

## **LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY DE CADUCIDAD 15.848**

*Dr. Daoiz Uriarte Araujo  
Prof. Adj. del Instituto de Derechos Humanos*

### **UN CAMBIO RADICAL EN LA JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE QUE EXCEDE EL MARCO QUE LA GESTARA.**

#### **EL COMIENZO DE LA HISTORIA.**

Abarcar todos los aspectos de la ley 15.848, más conocida como ley de Caducidad, resulta hoy y en este breve espacio, una tarea imposible. En efecto, ello implica el abordaje de elementos históricos y políticos de una época reciente, para entender cómo surgió, y el porqué de este conflicto que aún se mantiene con total vigencia. Por tanto trataremos de hacer una breve exposición de los contenidos fundamentales de la ley, para confrontarla con el marco de derechos humanos existentes y analizar su legitimidad en cuanto a la dogmática constitucional vigente, hoy, al momento de su aprobación.

Trataremos, bien que difícil, de eliminar de nuestra exposición los elementos subjetivos, políticos y éticos, para centrarnos en el análisis jurídico de la norma, sin que ello signifique en modo alguno, olvidarnos de ambos elementos en la valoración final de la misma.

En primer lugar la ley 15.848 surgida el 22 de Diciembre de 1986, tuvo un objetivo claro y terminante, evitar no solamente la condena de los responsables de delitos de lesa humanidad cometidos en el Uruguay durante la dictadura, sino todo tipo de investigación (a excepción de los casos excluidos) sobre los propios hechos. Es decir, a diferencia de un indulto, gracia o amnistía, como ocurrió en otros países, en el caso uruguayo la mayoría del Poder Legislativo de entonces y el Gobierno, optaron por cerrar todo camino de investigación, en forma directa. Esto no se hizo en forma inmediata sino que existió una primera etapa de discusión jurídica, en tanto se resolvía por la Suprema Corte de Justicia, integrada al efecto por integrantes militares del Supremo Tribunal Militar, sobre la jurisdicción que debía asumir estos casos, ya que, tratándose los denunciados o inculpados en su mayor parte de integrantes de las

Fuerzas Armadas, estos reclamaron ser juzgados por este fuero. Dicha discusión se saldó con una sentencia de la Suprema Corte de Justicia, quien por unanimidad, y con la sola discordia de los integrantes militares, entendieron que correspondía al fuero penal ordinario. De esta forma quedaba abierto el camino de la investigación de responsabilidades sobre los hechos e indudablemente el Poder Judicial iniciaría las actuaciones conducentes a detener y eventualmente procesar militares y policías implicados, gran parte de ellos en actividad aún, siendo notoria la intención de desconocer a la Justicia, al punto en que, el Gral. En Jefe del Ejército de entonces, Tte. Gral. Medina, llegó a impedir conscientemente que las notificaciones judiciales llegaran a los destinatarios.

Frente a este inevitable conflicto, y temeroso, al menos en el discurso, gran parte del Parlamento, a una crisis institucional, se adopta el camino de bloquear en forma total, ya no la condena sino toda investigación, para preservar a los eventuales inculcados no solo del castigo penal, sino de la condena moral y social, e inclusive de la eventual reparatoria patrimonial por parte de las víctimas (luego explicaremos porque).

Es necesaria esta explicación previa para entender porqué el art. 1º. De la Ley comienza diciendo "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 o asimilados, por móviles políticos o en ocasión del cumplimiento de sus funciones y de acciones ordenadas por los mandos que actuaron durante el período de facto."

Es decir la propia ley, hace referencia, no en su exposición de motivos, sino en su propio texto a elementos meta jurídicos, totalmente ajenos sin duda a la normativa constitucional, porque véase que lo que expresa, es que existe una situación creada, fuera de las normas, pero con un aparente valor vinculante, esto es con capacidad de generar efectos jurídicos en forma no reglada por la constitución ni las leyes, **la lógica de los hechos originados en**

**un acuerdo entre partidos y Fuerzas Armadas**, que en forma novedosa se convirtieron en legisladora.

Si la ley lo que hace es reconocer el hecho de que operó la caducidad de la pretensión punitiva del Estado, entonces, evidentemente esta existe antes de la ley, un vínculo jurídico que estableció una caducidad no prevista en la Constitución ni en la ley. No es la ley la que establece la caducidad, sino que está ya está y la reconoce. Cabe preguntarnos como puede compatibilizarse esto con los arts. 7,8, 10, 12, 18, 22 y 85 de la Carta que establecen claramente que la forma de limitar la protección en el goce de los derechos, la igualdad de las personas, la obligatoriedad de la fijación previa de las formalidades y orden de los juicios, etc. Si la ley le puede reconocer efecto jurídico vinculante a la lógica de los hechos, imaginemos, cuántas posibilidades pueden llegar a tener esta lógica. Es más, tratemos de pensar el proceso de formación de esta lógica, que por otra parte no deja de ser muy particular, por cuanto concurren a ella dos actores, los partidos políticos y las Fuerzas Armadas. Debemos además acotar que en el citado acuerdo no participaron todos los partidos políticos aun cuando gran parte de uno de los partidos que no participó, votó por esta ley.

Creo que sería un buen ejercicio académico buscar en que parte de nuestro ordenamiento jurídico se establece la lógica de los hechos pueda constituirse en fuente de derecho. ¿Lo incluiría tal vez Kelsen en su norma hipotética fundamental?

En principio lo único que se reconoce con un valor jurídico preexistente para nuestra constitución iusnaturalista, son los inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno, aunque no lo expresan así ni el art. 7, ni el 72.

Pero la ley necesitaba, ya que la lógica de los hechos no lo decía, ni parece haberlo establecido el mencionado pacto, como instrumentar esta caducidad, cuyo análisis evidentemente no podía dejarse a criterio de los jueces, quienes podían dudar o no entender esta caducidad producto de la lógica de los hechos.

Es por eso que el art. 3ero. Establece "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 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 informare 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 pre sumariales en los procedimientos mencionados en el inciso primero de este artículo.

Véase que acá, será entonces el Poder Ejecutivo y no el Poder Judicial que establecerá si el hecho investigado se encuadra o no dentro de la caducidad establecida en la ley, y ese solo acto alcanzará para determinar la acción del Juez.

Si bien es cierto que nuestro art. 22 pone a cargo de la parte o el acusador público (figura dependiente del Poder Ejecutivo aunque con independencia técnica) esto no puede identificarse con el Poder político. Pero más difícil de entender aún es donde ha quedado el derecho a la justicia de las víctimas de estos hechos.

