiente- depende de la propia solicitud de declaración de inconstitucionalidad planteada por su promotor (v: Cassinelli Muñoz, Derecho Público, 1999, pág. 323), de manera que, énfasis, es la formulación (indeterminada) de la pretensión lo que conduce a esta solución.

Y la discordia es parcial en cuanto de autos surgen ciertos sujetos -los sindicados como integrantes del “equipo represor”- individualizados o fácilmente individualizables, a cuyo respecto, entiendo, procede emitir pronunciamiento de fondo y en el cual coincido con la mayoría de la Corporación.



DRA. MARTHA B. CHAO DE INCHAUSTI
SECRETARIA LETRADA DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

