

**UNA SENTENCIA QUE NO PUDO CLAUSURAR EL DEBATE**

**Dra.Alicia Castro Rivera**

**D) ¿ Es constitucional la Ley N°15.848 de 22/12/86 ?**

Hace veinte años, la sentencia de la Suprema Corte de Justicia N°184 del 2/5/88 resolvió, por mayoría de tres contra dos de sus integrantes, desestimar la acción de inconstitucionalidad promovida contra los arts.1 a 4 de la Ley N°15.848 de 22/12/86, que reconocen la caducidad de la pretensión punitiva del Estado contra funcionarios militares y policiales por delitos cometidos durante el régimen de facto, hasta el 1° de marzo de 1985.

La citada ley dispuso *“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 1° de marzo de 1985 por funcionarios militares y policiales, equiparados y asimilados por móviles políticos o en ocasión del cumplimiento de sus funciones y en ocasión de acciones ordenadas por los mandos que actuaron durante el período de facto”* (art.1) excluyendo sólo *“a) las causas en las que, a la fecha de promulgación de esta ley, exista auto de procesamiento; b) los delitos que se hubieren cometido con el propósito de lograr, para su autor o para un tercero, un provecho económico”* (art.2). También dispuso que *“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 1° de la presente ley”. “ Si el Poder Ejecutivo así lo comunicare, el Juez dispondrá la clausura y el archivo de los antecedentes. Si en cambio, no contestare o informa que no se halla comprendido dispondrá continuar la indagatoria”. “Desde la fecha de promulgación de esta ley hasta que el Juez reciba la comunicación del Poder Ejecutivo quedan suspendidas todas las diligencias presumariales en los procedimientos mencionados en el inciso primero de este artículo”* (art.3) y estableció que *“sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos precedentes el Juez de la causa remitirá al Poder Ejecutivo testimonios de las denuncias*

*presentadas hasta la fecha de promulgación de la presente ley referentes a actuaciones relativas a personas presuntamente detenidas en operaciones militares o policiales y desaparecidas así como de menores presuntamente secuestrados en similares condiciones. El Poder Ejecutivo dispondrá de inmediato las investigaciones destinadas al esclarecimiento de estos hechos, y... dentro del plazo de ciento veinte días a contar de la comunicación judicial de la denuncia dará cuenta a los denunciantes del resultado de estas investigaciones y pondrá en su conocimiento la información recabada.”(art.4)*

La promulgación de esta ley, que culmina una serie de intentos de favorecer a militares y policías investigados por la justicia por delitos de lesa humanidad, provocó las esperadas reacciones adversas de las organizaciones de derechos humanos, asociaciones gremiales y profesionales y parte de la población y del sistema político, que se movilizaron de distintas formas. En ese marco de resistencia se hicieron denuncias en el ámbito internacional y se plantearon cuestiones de inconstitucionalidad, por vía de excepción o de acción en las causas abiertas, que dieron lugar a la sentencia que hemos de analizar y varias más que le siguieron, todas en la misma línea <sup>1</sup>.

Dictadas esas sentencias, con el mismo fallo y la misma justificación, el problema quedó resuelto en el ámbito judicial, donde la ley ha sido aplicada invariablemente por los jueces en los casos de delitos de desaparición forzada de personas, tortura u otros tratos crueles o degradantes cometidos en ese período. Pero la resistencia a la solución legal y el debate sobre su validez constitucional continuaron dividiendo la opinión pública. Tampoco el recurso de referendum que se movilizó contra la ley y culminó con el plebiscito del 16/4/89 en el cual el 56% de los votos emitidos rechazó la impugnación pudo clausurar el tema. Hoy la ley sigue siendo duramente cuestionada y se desarrolla una campaña de recolección de firmas de ciudadanos para plebiscitar su anulación.

El problema trasciende el ámbito interno, puesto que la ley 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 y ha sido cuestionada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en opinión consultiva solicitada por Uruguay en 1993.

---

<sup>1</sup> “Acciones legales contra la impunidad del terrorismo de Estado” Informe en Revista del Instituto de Estudios Legales y Sociales del Uruguay (IELSUR) N°1, Montevideo, Trilce, 1987, p.5-13.

Sin embargo, aún cambiada totalmente la integración en la Suprema Corte de Justicia, la cuestión de la constitucionalidad no ha vuelto a plantearse, quizás por el peso que tuvo aquella decisión como precedente, quizás por el escepticismo acerca de las probabilidades judiciales para investigar tales delitos y, en este último período de gobierno, tal vez por un cambio positivo en la actitud del Poder Ejecutivo que, pese a aceptar la extinción de la acción penal, asumió el deber de posibilitar la investigación de ciertos casos.

Vista con cierta perspectiva histórica, se ha dicho que la sentencia tuvo un efecto desfavorable sobre la imagen del Poder Judicial tanto en la opinión ciudadana como en el sistema político. Si bien era la decisión esperada por el gobierno –y la Suprema Corte de Justicia se muestra funcional al sistema político- a la larga, esa actitud mereció el reproche de haber debilitado su potencial poder político dentro del sistema institucional y haber contribuido a la pérdida de prestigio de los jueces ante la población <sup>2</sup>

Lo cual justifica mi interés por volver a analizar racionalmente el problema, abordando cuestiones que no fueron discutidas entonces, que se relacionan con las consecuencias de ciertas concepciones acerca de la Constitución, del carácter de los derechos fundamentales, de la función de un tribunal constitucional y del alcance y límites de la actitud de deferencia hacia el legislador a la hora de ejercer el control de constitucionalidad de las leyes.

Como recuerda Alexy al presentar su Teoría de los Derechos Fundamentales *“las preguntas acerca de qué derechos tiene el individuo como persona y como ciudadano de una comunidad, de a qué principios está sujeta la legislación estatal y qué es aquello que exige la realización de la dignidad humana, la libertad y la igualdad, constituyen grandes temas de la filosofía práctica y puntos polémicos centrales de las luchas políticas pasadas y presentes”*. <sup>3</sup>

## **II. La tesis de la constitucionalidad de la Ley N°15.848.**

Quienes plantearon la inconstitucionalidad de la Ley N°15.848 afirmaron que viola los artículos 8, 72, 83 y 233 de la Constitución, que recogen principios fundamentales de la organización estatal, como la separación de poderes y la independencia del Poder Judicial y

---

<sup>2</sup> Sarlo, Oscar. “El sistema judicial uruguayo en la restauración democrática (1984-2004)” en Caetano, Gerardo (comp) 20 años de democracia. Uruguay 1985-2005: Miradas Múltiples. Montevideo, Santillana, 2005, p.75-108.

<sup>3</sup> Alexy, Robert. Teoría de los derechos fundamentales, 2ª edición, trad.Carlos Bernal Pulido, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p.5

afecta principios fundamentales sobre derechos de la personas, como el derecho al debido proceso y la igualdad ante la ley.

Ante el planteo, los miembros de la Suprema Corte de Justicia –actuando como tribunal constitucional- adoptaron posiciones disímiles y los fallos salieron con tres votos contra dos: la tesis mayoritaria, de los Ministros R. Addiego, N. Nicoliello y A. Tommasino, aceptó la constitucionalidad de la ley y la tesis minoritaria, defendida por los Ministros N. García Otero y J. Balbela, afirmó que la ley era inconstitucional y expresó su discordia.

