

MINISTRO REDACTOR: DOCTOR JORGE OMAR CHEDIAK GONZALEZ

Montevideo, diecinueve de octubre de dos mil nueve

VISTOS:

Para sentencia definitiva estos autos caratulados "AA. DENUNCIA. EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD ARTS. 1, 3 Y 4 DE LA LEY No. 15.848", FICHA 97-397/2004.

RESULTANDO:

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

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

III) Luego de que se diligenciaron varios medios de prueba, la Sra. Fiscal Letrada Nacional en lo Penal de 2o. Turno solicitó, por vía de excepción, la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 1o., 3o. y 4o. de la Ley No. 15.848 del 22 de diciembre de 1986, conocida como Ley de Caducidad de la pretensión punitiva del Estado, por entender que las referidas disposiciones transgreden varios preceptos de la Constitución de la República y de Tratados internacionales.

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

1) Según los arts. 4o. y 82 de la Carta, la soberanía reside en la Nación y se ejerce, directamente, por el Cuerpo Electoral. De ahí que, bajo ningún concepto, puede aceptarse que la "lógica de los hechos" (expresión utilizada en el art. 1o. de la Ley atacada) se invoque como una fuente de derecho y, mucho menos, que deba tolerarse una solución dada por el Parlamento frente a la indebida presión que ejercieron sobre él las Fuerzas Armadas.

2) No puede considerarse que la caducidad consagrada constituya una Ley de amnistía, puesto que, de ser así, se habría dicho expresamente, utilizando la terminología del art. 85 nal. 14 de la Constitución. Además, debe tenerse presente que no se derogó el art. 5o. de la Ley No. 15.737 y que los propios legisladores, en la discusión parlamentaria, manifestaron que no se trataba de una amnistía, sino de la caducidad de la potestad de castigar ciertos delitos.

3) La inconstitucionalidad de los arts. 3o. y 4o. de la Ley de caducidad se halla en que se le atribuyeron al Poder Ejecutivo funciones propias del Poder Judicial, en la medida en que la perseguibilidad de los

delitos cometidos por funcionarios militares o policiales durante el régimen de facto se dejó al entero arbitrio de aquél. Con esta previsión, se violó lo dispuesto en el art. 233 de la Carta.

4) Las normas impugnadas consagraron una clara violación del principio de igualdad reconocido en el art. 8o. de nuestra Constitución, ya que establecieron un privilegio para militares y policías que no se instituyó para los civiles que colaboraron con aquéllos en la comisión de los delitos investigados. En virtud de dicho privilegio y como consecuencia de que el Estado renunció a ejercer el “ius puniendi”, un determinado grupo de personas quedó exento de la jurisdicción penal.

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

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

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

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

VI) Por Decreto No. 353 del 16 de marzo de 2009, la Corporación tuvo por evacuada la vista conferida y dispuso el pasaje de los autos a estudio para sentencia, citadas las partes (fs. 344)

VII) A fs. 357-362 se presentó la denunciante, AA, en carácter de tercera coadyuvante con la Sra. Fiscal Letrada Nacional en lo Penal de 2o. Turno, y solicitó la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 1o., 3o. y 4o. de la Ley No. 15.848.

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

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

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

X) Por Providencia No. 551 del 27 de abril de 2009, la Corte dio ingreso a la pretensión de declaración de inconstitucionalidad contenida en el escrito de fs. 357-362 y, de ella, confirió vista sobre el fondo al Sr. Fiscal de Corte (fs. 399).

XI) Este, evacuando la vista otorgada, sostuvo que procede hacer lugar a la inconstitucionalidad promovida, por vía de excepción, respecto a los arts. 1o., 3o. y 4o. de la Ley No. 15.848 (fs. 407-430 vto.).

XII) Por Auto No. 678 del 20 de mayo de 2009, se tuvo por evacuada la vista conferida y se dispuso que los autos volvieran a estudio de los Sres. Ministros de la Corporación (fs. 433).

CONSIDERANDO:

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

II) Algunas precisiones liminares.

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

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

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

II.1) La legitimación activa de las promotoras.

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

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

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

Sostuvo, además, que los requisitos consagrados en el art. 258 de la Carta coliden o se contraponen claramente con los objetivos y las funciones específicas del Ministerio Público y Fiscal, establecidos en los arts. 1o. y 3o. de su correspondiente Ley Orgánica, No. 15.365.

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

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

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

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

En efecto, en dicha oportunidad, la Corte se pronunció sobre la legitimación de un Fiscal Letrado Nacional en lo Civil para promover, por vía de acción, la declaración de inconstitucionalidad de la Ley No. 17.514, comúnmente conocida como Ley de violencia doméstica, juicio que reiteró en la Sentencia No. 261/2004.