Recordemos que además de nuestro texto constitucional, al momento de la aprobación de la ley Uruguay había suscrito la Declaración Universal de Derechos Humanos, y la Convención Americana de Derechos Humanos, amén de otros tratados.

Repasemos algunos de los artículos de la Declaración Universal, por ejemplo, el art. 7 establece que todos tienen derecho a igual protección de la ley. El art. 10 establece que toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial para la determinación de sus derechos. No entran estos derechos dentro del art. 72 de la Constitución.

En cuanto a la CADH, por el art. 2 el Uruguay aceptó que debía 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. En el art. 8 a su vez la Convención establece que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente..... para la determinación de sus derechos ... El art. 24 reitera nuestro art. 8 y agrega En consecuencia tienen derecho, sin discriminación a igual

protección de la ley. No parece que la disposición del art. 3 de la ley 15.848 sea compatible con estas previsiones de protección internacional de DDHH.

Pero esta afirmación además está corroborada por el dictamen de la Comisión Interamericana de DDHH que en 1992 cuestionó la ley y declaró que la misma es violatoria del Art. 17 (romanos) de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre así como de algunos de los mencionados ya en la Convención Americana sobre DDHH más conocida por Pacto de San José de Costa Rica.

Es decir que Uruguay, ya en democracia, violentó igualmente, con su legislación, preceptos internacionales de protección a los Derechos Humanos que había reconocido y aceptado antes.

Tal y como lo hemos expuesto era inevitable que la ley suscitara impugnaciones por inconstitucionalidad, y ello fue inmediato. El 2 de Mayo de 1988 la Suprema Corte dictó la primera sentencia.

En dicha sentencia la mayoría de la Suprema Corte, integrada en ese momento por los Dres. Tommasino, Addiego Bruno y Nicolliello, desestimaron la inconstitucionalidad, fundándose entre otros en el dictamen del Fiscal de Corte, Dr. Ferrari Silva.

Sostuvieron básicamente los siguientes argumentos:

- a) en realidad es una verdadera amnistía (aunque el legislador dijo lo contrario)
- b) acudir a las manifestaciones de quienes participaron en el debate parlamentario es un procedimiento que se opone por lo general a una correcta técnica interpretativa.
- c) Los derechos consagrados en los arts. 7 y 72 no son absolutos sino que pueden limitarse conforme a las leyes por razones de interés general.
- d) La pretensión punitiva del Estado incumbe al Ministerio Público cuya actividad condiciona la acción del Poder Judicial.

Pero tal vez, la mejor síntesis de su fundamentación se resume en una sola oración. "Por sus características generales, la motivación de la ley y las circunstancias extraordinarias de orden político-social que impulsaron su sanción, constituye una auténtica amnistía, a la luz de los principios reguladores del instituto, conforme a la doctrina constitucional y penal de más prestigio."

A esta concepción respondieron en forma diametralmente opuesta en sus profundas y fundamentadas discordias, los Dres. Nelson García Otero y Jacinta Balbela de Delgue.

El primero de ellos dijo: **“Los arts. 1,3, y 4 no sólo son inconstitucionales sino que lo son voluntariamente”**. Estas se aprobaron para evitar que los militares cometieran delito de desacato y prueba de ello eran las actas del Senado donde se urgía la aprobación por tal razón. Conforme al art. 4 y 82 de la Constitución la soberanía radica en la Nación y se ejerce a través del Cuerpo electoral y sus poderes. Entre las potestades está el derecho punitivo, derecho que solo tiene el Estado y que no puede delegar. Ningún acuerdo político o lógica de los hechos tiene previsión constitucional que autorice a desconocer esto. Es más, el propio Parlamento al aprobar el art. 5to. De la ley 15.737 de amnistía los excluyó expresamente. La caducidad de la pretensión punitiva tiene fuente extra legislativa, que es lo mismo que decir inconstitucional. Al mismo tiempo el art. 3 y el 4, son inconstitucionales al atribuir al Poder Ejecutivo funciones propias del P. Judicial.

La Dra. Balbela también fue bien clara al respecto y recurriendo a las palabras del Dr. Gonzalo Aguirre quien se atribuyó la redacción de la norma cita: 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, ... una norma constitutiva,...sino declarativa. ... Una 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 de la Cámara de Senadores No. 167 tomo 304.).

Asimismo señala la inconstitucionalidad del art. 3 y 4 en cuanto, la Constitución no ha asignado de manera alguna al Poder Ejecutivo funciones jurisdiccionales.

Ahora bien, sin perjuicio de adherir a la brillantes discordias de García Otero y Balbela, cabe agregar que, algunos de aquellos argumentos con que defendieron la caducidad, parecen más producto de la circunstancia que de una profunda reflexión jurídica.

En primer lugar, las normas de interpretación previstas en nuestro Código Civil (art. 17 y 18) nos enseñan básicamente que:

17.-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.

18.-Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal.

Continuando entonces, si la norma dice caducidad y no amnistía y dice Reconócese, nos parece que el tenor literal resulta claro, y no sería necesario consultar su espíritu. Pero si consultamos su espíritu el cual no se devela por obra vudu, juego de la copa o invocación, tenemos un camino a seguir, que nos lleva a la historia fidedigna de su sanción.

Entonces resulta contradictorio que en su fallo la mayoría sostenga que en realidad es una amnistía, cuando el tenor literal dice otra cosa, pero a su vez para interpretar el fundamento, se niegue y descarte expresamente la historia fidedigna de su sanción y en especial las palabras del redactor Gonzalo Aguirre.

La verdad es que los propios impulsores de la norma además (alcanza con consultar la prensa de la época) no querían conceder una amnistía, dado que la sociedad internacional ya consideraba a este tipo de delitos como imprescriptibles y no amnistiabiles.

Insólitamente la mayoría expresó que aceptar la lógica de los hechos supondría una grosera inconstitucionalidad (que era lo que se debía decidir).

Ahora bien, después de este análisis, y sin ni siquiera confrontar profundamente esta norma, con la normativa de protección internacional, cabe concluir que resulta claramente inconstitucional, tanto por razones de forma como de contenido.

Solo mencionaremos que el referéndum de 1989 para anularla no tuvo los votos necesarios, y esta norma continuó su vigencia diríamos que hasta el dictado de la sentencia No. 365 de Octubre de 2009, fecha en que a nuestro juicio ha perdido toda legitimidad si es que efectivamente la tuvo.