Al reconstruir la argumentación de la mayoría, he optado por reformular de manera sintética las razones expresadas y reordenarlas del modo que me ha parecido indispensable para exponer con la mayor fidelidad el razonamiento construido para la justificación.

**1.** La sentencia comienza por señalar que el examen de la inconstitucionalidad queda limitado a los argumentos expuestos por los accionantes, siendo relevantes la oposición del Ministerio Público a la pretensión deducida y el dictamen del Fiscal de Corte.

**2.** Seguidamente, recuerda algunos criterios generales sobre el modo de encarar el control de constitucionalidad de las leyes, afirmando que las leyes gozan de una presunción de legitimidad. El Poder Legislativo es el supremo intérprete de la Constitución y eso significa que, al dictar leyes, también ejerce esa competencia interpretativa. Eso obliga a la Suprema Corte de Justicia a ser muy prudente en el control de constitucionalidad de las leyes, no olvidando el principio básico de división de funciones e independencia de los poderes respectivos. La función de los jueces es administrar justicia y de ningún modo dictar leyes o gobernar el país. Olvidarlo nos deslizaría hacia el “gobierno de los jueces” calificado como “grave arbitrariedad”. No es posible que los jueces se dejen dominar por sus opiniones acerca del mejor modo de legislar sino que deben asumir una actitud imparcial y admitir la validez de algunas leyes que, probablemente, habrían rechazado si fueran legisladores. Al juzgar sobre la constitucionalidad de las leyes no se juzga sobre su conveniencia u oportunidad política, aunque corresponda juzgar sobre su “razonabilidad” y se admita que “puede ser difícil trazar la línea divisoria entre lo que se considera como completamente irrazonable y lo que se estima imprudente”.

El objetivo del control de constitucionalidad no es defender las instituciones sino proteger los derechos afectados por la ley, aunque los derechos que el texto constitucional

reconoce a las personas nunca son absolutos sino que, en todos los casos, quedan sujetos a la regulación de leyes que se dicten por razones de interés general.

**3.** Para juzgar si la ley es conforme o no con la Constitución es preciso interpretar la ley, siguiendo ciertos criterios. La ley debe verse como un producto objetivo y ser interpretada según su espíritu, sin estar al tenor literal del texto, ni a las expresiones de los legisladores en la discusión parlamentaria que le dio origen, aunque es lícito considerar los motivos y las circunstancias sociales que llevaron a dictarla. La interpretación nunca deberá tomar el texto como si las distintas disposiciones fueran “compartimientos estancos” sino que ha de buscar su inteligencia contextual, como totalidad.

**4.** Abordando el análisis de la ley, reseña las tres interpretaciones existentes del art.1: a) los accionantes, con apoyo de juristas prestigiosos, sostienen que allí se atribuye valor normativo a un hecho para fundar la caducidad de la pretensión punitiva del Estado; b) el Ministerio Público entiende que la ley derechamente dispone esa caducidad y lo hace dentro del ámbito de competencia del Poder Legislativo; y c) un artículo de doctrina, entonces reciente, interpretó que la ley dispuso una “auténtica amnistía”.<sup>4</sup>

La sentencia analiza esas tres interpretaciones y, en primer lugar, descarta que –pese a la infeliz redacción del texto- la ley haya pretendido declarar que “la lógica de los hechos” produjo la caducidad de la pretensión punitiva del Estado porque, si así fuera, “supondría una grosera inconstitucionalidad” y ello basta para rechazar la interpretación literal sugerida. No puede pensarse que la ley incurra en un error semejante sino que, como afirma el Fiscal de Corte, la ley no declara sino que dispone la caducidad de la pretensión punitiva por ciertos delitos. Defendiendo esa tesis, sostiene –en segundo lugar- que la ley puede disponer la caducidad de la pretensión punitiva sin incurrir en violación alguna de la Constitución. Citando diccionarios y vocabularios jurídicos define la caducidad como la “extinción, consunción o pérdida de un derecho o facultad” y recuerda que, en materia penal, impera el principio de legalidad, según el cual sólo compete a la ley tanto la creación como la supresión de los delitos.

Seguidamente equipara los efectos de la caducidad de la pretensión de castigar delitos a los efectos de una amnistía y, en adelante, fundamenta la tercera interpretación, esto es, que

---

<sup>4</sup> Cosentino, Rafael. “Algunos aspectos de la Ley N°15.848 de 22 de diciembre de 1986” La Justicia Uruguaya, tomo XCIV, Doctrina, p.51.

la ley dispuso una amnistía y lo hizo dentro del límite de sus competencias constitucionales. La Constitución faculta al Poder Legislativo para acordar amnistías, en casos extraordinarios y con mayorías especiales (art.85 num.14).

La expresión utilizada da cuenta de un estado de hecho que justifica que se haya tomado tal decisión, como respuesta a una situación social problemática. La amnistía alienta siempre un propósito pacificador y, en el caso, esa fue la intención del legislador. Por demás, la ley se inserta en una tradición nacional que ha usado la amnistía como cierre final de graves conflictos, mencionando otras leyes de amnistía en la vida institucional del país. Para destacar que la amnistía es el medio óptimo para la pacificación social luego de períodos de turbulencia que sacuden la vida nacional, cuando conviene echar un velo que cubra ciertos actos y borrarlos de la memoria, acude a una extensa reseña de opiniones doctrinarias –Bettioli, Carrara, Antolisei, Cuello Calon, G.Vidal, R.C. Núñez, Soler, A.Prins, Pivel Devoto, Escriche- que transcribe parcialmente. Se admite que es una solución políticamente discutible (Antolisei) y que se concreta como una invasión al poder judicial, porque trunca su actuación (Carrara) pero enfatiza que se trata de un acto esencialmente político, dictado en ejercicio de un poder discrecional que la Constitución confiere al Poder Legislativo y que, aunque supone enervar la acción judicial respecto de ciertos delitos -normalmente delitos políticos, militares, fiscales, o de prensa- debe verse como un mal menor destinado a evitar males mayores.

Concluye que el acto legislativo que acuerda una amnistía es formalmente una ley, pero no lo es desde el punto de vista material. Sustancialmente, “el Parlamento ha ejercido una función ontológicamente judicial, no legislativa”, lo cual la excluye del control de constitucionalidad previsto por la Carta (arts.256 a 261), como señala prestigiosa doctrina y han dicho los legisladores en la discusión de la ley que reglamentó el procedimiento.

**5.** En defensa del art.3 atacado por supeditar la investigación judicial a la decisión del Poder Ejecutivo, dice que si el legislador puede conceder amnistías, que supone cancelar toda investigación judicial, también puede establecer un requisito previo, como es recabar un informe del Poder Ejecutivo. Quien puede lo más, puede también lo menos.

Aclara que la ley no delega en el Poder Ejecutivo la decisión de conceder la amnistía, porque esa decisión ya ha sido tomada por el legislador, sino que sólo le encarga verificar si el hecho está o no comprendido por la amnistía concedida.

Tampoco la exigencia de ese informe previo vulnera la competencia del Ministerio Público para ejercitar la acción penal o la independencia judicial porque son numerosos los ejemplos en los que la legislación penal requiere una decisión del Poder Ejecutivo para posibilitar o franquear la acción represiva (defraudación tributaria, aborto cometido por médico) y no sería diferente de otros requisitos de procedibilidad o presupuestos procesales o cuestiones previas que la ley puede establecer y, con frecuencia, establece.

