



DICTAMEN ÍNTEGRO DEL FISCAL DE CORTE SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY DE CADUCIDAD DE LA PRETENSIÓN PUNITIVA DEL ESTADO.

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. 1° 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 2° 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- no 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. 8^a 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 las 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 1°, 3°, y 4° 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”(pag. 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 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 periodo 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. 1º 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 “pre- existente” ¿ 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....”*

(Diario de Sesiones, Nro. 167, Tomo 304, 20 y 21 de diciembre de 1986,pag. 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. 85/14° 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. 3° 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. 1° 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. 4° igualmente atribuye al Poder Ejecutivo determinadas facultades. A su redacción me remito.

9) Los arts. 3° y 4° -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 pag. 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. 8º de la Carta).

Este Ministerio estima sin embargo que tal principio no se haya vulnerado. La ley impugnada de inconstitucionalidad en sus arts.

1º, 3º y 4º 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. 8º 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 mas 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” pag. 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 Ferrrand, Derecho Constitucional, Tomo 1, pags. 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 “**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, 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 Risso Ferrand, Der. Constitucional, pag.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 Risso 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. Risso Ferrand, obra citada, pags. 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, **Risso 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, pags. 538 y 539; Cajarville, Reflexiones sobre los principios generales de derecho en la Constitución uruguaya, pags. 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, pags. 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, pag. 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, pags. 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 supra-constitucional, 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, pags. 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 compartible 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 1° 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. 5° (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. 8° 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. 1°, 3° y 4° 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 pre-existentes.

“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, pags. 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, pag. 252 a 254)

C)- La Ley N° 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*