Pero existen dos hechos de enorme trascendencia que deben tomarse en cuenta:

1º. Desde el comienzo del nuevo gobierno, el Poder Ejecutivo adopto una actitud diametralmente opuesta a la desarrollada por los Ejecutivos anteriores. En todos, absolutamente en todos los casos el Poder Ejecutivo ha decretado que no se aplica la ley de caducidad y los ha excluido.

Alguien puede preguntarse, ¿esto está bien? Obviamente los beneficiados por la norma contestarán que no.

Pero dos factores deben de tomarse en cuenta, el primero que la norma no dio al Poder Judicial la facultad reglada de estudiar si estaba o no incurso en la ley, se la dio expresamente al Poder Ejecutivo y este, en uso de sus facultades discrecionales la usó.

Por tanto el Juez no tiene potestades para otra cosa que continuar con la investigación dado que el P. E. no la incluyó entre los amparados por la ley.

Existe un deber genérico de desaplicar las normas inconstitucionales, y sin duda el actual Poder Ejecutivo, que tiene sin duda dicha convicción, así lo aplica (mas adelante nos referiremos a las doctrinas que avalan esta posición).

Su fundamento resulta claramente establecido de la respuesta dada a la Suprema Corte, en virtud del traslado solicitado por el Sr. Fiscal de Corte Dr. Rafael Ubiría, en ocasión de la interposición de la inconstitucionalidad por parte de la Sra. Fiscal Dra. Mirtha Guianze por vía de excepción.

Al responder el traslado, el Poder Ejecutivo señaló claramente que a su juicio la ley 15.848 era inconstitucional, y otro tanto realizó por decisión de la mayoría el Poder Legislativo.

2º. Dados los procesamientos actuales y la afirmación democrática hoy a más de 20 años de aquellas situaciones, sin duda las afirmaciones del Dr. Gonzalo Aguirre, en aquel entonces, no tienen fundamento. Podemos dudar de si en algún momento tuvieron algún fundamento fáctico real (obviamente no jurídico), pero no puede haber duda que hoy, esos fundamentos no existen.

Recordemos que decía, "Una 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 de la Cámara de Senadores No. 167 tomo 304.).

Bien, sin compartir por supuesto aquellas apreciaciones, solo aspiramos a que se reconozca que esa situación si existió, hoy ya no existe.

Y así como no aceptamos, la prueba obtenida en fraude, el fruto del árbol prohibido, no puede sostenerse la constitucionalidad y vigencia de una norma que fuera adoptada , de estar a aquellas palabras, condicionada por un vigencia limitada de la Constitución, y en abierta violación al art. 8.

Si esto fue así, es el fundamento básico para su derogación por el parlamento y su declaración de inconstitucionalidad.

Si la democracia era limitada y la Constitución también, aquel fallo era un simple producto de esas circunstancias.

Y las circunstancias varían.

Como señala la teoría tridimensional del derecho a la que adherimos, toda norma tiene, tres dimensiones fundamentales que condicionan su existencia, la dimensión normológica, la dimensión fáctica o social, y la dimensión ética.

La ley 15.848, nació con un problema intrínseco, su dimensión ética estaba gravemente afectada, difícilmente alguien quebraría una lanza por la justicia intrínseca de la misma. Solo se justificaba por quienes la apoyaron mayoritariamente en función una situación coyuntural que le daba el soporte social inestable, que permitió su vigencia. Pero la sociedad, como la coyuntura histórica, cambió sustancialmente y esto llevó necesariamente a un nuevo cuestionamiento de su legitimidad.

Se ha escuchado más de una vez que el propio referéndum de 1989 habría laudado el tema, dándole una constitucionalidad a la norma.

Eso es sin duda un absurdo. En primer lugar porque no surge de ningún texto constitucional, y en segundo lugar, porque quienes votaron no, nunca se refirieron a la constitucionalidad.

Pero además, no era el medio en todo caso correcto para laudar el tema. En todo caso, la única posibilidad es que se hubiera realizado un plebiscito a favor de constitucionalizar la ley de caducidad cosa más improbable.

Esto sin olvidar que aún en este caso, en materia de Derechos Humanos, la violación no se legitima por el consenso público momentáneo. De lo contrario deberíamos dar legitimidad a las leyes racistas de Nuremberg por ejemplo.

De la misma forma y como veremos a continuación no escapó a la visión de la Suprema Corte de Justicia el análisis del referéndum de 1989, que por otra parte claramente aplicable al resultado de la consulta plebiscitaria por la realizada en Octubre de este año y que por escaso margen no alcanzara la mayoría necesaria para la reforma constitucional planteada para anular la ley.

De todas formas y anticipándonos al análisis de la Sentencia, vale la pena transcribir algunas posiciones doctrinarias de varios docentes de derecho público, algunos en particular connotados defensores de la ley, vertidas en un Coloquio Nacional propuesto por la Revista La Ley en Uruguay.

En primer lugar plantearemos la posición del Dr. Gonzalo Aguirre, quien fue redactor y defensor de esta polémica norma y justificara como vimos las razones de su creación: "La Suprema Corte de Justicia puede declarar la inconstitucionalidad de una ley ratificada en un referéndum porque los arts. 256 y 257 de la Ley Magna, al asignarle a la Corte dicha competencia.... No exceptúa a las leyes confirmadas por el Cuerpo Electoral, en la vía recursiva del referéndum, del control de constitucionalidad ejercido por la Corte. *Esta afirmación no es contradictoria con nuestra opinión de que las leyes ratificadas en un referéndum no son susceptibles de ser derogadas ni modificadas por otras leyes posteriores*, dado que las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de las leyes sólo tienen efecto en el "caso concreto" de acuerdo al art. 259."(1)