**6.** Por último, la sentencia sostiene que el art.4 no vulnera la competencia del Poder Judicial sino que sólo modifica, para ciertos casos, una norma que es de rango legal y dispone la reserva de la instrucción judicial.<sup>5</sup> Si el caso ha quedado comprendido por la amnistía, la actuación judicial debe entenderse concluida, cesa el deber de reserva y nada puede ser más razonable para contemplar el legítimo interés de los denunciantes, que encargar al Poder Ejecutivo que investigue lo ocurrido y los informe.

### **III. Los argumentos de los Ministros discordes.**

Los Ministros discordes, Dr.Nelson García Otero y Dra. Jacinta Balbela ofrecen vehementes discursos contra el fallo, aportando buenas razones para fundar su disidencia.

La Dra. Balbela expresa en su discordia que los arts. 1 y 3 son inconstitucionales, rehusando pronunciarse respecto de los arts.2 y 4 por entender que no se aplican al caso, mientras que, para el Dr. García Otero, los arts.1, 3 y 4 de la ley impugnada son clara y deliberadamente inconstitucionales.

Coinciden con los impugnantes en que para justificar una decisión normativa, no basta invocar un estado o secuencia de hechos y que la decisión legal violenta principios de rango constitucional, como la separación de poderes, la competencia del Poder Judicial para conocer en causas penales y la independencia de los jueces, privilegiando de modo inaceptable a cierta clase de delincuentes.

Se destaca que la ley fue dictada, en forma marcadamente apresurada, con el fin manifiesto de impedir la aplicación del art.253 de la Constitución, por el cual el juzgamiento de los delitos cometidos por militares y policías en el período del gobierno de facto ingresa en

---

<sup>5</sup> Uruguay. Código del Proceso Penal. Ley N°15.032 de 7/7/1980 art.113

la competencia del Poder Judicial y no de la justicia militar, tal como lo había decidido ya la misma Corte, motivo por el que los jueces estaban investigando varias denuncias y habían citado militares a declarar. Se consigna que el Poder Judicial nunca permaneció inactivo y estaba investigando conforme a la Constitución, de modo que la ley viene a vaciar de contenido uno de los aspectos centrales de la jurisdicción.

La resistencia de los militares y la intención de quienes impulsaron la ley, resulta en forma inequívoca de las actas parlamentarias. Uno de los autores del proyecto –Dr. Gonzalo Aguirre- dice allí que “reconocer” la caducidad de la pretensión punitiva es una imposición de lo que se llama “la lógica de los hechos” admitiendo una situación de “vigencia limitada de la Constitución” que no permite sujetar a los militares a la jurisdicción ordinaria.

La Dra. Balbela entiende que reconocer que los hechos imponen la caducidad es aceptar una fuente de derecho que no admite la Constitución, lo que significa que el art.1 de la ley es abiertamente inconstitucional porque viola los arts.83 y 233 de la Constitución. A su vez, el Dr. Garcia Otero recuerda que ningún acuerdo político previo a la vigencia de la Constitución ni ninguna “lógica de los hechos” permite al Estado renunciar al poder de castigar, que integra la noción de soberanía. No se debe olvidar que –según la Carta- el poder soberano del Estado radica originalmente en la Nación y ésta lo ejerce a través del gobierno, en la forma democrático republicana organizada en la Constitución (arts.4 y 82). Si la ley que una fuente ajena al funcionamiento institucional impuso la caducidad de la pretensión punitiva del Estado, es claro que la ley es inconstitucional.

Ambos niegan que la ley dispusiera una amnistía, porque el Parlamento había tratado y resuelto antes otras amnistía -presos políticos y presos comunes- y había excluido y rechazado expresamente amnistiar los delitos que pudieran haber cometido los militares. Si hubiera querido conceder amnistía a estos últimos, cambiando su opinión anterior, no se explica porqué no usó el término correspondiente, diciéndolo claramente.

También sostienen que la ley es inconstitucional porque la Constitución atribuye la función jurisdiccional al Poder Judicial -según resulta de los arts. 83, 149, 233, 307 y 322- y eso excluye que otros poderes decidan sobre las causas. Esta ley desplaza la voluntad del juez de la causa y hace prevalecer la voluntad parlamentaria y la voluntad del Poder Ejecutivo. Si bien la separación de poderes no es absoluta, aún los críticos de Montesquieu convienen en que “no hay libertad si el poder de juzgar no está separado del legislativo y del ejecutivo”. La



independencia del poder judicial frente a los otros poderes de gobierno es garantía de las libertades públicas y es indispensable para cumplir la trascendente tarea de velar por la contención de los otros poderes en los límites de la legalidad constitucional. La invasión de las competencias del Poder Judicial es notoria. En especial, es inconstitucional condicionar la actividad jurisdiccional a una decisión del Poder Ejecutivo porque sólo compete a los jueces investigar y resolver sobre la responsabilidad penal de quienes han cometido delitos. Enfatiza la Dra. Balbela que en un Estado de Derecho es inadmisibles apartar a los jueces de las causas y sustituirlos por órganos políticos. El parlamento no puede clausurar juicios ni puede asignar al Poder ejecutivo función jurisdiccional –como lo ha hecho- porque eso excede su competencia.

Por último, también se violaría la igualdad de trato del art.8 del texto constitucional, creando un privilegio irritante que beneficia a militares y policías infractores.

En mi opinión, estos argumentos aportados a la discusión tienen mucho peso y la mayoría no logró refutarlos. Algunos resultan insoslayables para construir una argumentación sobre la inconstitucionalidad de la ley impugnada.

#### **IV. La Ley N°15.848 es inconstitucional.**

Sin duda se trata de un *caso difícil*, que involucra problemas de muy variada índole - interpretativos, valorativos, pragmáticos- de modo que, sin afirmar que exista una única respuesta correcta, creo que sostener la inconstitucionalidad de la Ley N°15.848 nos aproxima más a la idea regulativa de corrección jurídica y moral.

Brevemente, sostendré que si la ley reconoce que las acciones penales por los delitos cometidos por militares y policías durante el gobierno de facto han caducado, es inconstitucional; que si se interpreta que, en lugar de declararla, dispuso la caducidad de la pretensión punitiva estatal, vedando la investigación judicial de los delitos, también es inconstitucional; y, por último, si forzando el texto, se la reinterpreta como una ley de amnistía, también es inconstitucional puesto que la competencia parlamentaria para acordar amnistías está sujeta a ciertas exigencias y límites que –en el caso- no fueron respetados.

Más adelante, me ocuparé de cuestiones algo más complejas involucradas en la discusión, como la concepción de la Constitución, el crecimiento y peso que adquieren los derechos fundamentales de las personas en el ordenamiento constitucional y, en particular, la articulación del derecho constitucional con el derecho internacional de los derechos humanos,

la interpretación y la argumentación constitucionales, el hecho de que los derechos fundamentales funcionan como límites implícitos a los poderes instituidos, condicionando también la legitimidad constitucional de la leyes.