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

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

“Debe tenerse en “cuenta asimismo que el accionante basa su legitimación “en el art. 3 de la Ley No. 15.365, la cual establece que “el Ministerio Público tiene como objetivo la protección “y defensa de los intereses

generales de la sociedad; “así como en el art. 10 del citado cuerpo normativo en “cuanto comete al Fiscal Civil la representación y “defensa de la causa pública y la vigilancia por la “pronta y recta administración de justicia”.

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

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

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

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

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

En la referida Sentencia No. 261/2004, además de los fundamentos transcritos, la Corporación señaló:

“Como argumento coadyuvante corresponde indicar que es jurídicamente viable “que no todos los titulares del Ministerio Público “entiendan que las normas atacadas en el sub-lite por el “Fiscal Nacional en lo Civil de Tercer Turno afecten el “orden público constitucional y que, por el contrario, “consideren, en los asuntos que son llamados a conocer, “que dicha normativa sería aplicable en las cuestiones “referidas a la violencia doméstica”.

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

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

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

Se desprende de tales consideraciones que las notas de directo y personal que exigen del interés invocado el art. 258 de la Constitución y el art. 509 nal. 1 C.G.P. se cumplen en la especie, debido a que, por un lado, la Fiscal que solicitó la declaración de inconstitucionalidad es la competente para intervenir en la indagatoria penal de autos y, por otro, el acogimiento de dicha pretensión resulta indispensable para que se continúe con el

procedimiento correspondiente. Además, habida cuenta de que el titular de la acción penal es el Ministerio Público (art. 22 de la Carta; arts. 10 y 68 C.P.P.; y art. 12 nal. 1 de la Ley Orgánica del Ministerio Público y Fiscal, Decreto-Ley No. 15.365), parece claro que el interés de la Sra. Fiscal consiste en ejercitar dicha acción si se verifican los requisitos normativos exigidos a tal efecto.

El art. 12 nal. 1 del Decreto-Ley No. 15.365 establece que le corresponde al Ministerio Público en lo Penal ejercer la titularidad exclusiva de la acción penal pública que deriva del delito, e intervenir, como parte, en la instrucción y sustanciación de las causas de este orden, luego del enjuiciamiento y hasta su conclusión.

Para la observancia de dicho poder-deber, la Sra. Fiscal interviniente está investida del interés directo, personal y legítimo que le habilita para promover la declaración de inconstitucionalidad de las normas que obturan la posibilidad de deducir la pretensión punitiva del Estado, a fin de satisfacer el deber funcional de cumplir las obligaciones inherentes a su cargo (art. 33 nal. 3 del Decreto-Ley No. 15.365).

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

II.1.2) La legitimación de la denunciante.

En este aspecto, cabe concordar con el Sr. Fiscal de Corte en que si bien resulta altamente opinable la viabilidad procesal de la comparecencia de la denunciante en calidad de tercera coadyuvante con la posición de la Sra. Fiscal Penal de 2o. Turno, también es cierto que aquélla es titular del interés directo, personal y legítimo que exige nuestra Constitución para la promoción de la declaración de inconstitucionalidad (fs. 387-388 vto.).

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

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

II.2) La declaración de inconstitucionalidad por vía de excepción en la etapa del presumario.

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

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

A diferencia de lo resuelto por la Corte en dichas ocasiones, la aplicación de la norma impugnada es absolutamente cierta, puesto que buena parte de la operativa de la Ley ya se cumplió con el pronunciamiento del Poder Ejecutivo que luce a fs. 12, lo cual habilita a la Corporación a pronunciarse sobre la fundabilidad de la pretensión de declaración de inconstitucionalidad.

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

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

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

Sin embargo, la Corporación considera que tal aplicación definitiva no ha ocurrido en la especie, puesto que, por tratarse de un proceso judicial en trámite, debió existir una decisión jurisdiccional firme que

clausurara los procedimientos respecto a las personas beneficiadas por la norma. Es así que, al pronunciamiento del Poder Ejecutivo, debió seguir una resolución del Juez competente por la cual se clausuraran los procedimientos respecto de los funcionarios militares y policiales que hubieren participado en el hecho investigado. No existía otra posibilidad de clausurar el presumario, desde que, al socaire de lo preceptuado en el art. 112 del Código del Proceso Penal, la única forma de disponer el archivo de las actuaciones es mediante providencia judicial.