Por el contrario Correa Freitas explicó "La Constitución uruguaya no prevé un sistema de jerarquía entre los distintos tipos de leyes, como lo encontramos en el Derecho Comparado con las leyes orgánicas, las leyes marco, las leyes de bases, sino que la diferencia que consagra la Constitución de la República tiene que ver con el procedimiento de sanción de las leyes... A mi juicio el pronunciamiento de la ciudadanía sólo tiene efecto confirmar o ratificar el acto legislativo impugnado por el recurso de referéndum, por lo que el Parlamento legítimamente puede en el futuro modificar o incluso derogar la ley que ha sido ratificada por la ciudadanía en

un recurso de referéndum. *La ratificación de la ciudadanía no le da mayor valor y fuerza de ley, porque la Constitución no prevé un efecto especial...* ¿qué consecuencias tiene el pronunciamiento de la ciudadanía sobre la cuestión de la inconstitucionalidad? *Estimo que la ratificación o confirmación de una ley ....no impide el control de la constitucionalidad...* En otros términos la ratificación o confirmación de una ley por la ciudadanía le confiere legitimidad política, en cuanto a la oportunidad o conveniencia del acto legislativo, pero no en cuanto a la legitimidad jurídica".(2)

Por su parte el Riso Ferrand ratificó señalando: "No veo que la Constitución de pie para ninguna otra categoría como ocurre a veces en el derecho comparado. El hecho de que la ley haya sido ratificada en un referéndum no cambia la cuestión.... En definitiva, creo que *el valor y fuerza de una ley es el mismo, tanto en el caso de la ley implícitamente ratificada en un referéndum como en el caso de leyes que nunca fueron objeto de referéndum.*"(3)

Finalmente mencionaremos la posición de Esteva, quien fuera Consejero de Estado durante la Dictadura pese a lo cual sostiene: "cuando en términos políticos es confirmada o ratificada por el cuerpo electoral (una ley objeto de referéndum) no ve alterada su jerarquía normativa, sino que continúa siendo un acto con valor y fuerza de ley o, si se quiere, con otra terminología, una ley ordinaria."(4)

Resulta indiscutible por aplicación lógica que estas consideraciones se aplican totalmente al fallido plebiscito de Octubre 2009.

Creemos que aún cuando se hubiera alcanzado las mayorías serían muy discutibles los efectos de la propuesta de anulación. Partiendo de la base que nuestra Constitución no admitía tal posibilidad, difícil es pensar que una modificación posterior pueda tener efectos retroactivos en una materia que puede considerarse protegida por el principio de la irretroactividad de la norma penal.

Solo la inconstitucionalidad decretada por la Suprema Corte de Justicia ofrece un mecanismo jurídicamente inatacable, y efectivo, ajustado a la normativa nacional e internacional, para que cause efectos hacia el pasado, por una razón fundamental, la inconstitucionalidad original no puede legitimarse.

La norma inconstitucional no es ni puede ser fuente de derechos como no lo es de obligaciones. Su existencia espuria solo se debe a

la inacción del lesionado o a la aplicación de la fuerza institucionalizada pero nunca a la legitimidad democrática.

Esto no es ni significa olvidar el art. 259 de la Constitución que establece que el fallo solo se referirá al caso concreto y tendrá efectos en los procedimientos en los que se haya pronunciado. Pero de todas formas la reiteración de situaciones jurídicas implicará en los hechos la desaplicación de la ley por parte del Poder Ejecutivo, y las inevitables consecuencias políticas en aplicación del art. 522 del C.G.P. (antiguo art.19 de la ley 13.747) que por tales razones obliga razonablemente a la actuación del Poder Legislativo.

Es por eso que hoy resulta tan importante el nuevo fallo que vamos a analizar.

### **ANALISIS DE LA SENTENCIA No. 365 DE LA SCJ SOBRE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY 15.848**

Aún asumiendo el riesgo de ser exagerado en mis más de veinte años de abogado no recuerdo una sentencia de tal trascendencia, con una elaborada capacidad de análisis y reflexión jurídica, social y política en el más alto sentido de la expresión.

En efecto esta sentencia, **no solo ha de pasar a la historia como la sentencia que desterró de nuestro ordenamiento jurídico toda duda de la inconstitucionalidad de la ley, permitiendo definitivamente el juzgamiento de los responsables de los delitos de lesa humanidad, sino que consagró nuevas bases éticas para la jurisprudencia en materia de los derechos de la persona humana y el concepto de Estado de Derecho en nuestro país.**

**Decimos esto con el convencimiento de que cuando el tiempo haya alejado la discusión que la motivó y la ley 15.848 se encuentre definitivamente relegada en el rincón más oscuro de nuestra historia jurídica, las bases que ha sentado la actual sentencia, la aplicación de las normas internacionales de protección, la intangibilidad del bloque constitucional de derechos de la persona humana y del principio de separación de poderes, se mantendrán como guía permanente de nuestra jurisprudencia.**

En el bullicio de la campaña electoral unido a la existencia de un plebiscito propugnando la anulación de la ley, la sentencia pasó casi

desapercibida para la mayoría de los medios y de la población en general. Aún en el ámbito académico no suscitó grandes debates, puesto que de alguna forma no se trataba de un resultado inesperado, y por otra parte la atención se centraba en el plebiscito en sí.

No obstante, transcurrido el tiempo y fracasado el plebiscito, la importancia jurídica y política de esta sentencia pasa a tener un protagonismo fundamental en las próximas instancias en que se ventilen causas referidas a las violaciones de derechos humanos durante la dictadura.

Vamos a subdividir para su análisis la sentencia en varios bloques. En primer lugar y siguiendo el iter de la sentencia comenzando por hacer referencia a un problema preliminar que también a generado una jurisprudencia nueva de importancia hacia el futuro.

***Cuestión preliminar: la legitimación del Ministerio Público.***

El problema preliminar fue suscitado al entender el Fiscal de Corte que el Ministerio Público no tenía legitimación para interponer la acción.

Es así que su planteo considera que de acuerdo al art. 258 de la Constitución, la Fiscalía carece de legitimación activa, por no ostentar el interés directo personal y legítimo que requiere dicho artículo para interponer la excepción, en el sentido de un interés propio.

En su apoyo el Fiscal de Corte, citó la sentencia 71/2004 de la Corte.

Desde esta perspectiva, la Sra. Fiscal argumentó claramente en su presentación oral, que le asistía el derecho y la obligación de accionar por inconstitucionalidad habida cuenta de que la aplicación de la ley le impedía ejercitar las acciones correspondientes.

En esta cuestión la Suprema Corte también por unanimidad descarta la posición asumida. En primer lugar porque la posición adoptada por la Corporación en el año 2004, refería a un caso totalmente distinto como lo fue la promoción de inconstitucionalidad de la ley 17.514 de Violencia Doméstica, promovida por un Fiscal Letrado Nacional en lo Civil.