**1.** Como señala la sentencia recae sobre los pretensores la carga de demostrar que la ley es incompatible con la Constitución y que, según un principio interpretativo ampliamente aceptado, la tacha de inconstitucionalidad debe ser desestimada toda vez que sea posible una interpretación de la ley que permita conciliarla con la Constitución <sup>6</sup>

Sin embargo, no es que haya una presunción de legitimidad que ampare a las leyes, sino de una regla básica del juego argumentativo: quien sustenta una pretensión práctica, tiene la carga de argumentar para convencer a los demás de que es correcta. En particular, quien sostiene que cierta ley es violatoria de la Constitución debe dar buenas razones para que su tesis sea aceptada. Es igualmente indiscutible que corresponde descartar la inconstitucionalidad toda vez que sea posible ofrecer una interpretación que permita conciliar la ley con la Constitución. Pero resolver ese conflicto interpretativo exige interpretar tanto la ley, como la Constitución, tarea que ofrece dificultades específicas.

En esa línea, no es acertado postular que el Poder Legislativo sea “el supremo intérprete de la Constitución” sino que es ampliamente reconocido que el intérprete último de la Constitución es el tribunal que tiene competencia para juzgar la constitucionalidad de los actos legislativos. Como señala Sagües, “nadie niega que el Poder Legislativo puede y debe ser intérprete de la Constitución. Es uno de los operadores constitucionales por excelencia: si le toca dictar leyes debe hacerlo conforme a las directrices de forma y de contenido que dispone la Constitución; y para eso, obviamente, tiene que interpretarla. No se puede hacer funcionar a la Constitución (ni a ninguna regla jurídica, por lo demás) sin interpretarla.”<sup>7</sup> Lo cual no significa que tenga la última palabra ya que es actualmente claro que sólo corresponde a la Suprema Corte de Justicia “la calidad de intérprete final de la Constitución”.<sup>8</sup> Lo que no excluye una actitud de deferencia hacia el legislador, que aconseja proceder con la mayor mesura y el máximo rigor argumentativo cuando se trata de desautorizar una ley, aunque no parece razonable exigir inconsistencia manifiesta, notoria, al margen de toda duda razonable,

---

<sup>6</sup> Uruguay. Suprema Corte de Justicia. Sentencia .Nº 176/1987.

<sup>7</sup> Sagües, Néstor P. “El Congreso como intérprete de la Constitución” en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Edición 2002, Montevideo Ed.Fundación Konrad Adenauer. 2002, p.101.

<sup>8</sup> Uruguay. Suprema Corte de Justicia, Sent.Nº 43 de 26/3/08. Discordia del Ministro Dr.Leslie Van Rompaey.

ni tampoco aceptar por vía interpretativa la modificación del significado de la ley para hacerla conforme a la Constitución.<sup>9</sup> En mi opinión, la actitud *pro legem* que se preconiza no impide relevar una inconstitucionalidad que no aparece de manera ostensible, ni obliga a aceptar una interpretación que, excediendo límites interpretativos, transforme el sentido de la ley, sustituyendo el juez al legislador.<sup>10</sup>

Entiendo que las tres interpretaciones de la Ley N°15.848 que se han propuesto conducen al mismo resultado -su inconstitucionalidad- porque en cualquiera de ellos es posible mostrar que la solución legal no es consistente ni coherente con el conjunto de reglas y principios incorporados a la Constitución de la República.

**2.** Si la Ley N°15.848 reconoce la caducidad de las acciones penales respecto de ciertos delitos es inconstitucional.

Esa declaración podrá pretender un efecto similar a una amnistía –extinguir la acción penal- pero remite a un fundamento bien distinto. La caducidad supone un derecho o acción al que las normas vigentes han puesto un término para su ejercicio y que se extingue cuando no ha sido ejercido dentro del término fijado.

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. Sólo existe término de caducidad en los casos de excepción en que se requiere instancia del ofendido.<sup>11</sup> 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 estas acciones penales. Menos razonable es tal declaración cuando no ha habido inactividad judicial sino que lo que moviliza al parlamento para hacer esa declaración es precisamente la actividad desplegada por los jueces desde el retorno a la democracia. Por lo que la caducidad decretada no sanciona inactividad alguna sino que trata de detener las investigaciones judiciales iniciadas y en curso.

---

<sup>9</sup> En la discordia citada, el Ministro Van Rompaey sostiene que “la declaración de inconstitucionalidad sólo debe pronunciarse cuando la incompatibilidad entre la norma atacada y las disposiciones y principios constitucionales que se alegan vulnerados resulte clara, ostensible, inequívoca” porque, de lo contrario, se arriesga a invadir la esfera de la política legislativa, que está vedada al juez.

<sup>10</sup> Guastini, Riccardo citado por Atienza en Aguiló, Josep, Ruiz Manero, Juan y Atienza, Manuel. Fragmentos para una teoría de la Constitución, Madrid, Iustel, 2007, p.143 infra. Guastini distingue entre sentencias interpretativas de la ley y sentencias normativas, que reinterpretan la ley, rectificandola con intención de adaptarla al ordenamiento constitucional. Esto último es –a mi juicio- excesivo.

<sup>11</sup> Código del Proceso Penal art.18.

Una declaración semejante, además de improcedente dadas las circunstancias, sería inconstitucional porque declarar la caducidad de las acciones judiciales -penales, civiles o de cualquier otra naturaleza- es un típico acto jurisdiccional. De modo que implica ejercitar una función que la Constitución no ha conferido al Poder Legislativo sino al Judicial.

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. Como señala la sentencia, el control de constitucionalidad de las leyes ha de tener en cuenta el principio básico de organización institucional que establece la división de funciones y la independencia de los poderes respectivos, según el cual ninguno de los poderes instituido está habilitado para ejercitar competencias conferidas a los otros. Por lo cual, no podía el legislador atribuirse la facultad de resolver que había operado –por las razones que fueren- la caducidad de las acciones penales respecto de ciertos delitos.

**3.** Para soslayar esa crítica se sostuvo –siguiendo el dictamen fiscal- que la ley no declaraba, sino que disponía la caducidad de la pretensión punitiva estatal. Lo cual igualmente es inconstitucional, por razones que –parcialmente- han sido adelantadas.

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 desde antes sujeta a término, 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.

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 la 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 manera que, si bien es conforme a la Constitución que el Poder Legislativo suprima delitos, fije términos de caducidad para el ejercicio de esas acciones, o aún decida a quien compete representar al Estado en las causas penales y con qué potestades –y esto refiere a lo que dispone el art.3 de la ley- no lo es que, fuera de los supuestos de indulto o la amnistía, impida a los jueces investigar delitos y ordene la clausura de ciertos procesos penales. Vale

decir que no puede considerarse constitucionalmente válida una ley que, sin haber dispuesto un indulto o amnistía, obste a los jueces el ejercicio de la función que la Constitución les ha asignado y les prive, incluso, de decidir si determinado caso está o no comprendido por la ley, desplazando esa decisión hacia el Poder Ejecutivo.

En efecto, el art.3 de la ley encarga al Poder Ejecutivo “informar” al juez si corresponde o no investigar el caso según considere que está o no comprendido por el art.1, confiriendo a ese pronunciamiento carácter conclusivo de la causa, no revisable en ninguna otra instancia. Claramente, en cuanto ese acto del Poder Ejecutivo consiste en resolver si cierto caso individual es o no subsumible en el caso genérico previsto por la ley, con un efecto idéntico a la cosa juzgada, se trata de un acto propio de la función jurisdiccional y eso, desde el punto de vista constitucional, la ley no puede quitarlo al Poder Judicial para conferirlo al Poder Ejecutivo.