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

“... Se ha expresado “pues en el Acuerdo que la referida providencia “constituye una decisión cuyo contenido indica la “verificación de la caducidad de la pretensión punitiva “del Estado con relación a los hechos puestos de “manifiesto en el subexamine; esto es, la clausura de “las actuaciones por aplicación del art. 1o. de la Ley No. “15.848”.

“VI) La providencia “regula, atento a lo expresado por el Poder Ejecutivo en “cuanto a la inclusión de los hechos denunciados en el “art. 1 de la Ley No. 15.848, la clausura de las “actuaciones, configurando un pronunciamiento sobre la “aplicabilidad de la norma referida, esto es, una “decisión cuyo contenido es afirmación de que se ha “verificado la caducidad de la pretensión punitiva del “Estado con relación a dichos hechos”

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

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

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

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

En efecto, el Sr. Juez de la causa, a continuación del pronunciamiento del Poder Ejecutivo y sin hacer ninguna referencia a él, de mandato verbal, convocó a testigos y dispuso el libramiento de un oficio, omitiendo expedirse sobre la clausura del trámite (fs. 12 vto.). Asimismo, por Auto No. 1045/2005, citó para que prestara declaración a quien era el Jefe de la Unidad en la cual falleció la Sra. BB (fs. 58), convocatoria que reiteró por Providencia No. 1227/2005 (fs. 76). Y, si bien el Magistrado actuante, ante otra petición de prueba formulada por la Sra. Fiscal de la causa, dispuso, por resolución fundada, el archivo de las actuaciones sin perjuicio (Sentencia Interlocutoria No. 1041/2006, fs. 116-120), posteriormente revocó su decisión y dispuso continuar con las investigaciones, frente a la impugnación deducida por la representante del Ministerio Público (Sentencia Interlocutoria No. 77/2007, fs. 129-130).

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

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

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

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

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

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

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

III) La decisión sobre el fondo del asunto.

III.1) Sobre la alegada derogación tácita de la Ley impugnada por la Ley No. 18.026.

Según el Sr. Fiscal de Corte, los arts. 1o., 3o. y 4o. de la Ley No. 15.848 habrían sido parcial y tácitamente derogados por la Ley No. 18.026, que sancionó normas relativas a los crímenes y delitos internacionales, como el de desaparición forzada, entre otros.

La Corte no comparte esta opinión.

El art. 8o. de la Ley No. 18.026, publicada en el Diario Oficial el 4 de octubre de 2006 (Cooperación con la Corte Penal Internacional en materia de lucha contra el genocidio, los crímenes de guerra y de lesa humanidad), dispone:

“(Improcedencia de “amnistías y similares). Los crímenes y penas “tipificados en los Títulos I a III de la Parte II de la “presente Ley, no podrán declararse extinguidos por “indulto, amnistía, gracia, ni por ningún otro instituto “de clemencia soberana o similar, que en los hechos “impida el juzgamiento de los sospechosos o el efectivo “cumplimiento de la pena por los condenados”.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Como enseña Jiménez de Aréchaga, la Asamblea General, en concurrencia con el Poder Ejecutivo, sigue siendo el único órgano de legislación, sin que la Nación retenga, en absoluto, una parte de ese poder. De esta forma, cuando el art. 1o. de la Ley No. 15.848 reconoce otra fuente de normativa jurídica, se aparta ostensiblemente de nuestra organización constitucional.

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

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

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

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

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

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

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

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

De modo que la reinterpretación de la Ley No. 15.848 como amnistía encontraría serias dificultades, porque si fuera amnistía, la Ley sería inconstitucional por vicios de forma: no podía presentarse otro proyecto con ese contenido en el mismo período de la legislatura y los votos que reunió no alcanzaron la mayoría requerida por la Constitución. Por razones formales, entonces, una Ley de amnistía habría sido inconstitucional (cf. Castro, Alicia, ob. cit., ps. 137 y 138).

Desde otra óptica, si se entiende que la Ley impugnada, en lugar de otorgar una amnistía, declara la caducidad de las acciones penales respectivas, también es inconstitucional. En efecto, declarar la caducidad de las acciones penales, en cualquier supuesto, excede las facultades de los legisladores e invade el ámbito de una

función constitucionalmente asignada a los jueces, por lo que, por los motivos que fueren, el legislador no podía atribuirse la facultad de resolver que había operado la caducidad de las acciones penales respecto de ciertos delitos.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De lo antedicho, Ferrajoli deriva dos consecuencias. La primera (ligada al nuevo y doble papel de garantía de los derechos fundamentales de todos y, a la vez, de la legalidad de los poderes públicos asignado a la jurisdicción), es, con respecto al paradigma paleopositivista y paleoliberal, un reforzamiento del fundamento de la división de Poderes y de la independencia de los magistrados. La segunda consecuencia —ligada al aumento del

peso de la jurisdicción en el sistema de los poderes públicos— es un fortalecimiento del garantismo como fuente de legitimación y condición de credibilidad del poder de los jueces (ob. cit., págs. 212 y 213).