Tratando de resumir los argumentos la Sentencia señala en esa instancia se trataba de una vía de acción que no accedía a un caso concreto. Si bien es cierto que de acuerdo a su ley orgánica el

Ministerio Público defiende intereses generales en la sociedad, y la utilización de la vía de acción sin un caso concreto, excedía las posibilidades de la Corporación de resolver de acuerdo al art. 259 (que limita su actuación al caso concreto).

La Corte señala entonces, que ni la sentencia del 2004, ni el fundamento de la misma tienen relación directa con este caso. En primer lugar acá se trata de una vía de excepción, en un caso concreto, por lo que el interés invocado por la Fiscal se cumple en la especie. Señala expresamente: *"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 del Decreto-Ley No. 15.365)."*

Puede considerarse que la Corte innova al respecto, pero podemos citar múltiples apoyos doctrinarios que acompañan desde antes la posición adoptada por la Corte. A su respecto se ha expresado favorablemente todos los ponentes en el Coloquio de la Revista la Ley antes mencionados (Aguirre, Esteva, Correa Freitas y Risso Ferrand)(5). Estos autores recurren a abundantes citas a Jiménez de Aréchaga, Véscovi, y otros grandes doctores pero en particular Risso Ferrand ha señalado en una obra anterior *"cabe destacar que, además de la claridad que emerge del análisis de las normas constitucionales (ninguna limita la legitimación) debe advertirse otro argumento: si se negara la legitimación al Poder Ejecutivo, este tipo de leyes quedarían fuera de contralor jurisdiccional de constitucionalidad. Ningún habitante podría lograr que la ley inconstitucional no se aplicara, aún cuando los efectos negativos sobre las finanzas públicas tengan también otros efectos negativos... sólo lo afecta indirectamente como habitante del país. Lo contrario, o sea negar la legitimación del Poder Ejecutivo, implicaría restricción de trascendencia al propio concepto de Estado de Derecho (habría actos no susceptibles de contralor jurisdiccional) y una alteración sin fundamento jurídico de la relación entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo a favor de este último. En definitiva, parecería que corresponde compartir la jurisprudencia actual y*

*reconocer la legitimación activa la Poder Ejecutivo para promover la cuestión de la inconstitucionalidad.”(6)*

Creo que la solidez y continuidad de la doctrina señalada justifica plenamente la decisión de la Suprema Corte al respecto no mereciendo mas comentarios.

**Los antecedentes.**

Como resulta obvio la sentencia ha tomado en cuenta los principios fundamentales establecidos en la discordia de Balbela y García Otero a la que oportunamente nos referimos.

Para no cansar al lector ni extendernos innecesariamente resumiremos los **sus principales fundamentos**:

1.- La lógica de los hechos no es fuente de derecho aceptada en nuestro ordenamiento jurídico. Ningún acuerdo político (dice la actual sentencia) cuenta con previsión constitucional que autorice a desconocer lo que establecen los arts. 4 y 82 de la Constitución.

2.- Si bien la ley permite la amnistía de acuerdo al art. 85 num.14, esta ley no es ni un indulto ni una amnistía. Sin perjuicio de que no lo dice expresamente la ley requiere una mayoría especial que no se obtuvo.

3.- La 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. La potestad del ejecutivo de determinar si un caso debía incluirse o no dentro de la ley, como condición previa y necesaria, de contenido obligatorio para el Juez constituía una clásica desviación de funciones y sustitución del Poder Judicial por el Poder Ejecutivo en el caso.

Sobre esta base y algunos elementos importantes mas especialmente señalados en la solicitud fiscal, **como el derecho de acceso a la justicia, la protección internacional establecida en la Convención Americana de los Derechos Humanos y el derecho a la igualdad, la Dra. Mirta Guianze, presentó su extensa y profundamente fundada excepción de inconstitucionalidad.** Lamentablemente la brevedad del presente trabajo no nos permite analizar esta presentación como sería nuestro deseo, pero, en tanto gran parte de sus fundamentos han sido recogidos en la sentencia a ella nos remitiremos.

Sin duda estos elementos ya eran más que suficientes para avalar dicha declaración, pero la Suprema Corte recogiendo casi todos los

mencionados (a excepción de la violación al principio de igualdad) amplió los fundamentos en forma importante, haciendo un análisis por demás exhaustivo de los antecedentes que llevaron a la aprobación de la ley de caducidad, su efecto lesivo sobre los derechos fundamentales, el concepto del Estado de Derecho y la eficacia de la protección internacional.

***Los aspectos fácticos.***

**No es una ley de amnistía**, señala enfáticamente la sentencia de la Corte, además de no decirlo y no reunir las mayorías absolutas la Suprema Corte, recogiendo la opinión de la Dra. Castro expresa: *“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 15.737, que dispuso la amnistía para quienes estaban presos... Hacía menos de tres meses (28.9.86) que el Senado.... Había rechazado un proyecto de ley de amnistía para los militares y policías remitido al Poder Ejecutivo por lo que no podía volver a proponer otro proyecto con el mismo contenido.”*

En definitiva concluye la Corte en su aprobación, y fuera del análisis del contenido, la ley no cumplió con los requisitos formales ocasionando una inconstitucionalidad insubsanable al incumplir no solamente con el art. 85 num.14 sino también con el art. 142 de la Carta.

Vale la pena recordar un texto del Dr. Schurman Pacheco, quien participara en la elaboración de la ley 15.737, la verdadera ley de amnistía llamada ley de Pacificación Nacional, quien se ocupara especialmente de la llamada irreciprocidad de la amnistía establecida en el art. 5 de la ley y que expresara “Quedan excluidos de la amnistía los delitos cometidos por funcionarios policiales o militares ... que fueran autores, coautores o cómplices de tratamientos inhumanos....”, sobre esta base el Dr. Schurman explica: *“Existe un punto inconcuso en materia de derecho internacional y es el referente al reproche general a los tratamiento inhumanos crueles o degradantes por parte de funcionarios públicos*

... dependientes de cualquier régimen... La ley de pacificación Nacional uruguaya en acatamiento de estos postulados y reconociendo que no se puede admitir la noción de "amnistía recíproca" allí donde la reciprocidad de situaciones y de circunstancias no existe, establece una verdadera irreciprocidad al excluir de la amnistía los delitos cometidos por funcionarios policiales o militares...La Ley en el inciso segundo de la misma disposición y conforme también a los dictados normativos internacionales, **excluye de la amnistía consagrada todos los delitos cometidos por personas que hubieran actuado amparadas por el poder del Estado en cualquier forma o desde cargos de gobierno, aún cuando hubieran actuado a impulso de móviles políticos.**"(7) Véase que este trabajo data de 1985 habiendo sido publicado por primera vez en Doctrina Penal de Buenos Aires. Es decir que existía plena conciencia en los legisladores que se había rechazado la amnistía y en particular por ser violatoria de los acuerdos internacionales y principios de derechos humanos.