Cabe volver a recordar que la sentencia señala que el control de constitucionalidad de las leyes ha de tener debidamente en cuenta el principio de organización institucional que establece la división de funciones y la independencia de los poderes respectivos y que ninguno de los poderes instituido está habilitado para atribuirse competencias que la Constitución confiere expresamente a los otros o transferirlas de un poder a otro. En suma, la distribución de competencias entre los poderes instituidos corresponde al constituyente y bajo ninguna circunstancia puede ser validamente modificada por el legislador.

En suma, como no parecía posible conceder abiertamente una amnistía, se intentó un subterfugio para llegar al mismo resultado.<sup>12</sup> Pero la vía oblicua que se intenta colide abiertamente con principios básicos de organización institucional establecidos por la Carta, lo cual obliga a reconocer que la solución legal es constitucionalmente ilegítima.

**4.** Para salvar la ley, la mayoría que dicta el fallo desestimatorio decide reinterpretarla como amnistía.

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

---

<sup>12</sup> El Colegio de Abogados del Uruguay en declaración del 30/12/86, observó que los efectos buscados con la ley son similares a los de una amnistía pero el instrumento elegido –declarar la caducidad de la pretensión punitiva del Estado- es manifiestamente inconstitucional en tanto “...el derecho de castigar no caduca y no es extinguido por un Poder del Estado fuera del único encuadre constitucional de la amnistía”.

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, no es sencillo sostener que se acordó una amnistía.

Como señalan los ministros discordes, no hay en la ley ninguna referencia a la amnistía, en la apresurada discusión parlamentaria hubo expreso rechazo de esa posibilidad y quedó claro que el único propósito de la ley era evitar que militares y policías investigados como autores de delitos cometidos durante el gobierno de facto, debieran comparecer ante la justicia ordinaria. Así, para afirmar que, a pesar de ello, es una ley de amnistía, la sentencia debe apartarse de criterios de interpretación legislativa ampliamente aceptados, como son los argumentos fundados en el tenor literal (argumento semántico) y en lo expresado durante el proceso legislativo de creación (argumento genético) y reconstruir una “voluntad legal” distinta de la expresada. Con el propósito de hacer compatible con la Constitución a una ley que, ostensiblemente, no lo era, el juez constitucional viene a rehacer el trabajo mal hecho por el legislador. En términos de Guastini, lo que se presenta como una sentencia interpretativa es, en realidad, una sentencia sustitutiva o normativa que, por vía de reinterpretar la ley y con intención de adaptarla al ordenamiento constitucional, viene –en definitiva- a rectificarla.<sup>13</sup>

Esta estrategia merece un breve comentario. Es verdad que -como dijo el Tribunal Constitucional Alemán- interpretar una disposición legal es interpretar una voluntad objetivada por el legislador, pero esa interpretación debe construirse a partir del tenor de la disposición legal y de su contexto de sentido.<sup>14</sup> En ese contexto tienen indudable relevancia, junto con los argumentos que derivan del texto, los que provienen de su génesis, de la historia del problema jurídico que se trata de resolver, de las soluciones comparativas, del contexto del sistema jurídico en que se inserta, del propósito al que tiende la ley, argumentos que no se excluyen sino que se complementan y que, en caso de conflicto, deberán ser debidamente ponderados. Son los clásicos “canones de la interpretación”<sup>15</sup>

En el caso, la sentencia descarta los argumentos semántico y genético y prioriza un supuesto argumento teleológico sin aportar razones suficientes para ese doble propósito.

---

<sup>13</sup> Guastini, citado por Atienza, ref.10 p.143 infra.

<sup>14</sup> Alemania Tribunal Constitucional Federal, Sentencias de 21/5/52 y 17/5/60 en Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, ed. Fundación Konrad Adenauer, Bogotá, 2003.

<sup>15</sup> Alexy, Robert. Teoría de la argumentación jurídica, 1ª edición, trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p.225-240

Sólo dice que para interpretar la ley se debe prescindir de su expresión literal –que en el caso sería poco adecuada- y que “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” y jerarquiza la *ratio legis*, el objetivo práctico de la ley: “reconoce la existencia de una realidad social problematizada, que pone en peligro el propósito de institucionalizar la democracia en paz” y trata de “favorecer la pacificación nacional”.

Un análisis argumentativo no puede dejar de observar que, aunque no sean razones concluyentes, tanto el argumento semántico como el argumento genético son ineludibles en la argumentación interpretativa<sup>16</sup> y no es admisible borrarlos de un plumazo porque no resultan funcionales a la interpretación que se trata de impulsar. Quien introduce una afirmación que va contra lo admitido hasta el presente, tiene la carga de argumentar para justificarla<sup>17</sup> y no se ve aquí una argumentación suficiente para rechazarlos de plano, como tampoco la hay para justificar la prioridad del argumento teleológico, la que debería resultar de una ponderación racional de los diversos *canones interpretativos*<sup>18</sup>.

**5.** Sin embargo, aún de aceptarse la reinterpretación de la ley que propone el juez constitucional, la ley sigue siendo inconstitucional.

Quienes dictaron el fallo aquí reconocen que “el Parlamento ha ejercido una función ontológicamente judicial, no legislativa” para afirmar que las leyes de amnistía, al ser leyes sólo en sentido formal y no material, quedan excluidas del control de constitucionalidad. A tal efecto recuerdan que es la opinión de prestigiosa doctrina, que así se dijo en la discusión parlamentaria de la Ley N° 13.747 de 10/7/69, dictada para regular los aspectos procesales para proceder a la declaración de inconstitucionalidad, y la jurisprudencia anterior de la Suprema Corte de Justicia así lo ha admitido.

Tal argumento es inadmisibile. Es jurídicamente incorrecto y falaz. No existen buenas razones para aceptar la exclusión que se pretende y debe concluirse que las leyes de amnistía dictadas por el Parlamento en ejercicio de una competencia conferida por la Constitución, están sujetas al control y límites constitucionalmente previstos..

---

<sup>16</sup> Esto es así desde las propuestas teóricas de la recordada escuela de la exégesis y de Savigny y es recogido actualmente por Alexy en su teoría de la argumentación jurídica como los *cánones de la interpretación*.<sup>16</sup>

<sup>17</sup> Es el principio de inercia que refiere Perelman y retoma Alexy en su teoría de la argumentación jurídica.

<sup>18</sup> Alexy, ref. 15, p.239.

El control de constitucionalidad de las leyes está establecido por la Constitución (arts.256 a 261) sin limitar su alcance a ciertas leyes y sólo se encarga a la ley reglamentar el procedimiento pertinente. El texto constitucional no ofrece oportunidad para introducir aquí la distinción doctrinaria entre leyes materiales y leyes formales, no habiendo motivos racionales para sostener que, en tanto las primera pueden violar la constitución, las últimas no podrían hacerlo. La Ley N°13.747, en consecuencia, no hizo distingo alguno.