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

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

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

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

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

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

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

La Corporación entiende que el art. 3o. de la Ley No. 15.848 también es inconstitucional, al atribuirle al Poder Ejecutivo funciones que son propias del Poder Judicial, el cual, conforme al art. 233 de la Constitución, será ejercido por la Suprema Corte de Justicia y por los Tribunales y Juzgados en la forma que estableciere la Ley.

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

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

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

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

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

“Esa independencia “del Poder Judicial frente a los otros poderes de “gobierno —fórmula irreprochable como garantía de las “libertades públicas y aun por principio de buena “técnica de organización—, es tanto más respetable “cuanto que ella resulta indispensable para el “cumplimiento de la tarea eminente que cada día se le “asigna con mayor frecuencia por los textos “constitucionales a los órganos supremos de justicia, y “por la cual este Poder o su órgano supremo aparecen “encargados de velar por la contención de los otros “Poderes en los límites de la legalidad constitucional” (citado por Justino Jiménez de Aréchaga en La Constitución Nacional, Tomo VIII, p. 8).

Como se dijo en la Sentencia No. 111/1959 de la Corporación:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La Corporación comparte la línea de pensamiento según la cual las convenciones internacionales de derechos humanos se integran a la Carta por la vía del art. 72, por tratarse de derechos inherentes a la dignidad humana que la comunidad internacional reconoce en tales pactos.

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

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

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

Analizada la cuestión en su contexto, se aprecia que no puede ahora invocarse la teoría clásica de la soberanía para defender la potestad estatal de limitar la protección jurídica de los derechos humanos. Los derechos

humanos han desplazado el enfoque del tema y ya no se puede partir de una potestad soberana ilimitada para el Estado en su rol de constituyente. Por el contrario, la regulación actual de los derechos humanos no se basa en la posición soberana de los Estados, sino en la persona en tanto titular, por su condición de tal, de los derechos esenciales que no pueden ser desconocidos con base en el ejercicio del poder constituyente, ni originario ni derivado.

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

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

Por estas consideraciones y como certeramente lo señala la Dra. Alicia Castro, "... al momento de dictarse la Ley —y, más tarde, la sentencia— debían tenerse en cuenta los "derechos expresamente mencionados por el texto "constitucional más los que progresivamente se fueron "agregando por la ratificación de diversos tratados "internacionales de derechos humanos, tales como el "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, "aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas el "16/12/66 y ratificado por Uruguay por Ley No. 13.751 del "11/7/69; la Convención Americana de Derechos Humanos "aprobada en el ámbito americano el 22/11/69, ratificada "por Ley No. 15.737 de 8/3/85 y la Convención contra la "Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o "Degradantes aprobada por la Asamblea General de "Naciones Unidas el 10/12/84 y ratificada por Ley No. "15.798 del 27/10/85. De ese modo, el ordenamiento "jurídico-constitucional uruguayo ha incorporado "derechos de las personas que constituyen límites "infranqueables para el ejercicio de las competencias "asignadas a los poderes instituidos, lo que "necesariamente debe controlar el juez constitucional" (Castro, Alicia, ob. cit., ps. 139 y 140).

Asimismo, agrega que no se puede dejar de tener en cuenta que el problema trasciende el ámbito interno, puesto que la Ley impugnada ha sido observada reiteradamente por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas y por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en sus informes anuales sobre Uruguay,

además de que ha sido cuestionada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva solicitada por Uruguay en 1993 (ob. cit., p. 126).

En particular, la Comisión Interamericana, en su informe No. 29/92 del 2 de octubre de 1992, recordó haber observado al gobierno uruguayo por “violaciones gravísimas” de los derechos a la vida, a la libertad y a la seguridad personal, recomendando investigar y procesar a los responsables, y pone de relieve que, en ese contexto, la Ley No. 15.848 tuvo el efecto contrario, esto es, sirvió para clausurar todos los juicios criminales por violaciones de los derechos humanos, cerrando toda posibilidad jurídica de una investigación judicial destinada a comprobar los delitos denunciados e identificar a sus autores, cómplices o encubridores. En tal marco, como se sostuvo en el Considerando III.6) de este pronunciamiento, la Ley en examen afectó los derechos de numerosas personas (concretamente, las víctimas, familiares o damnificados por las violaciones de derechos humanos mencionadas) que han visto frustrado su derecho a un recurso, a una investigación judicial imparcial y exhaustiva que esclarezca los hechos, determine sus responsables e imponga las sanciones penales correspondientes; a tal punto que las consecuencias jurídicas de la Ley respecto del derecho a garantías judiciales son incompatibles con la Convención Interamericana de Derechos Humanos (cf. Castro, Alicia, ob. cit., p. 141).