**La declaración de caducidad.** Señala especialmente la Corte que la declaración de caducidad de los delitos **excede las facultades de los legisladores e invade el ámbito de una función constitucionalmente otorgada a los jueces, cosa que el legislador no puede hacer.**

Pero además, aún cuando se interprete que dispuso la caducidad, el legislador puede fijar un término de caducidad pero no puede disponerla. Dice la Corte "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 (cosa que hizo la primera ley argentina, de punto final), bajo apercibimiento de 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.*

Al respecto la sentencia continúa recogiendo el excelente trabajo de la Dra. Castro que señala expresamente: "*En nuestro régimen jurídico para los delitos perseguibles de oficio no existe un plazo de caducidad de la acción penal, que podrá movilizarse mientras no haya operado la prescripción del ilícito.... De manera que para los delitos a que refiere la ley no es jurídicamente posible reconocer o*

*declarar que ha operado la caducidad produciendo la extinción de las acciones penales.... Tampoco se trata de la supresión de ciertos delitos, como sugiere la sentencia puesto que suprimir una figura delictiva – con la consiguiente clausura de investigaciones procesos y condenas- implica dictar una regla derogatoria de que tipificó ese delito, con efecto general y hacia el futuro, de manera que esa conducta, en adelante, ya no se considera delictiva. Lo cual obviamente difiere de lo que aquí se pretende.”*

**De los efectos del referéndum(8) contra la ley de caducidad votado en el año 1989.**

En la discusión suscitado sobre el plebiscito último renació en más de una oportunidad una teoría que aunque sin reconocimiento jurídico y lógico, fue expresada más de una vez, que consiste en el hecho de sostener que la no aprobación del referéndum habría actuado como un acto ratificadorio de rango constitucional subsanando las irregularidades de la ley por la expresión del Soberano. Ya hemos agregado las posiciones doctrinarias más contundentes al respecto, posiciones que creemos (a excepción obviamente de la del Dr. Aguirre) irrefutables.

La Corte también analizó esta hipótesis en su fallo y señaló:

a) **el referéndum no proyecta consecuencia relevante alguna con relación al análisis de constitucionalidad que se debe realizar.** El Soberano no fue consultado sobre la naturaleza jurídica ni sobre las mayorías con las que se dictó la ley sino exclusivamente sobre si hacer o no lugar al recurso.

b) **el rechazo de la derogación no extiende su eficacia al punto de otorgar cobertura de constitucionalidad a una norma legal “ab origine”** por transgredir normas o principios consagrados o reconocidos por la Carta.

Como se ve, estas consideraciones vertidas sobre un recurso de referéndum son perfectamente aplicables al plebiscito de reforma constitucional recientemente rechazado.

No obstante el tener que expresarse sobre esta cuestión llevó el análisis de la Suprema Corte, a un nivel de desarrollo que la obliga a incursionar sobre un tema más trascendente y de largo plazo como lo es la intangibilidad del bloque constitucional de derechos inherentes a la persona humana.

### ***Consideraciones sobre naturaleza intangible de los derechos humanos.***

Partiendo de los conceptos anteriores y apoyándose en las exposiciones de Luigi Ferrajoli, la Suprema Corte pasa identificar la premisa de la democracia sustancial con los derechos humanos, reconociendo la diferencia entre lo que puede y no puede decidir la mayoría. Los derechos fundamentales hoy aparecen ajenos a la esfera de decisión de la mayoría tal vez porque justamente es su esencia, están establecidos como límites y vínculos a la mayoría, protegiendo a todos e inclusive y fundamentalmente a las minorías del avasallamiento.

Y en esto recordemos que Bobbio decía *“Los mecanismos constitucionales que caracterizan al estado de derecho tienen el propósito de defender al individuo de los abusos del poder.... Son garantías de la libertad negativa, la esfera de acción en la que el individuo no está constreñido por quien detenta el poder coactivo.”*(9)

Siguiendo este razonamiento, el poder es el del Estado pero también el de la mayoría circunstancial. Aún el Soberano, no puede tener el poder para abusar de él. En materia de Derechos Humanos, la violación no se legitima por el consenso público momentáneo.

Claro ejemplo de esto han sido las numerosas leyes de Amnistía aprobadas en diversos países de América Latina en forma posterior al advenimiento de las democracias post dictaduras y que luego han sido derogadas.

Compartiendo con Ferrajoli la SCJ, expresa *“Superando el rol que le asignaba el viejo paradigma paleoliberal, la jurisdicción se configura como un límite de la democracia política.... Entonces ninguna mayoría alcanzada en el Parlamento o la ratificación del Cuerpo electoral – ni aún si lograra unanimidad- podría impedir que la SCJ 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.”*

### ***El Estado de derecho y la ley de caducidad.***

Para la S.C.J, la ley de caducidad no es una simple norma inconstitucional por violentar algunos de los dictados constitucionales. En realidad el tenor de la sentencia señala su incompatibilidad grosera con el propio Estado de Derecho. No estamos frente a una norma que por equívoco o intención fraudulenta del legislador esquivó u omitió el respeto a una disposición constitucional como podría ser la mayoría especial en la conformación de un Ente autónomo, o la reserva legal impositiva de los gobiernos departamentales.

La violación constitucional de la ley 15.848 es de fondo y adquiere tal magnitud, que cuestiona en definitiva el propio estado de derecho. Tal es el reconocimiento de la Corporación que apoyándose en Justino Jiménez de Aréchaga y en una excelente sentencia de la SCJ de 1959, señala que "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. 4º. Y 82 dispone que la actividad propia del servicio judicial será desempeñada por la Suprema Corte de Justicia... 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.

La Separación de Poderes es la base del Estado de Derecho y este la garantía última de todos los derechos humanos. No puede hablarse de Estado de Derecho sin derechos humanos y viceversa, y el Estado de Derecho presume y requiere inevitablemente la existencia de una separación de poderes.