Por demás, parece inconsecuente invocar ahora antecedentes parlamentarios, a los que se viene de negar toda relevancia y es, por demás obvio, que la Constitución no habilitó al legislador para restringir el control jurisdiccional sobre sus propios actos, de modo que la opinión parlamentaria al respecto es más que irrelevante, equivocada.

Por otra parte, la interpretación restrictiva de la doctrina, acuñada en otra época,<sup>19</sup> aparece como una manifestación más de la idea de soberanía parlamentaria y de la resistencia del poder al control de jurisdicción. Es indudable que, desde la posguerra, asistimos a un trascendente cambio de orientación, dirigido a afirmar el valor normativo de la Constitución y la sujeción de todos los poderes del Estado a los límites y controles estatuidos en el texto constitucional, sin que sea legítimo que el propio Parlamento excluya algunas de sus decisiones del control constitucionalmente previsto y la Suprema Corte de Justicia lo acepte.

**6.** La ley es inconstitucional porque, en el caso, el Poder Legislativo excedió el marco constitucional para acordar amnistías.

En el texto constitucional la amnistía aparece en el art.85 sobre competencia de la Asamblea General, cuyo num.14 le atribuye “acordar amnistías en casos extraordinarios, por mayoría absoluta de votos del total de componentes de cada Cámara”, aunque esa disposición no debe ser tomada aisladamente sino interpretada en el contexto constitucional en que se inserta (argumento sistemático). En efecto, una amnistía debe ajustarse a exigencias formales y sustanciales, sin incurrir en vicios de carácter formal o sustancial, esto es, debe ajustarse a los límites constitucionales de la competencia conferida al Poder Legislativo.

**6.1.** En primer lugar, median razones carácter formal que no deben ser ignoradas ya que constituyen vicios del procedimiento que afectan la validez de la ley.

De acuerdo con la práctica constitucional uruguaya, cuando un proyecto de ley es rechazado no puede reproponerse hasta el próximo período de la legislatura. En esa legislatura

---

<sup>19</sup> Jiménez de Aréchaga, Justino. La Constitución Nacional, Montevideo, Medina, 1946, tomo III, p.68



se había rechazado ya la propuesta de amnistía para esos delitos al excluirlos expresamente de la Ley N°15.737 dictada el 8/3/85, que dispuso la amnistía para quienes estaban presos, condenados o procesados. El Senado, que es donde ahora se inicia la consideración del nuevo proyecto de ley, hacía menos de tres meses (28/9/86) había rechazado un proyecto de ley de amnistía para militares y policías remitido por el Poder Ejecutivo<sup>20</sup>. Por lo que no podía volver a proponer otro proyecto con el mismo contenido.<sup>21</sup>

Por demás, el texto constitucional requiere la mayoría absoluta de votos del total de componentes de cada Cámara y revisado el cómputo de votos, el art.1 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, siendo que la mayoría absoluta (mitad más uno) requiere 50 votos.<sup>22</sup>

De modo que la reinterpretación de la Ley N°15.848 como amnistía encuentra 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. No parece necesario insistir en la importancia del cumplimiento de los requisitos constitucionales que regulan la creación de leyes y la exigencia de mayorías especiales. Baste decir que siempre ha sido causal suficiente para declarar la inconstitucionalidad de las leyes. Por razones formales entonces, una ley de amnistía era inconstitucional.

**6.2.** En el aspecto sustancial, debe tratarse de un caso extraordinario y el texto constitucional no define tal situación, dejando a cargo del legislador justificar la amnistía dando las razones por las que considera que se verifica una situación que califica como extraordinaria y merita la extinción del carácter delictivo de ciertos hechos.

Los legisladores eludieron el problema porque no dijeron siquiera que se tratara de amnistía, dejando al tribunal que postuló esa interpretación, la carga de señalar aquella situación excepcional que justificaba el olvido o el perdón de los delitos. Y la sentencia entendió que la alusión legal a la “lógica de los hechos originados por el acuerdo celebrado

---

<sup>20</sup> El Poder Ejecutivo remitió un proyecto de ley de urgente consideración con la amnistía para militares y policías, que ingresó el 28/8/86 a la Cámara de Senadores y que el 28/9/86, por 16 votos en 29, fue desechado

<sup>21</sup> Uruguay, Constitución art.142: Cuando un proyecto hubiese sido desechado al principio por la Cámara a quien la otra se lo remita, quedará sin efecto por entonces, y no podrá ser presentado hasta el siguiente período de la Legislatura.

<sup>22</sup> Uruguay. Diario de Sesiones de la Cámara de Representantes N°627, 1921-1930, diciembre 86-abril 87.

entre partidos políticos y las Fuerzas Armadas en agosto de 1984” refería a la “existencia de una realidad social problematizada que pone en peligro el propósito de institucionalizar la democracia en paz” frente a la cual la amnistía aparece como el modo de “favorecer la pacificación nacional”. Y sin especificar más, recuerda que la misma necesidad ha sido el motivo de leyes de amnistía adoptadas con anterioridad, al fin de graves conflictos institucionales, mencionando leyes de 1851, 1904 y 1985.

La situación problemática, no aclarada en la ley ni en la sentencia, era públicamente conocida: el desacato a las citaciones judiciales anunciado por el Ministro de Defensa, que puso en marcha el apresurado proceso parlamentario. Esa grave dificultad para hacer cumplir las órdenes judiciales explica la decisión legislativa -es una razón explicativa- pero cabe preguntarse si basta para justificarla, para aceptar que esa decisión está justificada de acuerdo con las reglas, principios y valores constitucionales.<sup>23</sup> La sentencia lo soslaya señalando que el control de constitucionalidad no debe valorar el mérito de una decisión política, sino sólo su razonabilidad.<sup>24</sup>

El juicio de razonabilidad no excluye razones de carácter institucional, aún siendo de índole tan pragmática como la que gravita aquí. Pero, en principio, todas las razones que sean relevantes para decidir deberían ser explicitadas y ser racionalmente justificado el peso que se les atribuye. No es lícito ocultarlas y, al mismo tiempo, darles peso concluyente como hace la sentencia. Procediendo así, incurre en una falacia argumentativa y la aludida razonabilidad no es más que un eufemismo sin sustancia.

**6.3.** Aún aceptando la excepcionalidad de la situación, la amnistía no debió ser aceptada por razones sustanciales, porque excede el límite que imponen a la competencia legislativa otras normas constitucionales que protegen derechos fundamentales de las personas, garantizan el acceso a la justicia y obligan al Estado a castigar con penas adecuadas a su gravedad, los delitos cometidos por quienes hayan sometido a otros a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Como ha afirmado recientemente el Tribunal Constitucional de Perú, una ley de amnistía no sólo debe ser válida sino también legítima, desde la perspectiva de la

---

<sup>23</sup> Se ve aquí la diferencia entre explicar y justificar, debiendo la decisión defenderse en este último contexto.

<sup>24</sup> Cita decisiones anteriores en esa línea: Sent.12/81 y otras, incluso anteriores al período de facto, 83/70, 38769, 82/69, 286/68, 263/68, 150/68, 76/65, 50/64 y 133/63.

Constitución, por lo que no sólo han de tenerse en cuenta límites expresos, sino también criterios generales de legitimidad constitucional para adoptar tales decisiones.<sup>25</sup>

Quienes dictan el fallo admiten que la finalidad del control de constitucionalidad no es la defensa de las instituciones sino de los derechos de las personas afectadas por la ley, aunque no parecen haber advertido que el reconocimiento constitucional de derechos fundamentales impone deberes al Estado y limita su discrecionalidad en el ejercicio del poder estatal que les compete.