En el ámbito jurisdiccional, cabe recordar algunos fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que declaran nulas Leyes de amnistía dictadas para impedir el castigo de los responsables de violaciones graves de derechos humanos y que establecen el deber de los jueces y tribunales nacionales de velar por la aplicación de las normas internacionales frente a “Leyes contrarias a su objeto y fin y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos” (sentencia dictada el 14 de marzo de 2001 en el Caso RR, interpretada por sentencia de 3 de setiembre de 2001; sentencia dictada el 26 de setiembre de 2006 en el Caso XX y otros; y sentencia del 29 de diciembre de 2006 en el Caso YY).

En Argentina, la Corte Suprema de la Nación ha dictado sentencias relevantes, como la que el 14 de junio de 2005 resolvió el Caso JJ (Caso KK), que constituye un auténtico “leading case”; y, más recientemente, la que el 4 de mayo de 2007 resolvió el Caso LL (Caso MM). Allí, sostuvo que las Leyes de Punto Final y Obediencia Debida (Leyes Nos. 23.492 y 23.521) son inválidas e inconstitucionales. A su vez, se pronunció sobre la validez de la Ley No. 25.779, aprobada por el Congreso de la Nación en 2003, por la cual se había declarado la nulidad de estas Leyes.

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

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

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

FALLA:

DECLARANSE INCONSTITUCIONALES E INAPLICABLES EN EL CASO CONCRETO LOS ARTS. 1o., 3o. Y 4o. DE LA LEY No. 15.848, SIN ESPECIAL CONDENACION PROCESAL.

COMUNIQUESE A LA ASAMBLEA GENERAL.

Y DEVUELVASE.

DR. DANIEL GUTIERREZ PROTO. DISCORDE PARCIALMENTE en cuanto se incluye en los efectos de la declaración de inconstitucionalidad a personas no identificadas siquiera parcialmente, en base a los siguientes fundamentos:

Debe recordarse el precepto constitucional del art. 259 de la Constitución, según el cual el fallo de la Suprema Corte de Justicia se referirá exclusivamente al caso concreto y que conforme Berro Oribe "... si el sujeto afectado (por la declaración de inconstitucionalidad) fuera indeterminado (como en el caso pues a fs. 199/301 se solicita la declaración de inaplicación de la Ley No. 15.848 respecto de los funcionarios policiales o militares sin individualizarlos de manera alguna, sin perjuicio de las emergencias de fs. 25 y ss. en cuanto a la identidad de los presuntos integrantes del equipo represor, a cuyo respecto sí procede amparar la declaración pretendida en autos), sucederá que no habrá acción, por falta de 'caso concreto'; y más adelante señala el autor citado: "Con persona indeterminada no puede haber caso concreto, función jurisdiccional y cosa juzgada que obligue" (v. "Del juicio extraordinario de inaplicación de disposiciones legales por razón de inconstitucionalidad" en Rev. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Año XIV, abril-junio de 1963, págs. 266 y 274). Y tal conclusión referida a la vía de acción resulta naturalmente trasladable a la vía de excepción transitada en autos ni bien se advierte que lo pretendido es la inaplicación de la Ley No. 15.848 a todo el universo subjetivo (personal militar y policial) que ella comprende de manera que el amparo de la defensa tendría efectos derogatorios sobre la normativa impugnada. Sobre el punto, nuevamente Berro Oribe expresa "... la intención del Constituyente tiene que haber sido, por lo menos primordialmente, que no se pudiera pensar, ni por asomo, en que el Poder Judicial tuviese facultad de

invalidar una Ley, derogarla con carácter general. A pesar de insistir en que 'Las Leyes podrán ser declaradas inconstitucionales' (arts. 256 y 260), el sistema incorporado al texto es otro. Es el de la 'inaplicabilidad de la Ley al caso concreto' (art. 258 Constitución)" (op. cit. pág. 285) "y sin personas determinadas no hay caso concreto" (op. cit. pág. 276), pues, reitero, la inaplicabilidad universal o comprensiva de todos quienes componen la categoría subjetiva sobre que versa la Ley cuya inaplicabilidad se pretende, supone, en realidad la derogación de la norma, efecto impropio de nuestro sistema constitucional de contralor de la constitucionalidad de las Leyes.

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

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

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