Vale la pena recordar las palabras del Prof. Rovira Viñas que señalaba "dentro de estas garantías generales, se encuentran las políticas que coinciden con los elementos del propio Estado de Derecho (máxima expresión del constitucionalismo democrático), como el imperio de la Ley, el pluralismo político y lo que hoy nos ocupa, la división de poderes sin los cuales no es posible la existencia real de una sociedad democrática y por tanto, no es posible la vigencia real de los Derechos fundamentales. El Estado de Derecho, al implicar, fundamentalmente, separación de los poderes del Estado..."(10)

### ***El derecho de acceso a la justicia de los familiares de las víctimas.***

La sentencia recoge el agravio, en forma escueta, aunque su fundamento se desprende de todo lo anterior señalando *"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 suscritos por la República."*

Solo como referencia, es importante recordar que la amnistía y el indulto están previstos en la Constitución más allá de que para la mayor parte de los delitos cuya justicia se pretende no serían amnistiables desde la óptica del derecho internacional. Pero recordemos, esta no es una ley de amnistía, por tanto lo que en definitiva agravia la conciencia y la norma es que se privó a los familiares, siquiera de la investigación de los hechos y la determinación de los responsables. El Estado puede renunciar al castigo de determinados responsables,(depende del delito) pero no, negar el derecho de las víctimas al acceso a la justicia.

### ***La recepción de los tratados internacionales sobre derechos humanos en nuestro derecho.***

Dice la sentencia *"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."*

Esta afirmación termina de despejar toda duda sobre la forma, la vigencia y el valor de la incorporación de derechos reconocidos en los pactos internacionales. Doctrinariamente este podía considerarse un tema saldado, pero la jurisprudencia no ha sido constante en esta situación. Recordamos que hasta no hace demasiado tiempo muchos jueces penales de nuestro país se negaban a aplicar la Convención Americana DDHH a pesar de que la propia norma de aprobación la estableció como nacional. Expresa al respecto al sentencia *"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*

*esenciales no pueden ser desconocidos con base en el ejercicio del poder constituyente, ni originario ni derivado."*

Si bien la Corte hace referencia a numerosas normas e inclusive observaciones y cuestionamiento realizados por organismos internacionales de protección, tales como el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, su pronunciamiento no solo hace referencia a la responsabilidad internacional que podría asumir nuestro país. Esto va de suyo con la adhesión y el incumplimiento de un tratado.

Lo más importante es considerar tales normas como incorporadas al Derecho interno, al bloque constitucional de derechos de forma tal que ameritan por si solas la declaración de inconstitucionalidad de cualquier norma interna que pueda violentarlas. Y coherente con esto, haciendo caudal de la sentencia de la Corte Suprema argentina que declarara inconstitucional las leyes de amnistía, reconoce el carácter de "jus Cogens" a las normas internacionales creadas por pactos convenciones, o inclusive de carácter consuetudinario.

Puede que esto no sea novedoso para las posiciones académicas, pero el que se haya recogido esta posición por la Suprema Corte de Justicia en un sentencia de tal trascendencia política y social para la vida del país, representa un cambio en las vías de resolución de conflictos no solamente a nivel judicial, sino también administrativo y político, cristalizando la integración del derecho internacional de los derechos humanos en todos los niveles de la actuación pública.

### ***El día después.***

Como todos sabemos y se desprende del propio tenor de la sentencia y de la particular discordia parcial planteada por el Dr. Daniel Gutiérrez, de acuerdo al art. 259 la sentencia solo tiene efectos para el caso concreto en que fue dictada.

No obstante ello, esta sentencia tiene efectos importantes, más allá de la limitación formal establecida en la constitución, que deben de valorarse en varios aspectos.

***Primero:*** su significación en el tema concreto de la inconstitucionalidad de la ley de caducidad que en forma terminante echa por tierra todos los argumentos de anteriores sentencias, y ratifica y amplía las razones de las fundamentadas discordias ya

mencionadas. Esto abre un camino cierto por el cual sin duda nuevas acciones de inconstitucionalidad serán entabladas ya sea por vía de acción o de excepción en los casos concretos que las víctimas, o familiares de las mismas, puedan llegar a plantear y también señala el camino que los Fiscales penales frente a las situaciones concretas pueden entablar. En particular, y sin desconocer la autonomía técnica, la sentencia ha señalado en forma más que contundente la legitimidad del Ministerio Público para este accionamiento. Pero además de la legitimación la sentencia se ha referido al poder deber que tiene el Ministerio Público en función de las previsiones del art. 12 y 33 del Dec. Ley 15.365. Esto significa que, abierta la posibilidad de remover los obstáculos que impiden concretar su acción penal, en estos delitos, representada por la ley de caducidad, entendemos que sería su obligación iniciar tales acciones en los casos concretos en que la misma se viera obstruida por eventuales decisiones del Poder Ejecutivo.

Por otra parte, la reiteración sin dudas de esta sentencia adoptada por unanimidad en el caso concreto llevaría, como es práctica habitual de la Corte en estos casos, a resolver los subsiguientes por aplicación del art. 519 del C.G.P. mediante Resolución Anticipada

**Segundo.** Le otorga legitimidad a la decisión del Poder Ejecutivo, de no considerar incluidos ninguno de los casos señalados dentro de la ley, en tanto la sentencia reconoce la inconstitucionalidad que alegara al evacuar el traslado conferido. Al respecto, el Dr. Risso recuerda una interesante cita del Fiscal de Gobierno del Primer Turno que señalaba "Si el Poder Ejecutivo tiene la obligación de cumplir la Constitución de cuyo cometido es responsable, civil y políticamente, el Presidente de la República – arts. 24,84, 160 – no sería lógico ni sensato cercenarle la facultad de juicio para apreciar, íntegramente, los elementos de sus actos, precisamente de aquellos que, una vez realizados son violatorios de la Constitución". En la misma línea cita las posiciones del Dr. Ramírez.(11)

No puede exigírsele al Presidente, más allá de su deber de hacer cumplir las leyes, el mantener una práctica constante inconstitucionalidad, y plantearle un continuo ejercicio de la acción de inconstitucionalidad en cada caso real o eventual que pueda tener que resolver.