No se necesita ser jusnaturalista –como muchos creen- para afirmar que la Constitución recoge un conjunto de valores y principios de alto valor moral. Aún el positivista más ortodoxo –si alguno aceptara ser llamado así- estaría dispuesto a reconocer que la Constitución establece como principio fundamental el valor de la persona humana y eso debe ser tenido en cuenta por los poderes instituidos cuando ejercitan las funciones constitucionalmente asignadas.

En la Constitución Uruguay los derechos fundamentales de las personas están reconocidos expresamente, algunos en forma específica y otros en forma genérica como derechos “inherentes a la personalidad humana o que se derivan de la forma republicana de gobierno” (art.72). Esa enumeración abierta -que es un acierto indudable de nuestra Constitución- permite tener por incorporados y constitucionalmente protegidos a todos los derechos que la comunidad internacional ha ido amparando mediante normas que forman el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

De manera que, al momento de dictarse la ley -y, más tarde, la sentencia- debían tenerse en cuenta los derechos expresamente mencionados por el texto constitucional más los que progresivamente se fueron agregando por la ratificación de diversos tratados internacionales de derechos humanos, tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16/12/66 y ratificado por Uruguay por Ley N°13.751 de 11/7/69; la Convención Americana de Derecho Humanos aprobada en el ámbito americano el 22/11/69, ratificada por Ley N°15.737 de 8/3/85 y la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 10/12/84 y ratificada por Ley N°15.798 del 27/10/85. De ese modo, el ordenamiento jurídico-constitucional uruguayo ha

---

<sup>25</sup> Perú. Tribunal Constitucional, sentencia del 2/3/07, Caso Santiago Enrique Martin Rivas.

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.

En particular, el Estado uruguayo debía garantizar a las personas que bajo su jurisdicción nadie fuera sometido a torturas ni a penas o tratos crueles inhumanos o degradantes (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos art.7), debía castigar esos actos con penas adecuadas a su gravedad y velar para que, toda vez que hubiera motivos razonables para creer que se cometieron tales delitos dentro de su jurisdicción, las autoridades competentes procedieran a una investigación pronta e imparcial, amparando el derecho de la víctima a que su caso sea pronta e imparcialmente examinado y se le garantice una reparación adecuada (Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes arts.4,5,12,13). Ese derecho de la víctima exigía un recurso efectivo ante los jueces y tribunales e imponía al Estado el deber de garantizar el cumplimiento de las decisiones que recaigan sobre tal recurso, aún si la violación fuera cometida por personas que actuaran ejerciendo funciones oficiales (Convención Americana de Derechos Humanos art.25).

De manera que es indiscutible que la solución legal uruguayana desconoce derechos fundamentales de las personas e incumple deberes, también fundamentales, de un Estado de Derecho, en el que la Constitución es la primera norma que debe ser cumplida. Cuando la normativa constitucional impone al Estado deberes para proteger derechos fundamentales, tales deberes no pueden dejar de cumplirse y eso impide que determinados delitos puedan ser objeto de amnistía. La Ley N°15.848, en tanto veda toda actuación judicial tendiente al esclarecimiento y castigo de violaciones de derechos humanos de excepcional gravedad, especialmente calificadas el hecho de haberse perpetrado de modo deliberado y sistemático por quienes ejercían poder institucional, colide con principios fundamentales de la Carta, porque priva a algunas personas de derechos básicos amparados por ella y viene a amparar a los eventuales responsables de crímenes de lesa humanidad.

Esto no debió pasar inadvertido al tribunal constitucional, que omitió considerar premisas ciertamente relevantes y con peso suficiente como para revertir su decisión.

7. Diversos órganos creados por la comunidad internacional e interamericana y tribunales nacionales con competencia constitucional del área latinoamericana, coinciden en negar, por razones sustanciales, validez y legitimidad a amnistías semejantes.

Así, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas<sup>26</sup> y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en sus informes sobre Uruguay<sup>27</sup> y la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos en opinión consultiva solicitada por Argentina y Uruguay<sup>28</sup> han expresado su preocupación porque algunos parlamentos latinoamericanos dictaron leyes de amnistía violatorias de los derechos humanos, por ser incompatibles con su obligación de investigar y esclarecer las situaciones de denuncia de actos crueles, inhumanos o degradantes, ejecuciones sumarias o desapariciones forzosas, y su deber de garantizar que tales actos no ocurran, recordando que la impunidad favorece su reiteración.

En particular, la Comisión Interamericana en su informe N°29/92 del 2/10/92 recordaba haber observado al gobierno uruguayo por "violaciones gravísimas" de los derechos a la vida, a la libertad y la seguridad personal, recomendando investigar y procesar a los responsables y valora que, en ese contexto, la Ley N° 15.848 tuvo el efecto contrario, de clausurar todos los juicios criminales por pasadas violaciones de los derechos humanos, cerrando toda posibilidad jurídica de una investigación judicial seria e imparcial destinada a comprobar los delitos denunciados e identificar a sus autores, cómplices y encubridores. Así, la ley afectó derechos de numerosas personas, concretamente, las víctimas, familiares o damnificados por las violaciones de derechos humanos han visto frustrado su derecho a un recurso, a una investigación judicial imparcial y exhaustiva que esclarezca los hechos, determine sus responsables e imponga las sanciones penales correspondientes. Las consecuencias jurídicas de la Ley respecto del derecho a garantías judiciales son incompatibles con la Convención Interamericana de Derecho Humanos.

En el ámbito jurisdiccional es preciso 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

---

<sup>26</sup> Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Observaciones Generales N°20 y N°31.

<sup>27</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informes sobre Uruguay 1985-1986 y N°29/92

<sup>28</sup> Corte Interamericana de Derecho Humanos. Opinión Consultiva N° 13/93 de 16/7/93.

carecen de efectos jurídicos”. Se trata de la sentencia dictada el 14/3/01 en el *Caso Barrios Altos*, interpretada por sentencia de 3/9/01, la sentencia dictada el 26/9/06 en el *Caso Almonacid Arrellano y otros* y la sentencia del 29/12/06 en el *Caso La Cantuta*.

El Tribunal Constitucional de Perú, en sentencia del 2/3/07 del *Caso Martin Rivas*, ha aceptado que las decisiones de la Corte Interamericana de Derecho Humanos que han declarado la nulidad de las leyes de amnistía dictadas por el gobierno peruano, son vinculantes para los jueces peruanos que, en consecuencia, no deben aplicarlas y, por el contrario, deben asumir que carecen de efectos. Compartiendo el criterio sustentado por la Corte Interamericana para negar validez a esas leyes, el Tribunal hace dos afirmaciones relevantes: el derecho internacional sobre derechos humanos integra el derecho nacional, en razón de que “todo precepto constitucional se encuentra orientado a proteger los derechos fundamentales como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana” (Constitución art.1) y esa circunstancia opera como límite a la potestad de los poderes instituidos y, en particular, alcanza al Congreso cuando se propone dictar leyes de amnistía.