Recuerda Risso el Poder Ejecutivo "por la vía de la interpretación podrá intentar adaptar la ley a la Carta, o si no se le impone el deber de actuar sino que sólo se le confiere una facultad, podrá abstenerse de aplicar la ley en cuestión..." Y en la síntesis final expresa "3) Por supuesto que todo el desarrollo anterior es válido respecto a los actos administrativos inconstitucionales, en el sentido que no se deberá esperar pronunciamiento jurisdiccional alguno para no aplicar los mismos y aplicar directamente la Constitución."(12)

Concordante con lo ya expuesto, el Poder Ejecutivo podrá interpretar la ley y adaptarla a la carta absteniéndose de incluir los casos en las previsiones de la ley, avalado por la jurisprudencia de la SCJ. Por otra parte recordamos que la decisión de incluir o no es en definitiva un acto administrativo y como bien señala Risso, no necesita pronunciamiento alguno para considerar su inconstitucionalidad.

**Tercero.** Reconoce la aplicación del Derecho Internacional y las normas de jus Cogens, en materia de Derechos Humanos como una incorporación directa en el bloque constitucional de derechos, e integrante de la dogmática de nuestra Constitución de acuerdo a los arts. 72, y 332. Esto lleva naturalmente a reconocer la existencia de múltiples normas de aplicación inmediata, pero en particular, una de enorme trascendencia en esta especie, **la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad**. Esto es un tema no menor, ya que en el marco del terrorismo de Estado practicado durante el gobierno de facto, se dieron una gran cantidad de delitos, algunos de ellos de mayor o menor gravedad, pero en particular existen delitos que la comunidad internacional y en particular las normas de Derecho Humanitario, y Derecho Internacional, reconocen como delitos de lesa humanidad , como por ejemplo la tortura, lo cual ampliará sensiblemente el margen de acciones posibles, que antes no se sustanciaban en función de las previsiones de la ley de caducidad.

**Cuarto.** Habilitaría al Poder Legislativo a considerar la posibilidad de la derogación en función de las disposiciones del art. 85 num. 20. No en vano el art. 522 del C.G.P. impone la obligación de comunicar las sentencias de inconstitucionalidad al Poder Legislativo, su objeto implícito es claro.

## **CONCLUSIONES FINALES.**

De lograrse una importante jurisprudencia de la Suprema Corte, declarando inconstitucional la ley, y en función de lo previsto en los arts. 72 y 332, el Poder Legislativo por ley podría dictar una norma derogando la norma en virtud de reconocer su inconstitucionalidad. Lo más sano y sin duda técnica y jurídicamente correcta es la declaración de inconstitucionalidad por parte de la SCJ.

De hecho al allanarse el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo en el traslado otorgado en la acción, de alguna forma sentaron las bases para esta posibilidad.

Frente a una abrumadora cantidad de acciones de inconstitucionalidad triunfantes, el parlamento tiene plena legitimidad, es más estaría moralmente mandatado, para derogar la ley interpretando la Constitución según sus facultades contando con el respaldo de la decisión judicial.

De haber obtenido las mayorías necesarias la respuesta política de la ciudadanía difícilmente hubiera sido desconocida en la jurisprudencia, pero sin duda hubiera abierto muchos criterios de interpretación en cuanto al valor y forma de la anulación propuesta y sus efectos jurídicos.

Pero la derrota del plebiscito no valida la ley, ni mucho menos impide su desaplicación retroactiva.

Más aún, la ley a nuestro criterio ya había caído con esta sentencia, ya que sin perjuicio del art. 259 sus efectos como señalamos la eventual avalancha de casos, generarán su inexistencia real en tanto se mantenga la reiteración de la jurisprudencia y el uso de sus facultades por el Poder Ejecutivo.

De acá en adelante, la reiteración necesaria y esperada de sentencias como la presente, inclusive por resolución anticipada podrá y debería llevar necesariamente al parlamento a la aprobación de una ley de acuerdo a los términos señalados, que ponga punto final a una discusión que lleva una generación de uruguayos.

Pero cuando ese tema sea finalmente historia, quedarán sin embargo principios importantes establecidos en la sentencia que continuarán guiando los caminos de los operadores del derecho.

La aplicación de las normas internacionales de protección contenida en los tratados ratificado por nuestro país así como las normas de

ius Cogens, en forma indiscutible y de aplicación inmediata por los tres poderes del Estado.

La intangibilidad del bloque constitucional de derechos que no puede ser desconocida ni derogada por mayorías circunstanciales sea esta a nivel parlamentario o a nivel plebiscitario.

La separación de poderes es parte esencial de esas garantías y no existe mecanismo en un régimen democrático que habilite a su sustitución puesto que su afectación o desaparición representan directamente la eliminación de las garantías y en definitiva del propio Estado de Derecho.

Los organismos públicos que asumen el poder deber de actuar en defensa de los intereses de la sociedad tienen la legitimación y la obligación de accionar los mecanismos correspondientes frente a la inconstitucionalidad de las normas que obstaculizan esas obligaciones.

Y finalmente, la triste ley ocupará su lugar en el museo de la memoria, junto con los instrumentos de tortura y arbitrariedad para recordarles a las generaciones venideras, el verdadero precio de la pérdida del Estado de Derecho.

## **REFERENCIAS**

- (1) AGUIRRE, Gonzalo. Ponencia en coloquio del 15 de Junio 2009. La Ley Uruguay. No. 9 pg.1042.
- (2) CORREA FREITAS, Ruben. Coloquio la Ley... pg. 1046.
- (3) RISSO FERRAND, Martín. Idem. Pg. 1052.
- (4) ESTEVA GALLICHIO, Eduardo. Pg. 1049.
- (5) La Ley Uruguay, Año II 9/09 pg. 1042,1046,1050,1052.
- (6) RISSO FERRAND, MARTIN. Derecho Constitucional. Tomo I FCU. Mdeo.2da. Ed. 2006. Pg. 206.
- (7) SCHURMANN PACHECO, Rodolfo. Crestomatía Jurídico´-Penal . Ed. Carlos Alvarez. Mdeo. 2002 pg. 217.
- (8) CASTRO RIVERA, Alicia. La Ley 15.848 (de caducidad) y la Constitución. Una sentencia que no pudo clausurar el debate. Revista de Derecho Público. No. 35 Año 2009. Mdeo. FCU. Pag. 133-134.
- (9) BOBBIO, Norberto. Liberalismo y Democracia. Breviarios FCE México 1991 pg.21.
- (10) ROVIRA VIÑAS, Antonio. Revista de Derecho Público No 6 1994 Mdeo. FCU pg. 50.

- (11) RISSO FERRAND. Martín. Derecho Constitución ob.cit. pg. 223.  
(12) RISSO FERRAND. Derecho Constitucional ob.cit. pgs 232,233.
-