En Argentina, la Corte Suprema de la Nación ha dictado sentencias relevantes como la que el 14/6/05 resolvió el *Caso Simón (Caso Poblete)* que constituye el verdadero *leading case* y más recientemente, la que el 4/5/07 resolvió el *Caso Mezzeo (Caso Riveros)*. Analiza allí la validez y efecto de leyes de amnistía similares a la nuestra, que no tienen en cuenta la jerarquía constitucional de los derechos humanos, conforme al art.75 num.22 de la Constitución argentina y el carácter de *ius cogens* que tienen las normas internacionales, sean creadas por pactos o convenciones o sean de carácter consuetudinario. Invocando como precedente el fallo de la Corte Interamericana de Derecho Humanos en el *Caso Barrios Altos*, razona en la misma línea para negar validez a las leyes de punto final y amnistía que el gobierno había dictado y luego anulado. Por último, define los hechos del caso como crímenes de lesa humanidad y sostiene que serían crímenes aunque no estuvieran previstos por la ley nacional y que, por esa misma razón, son imprescriptibles y no podrían ser amnistiados.

En suma, la ilegitimidad de una ley de amnistía dictada en beneficio de militares y policías que cometieron crímenes de lesa humanidad gozando de impunidad durante regímenes de facto, ha sido declarada por órganos jurisdiccionales, tanto de la comunidad interamericana, como encargados del control constitucional en países del área que en la misma época vivieron procesos similares. Esos pronunciamientos, por la analogía con la cuestión que

examinamos, por su riqueza argumentativa y por la relevancia que han tenido, no podrían soslayarse en un análisis de constitucionalidad de la Ley N°15.848.

## **V. En apoyo de la argumentación precedente**

Creo haber aportado buenas y suficientes razones para concluir que la Ley N°15.848 de 22/12/86, en cualquiera de sus interpretaciones, es inconstitucional. Conviene ahora detenerme brevemente en algunas cuestiones que no han sido suficientemente explicitadas en la argumentación propuesta. Como adelanté, la cuestión controvertida involucra la concepción de la Constitución, el significado e importancia de los derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional y su articulación con el derecho internacional de los derechos humanos, el modo de interpretación y argumentación constitucional y la manera en que los derechos fundamentales operan como límites implícitos del poder instituido, condicionando la legitimidad constitucional de la leyes.

### **1. La concepción de Constitución.**

Es bien conocido el cambio histórico en el significado de la Constitución para el Estado de Derecho desde mediados del siglo XX, y la teoría generada a partir de él <sup>29</sup>.

El fallo analizado presupone una determinada manera de comprender qué es una Constitución y definir cuál debe ser la actitud del juez constitucional cuando debe controlar la constitucionalidad de las leyes.

Como destacan Aguiló, Ruiz Manero y Atienza, cuando se piensa la Constitución, es preciso advertir la tensión que existe en torno al modo de articular los dos aspectos que integran las constituciones actuales, la dimensión autoritativa y constitutiva, que establece instituciones estatales y determina sus competencias de modo genérico, y la dimensión valorativa-regulativa, que explicita los valores y los fines a realizar por esas instituciones, fijándoles deberes que, a su vez, operan como límites al poder conferido <sup>30</sup>

Esa tensión es inevitable porque la Constitución es resultado de un pacto entre personas que sustentan intereses distintos y, en algunos aspectos, opuestos. De modo que para lograr el acuerdo necesario para aprobar el pacto institucional, que hace posible a las personas

---

<sup>29</sup> El material sobre los diversos neo-constitucionalismos es amplio y ampliamente conocido. Para estas consideraciones elementales basta consultar Carbonell, Miguel (comp). Neoconstitucionalismo(s). Madrid, Trotta, 2003.

<sup>30</sup> Aguiló, Josep, Ruiz Manero, Juan y Atienza, Manuel Fragmentos para una teoría de la Constitución. Madrid, .Iustel, 2007.

actuar de modo más o menos cooperativo, es preciso aceptar postulados formulados de manera muy general, cuya aplicación concreta ha de generar conflictos. Como agudamente señala Aguiló, el uso de conceptos más o menos indeterminados y esencialmente controvertidos - característico del lenguaje constitucional y también de las normas internacionales de derechos humanos- muestra la incorporación de “acuerdos incompletamente teorizados” cuya concreción es, luego y con frecuencia, problemática.<sup>31</sup>

El doble contenido constitutivo y regulativo –presente en la Constitución uruguayana- hizo que la doctrina nacional acuñada a mediados del siglo XX tendiera a verla como un agregado de dos partes diferenciadas por su contenido y operatividad: una parte “dogmática” que contiene derechos, deberes y garantías de las personas a cuya realización aspira, y una parte “orgánica” que dispone la creación de las autoridades que ejercerán el poder estatal, dentro de ámbitos de competencia definidos y bajo un sistema de contralores recíprocos como garantía contra los excesos en que pudieran incurrir.

La visión tradicional no advirtió siquiera los problemas de articulación entre ambas dimensiones, por estar fuertemente alineada en la tradición francesa, que asocia voluntad general y ley, de modo que los derechos fundamentales de las personas son confiados a la voluntad legislativa, entendiéndolo su reconocimiento constitucional como expresión de valores y principios destinados a guiar al legislador, sin imponerle deberes ni fijarle límites.

Sin embargo, la Constitución uruguaya hace posible una lectura diferente, dado que “reconoce” derechos fundamentales a las personas, cuya enumeración queda abierta porque consideran tales todos los “inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno” y ni siquiera precisan del desarrollo legislativo porque se dispone que “los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que tribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas”.

Esta lectura es compatible con las tesis principales del constitucionalismo contemporáneo sobre el valor normativo de la Constitución y su proyección sobre la interpretación de todo el orden jurídico, la aplicación directa de las normas constitucionales

---

<sup>31</sup> Aguiló, Josep. citado por Atienza ref. 28, p.180 (infra).



que confieren derechos fundamentales a las personas, la limitación de los poderes conferidos a las autoridades en razón de la exigencia de respeto a esos derechos fundamentales y la función decisiva que corresponde al tribunal que debe juzgar sobre la constitucionalidad, que es visto como intérprete último de la Constitución. Esta nueva visión de la Constitución y del control de constitucionalidad tiene creciente acogida en el ámbito de la doctrina publicista aunque todavía escasa repercusión en jurisprudencia.<sup>32</sup>

De manera que nos parece que la decisión que desestimó la inconstitucionalidad de la Ley N°15.848, se apoya en una cierta idea de la Constitución que implica privilegiar la dimensión autoritativa sobre la regulativa, sin aportar la argumentación necesaria para justificar esa preferencia. Más aún, incurre en una contradicción performativa cuando afirma que el objetivo del control de constitucionalidad es tutelar los derechos afectados por la ley y, seguidamente, acepta sacrificarlos afirmando que el legislador es soberano para decidir en materia de amnistía, como si esos derechos fundamentales que ha mencionado no constituyeran límites infranqueables para el poder del parlamento.

## **2. Derechos fundamentales, derecho internacional y orden constitucional.**

Es difícil exagerar la importancia que el discurso moral, político y jurídico actual reconoce a los derechos fundamentales de las personas, sin desconocer que contrasta fuertemente con la realidad de su protección efectiva.

En Uruguay es ampliamente admitido el valor normativo de los acuerdos internacionales sobre derechos humanos, ratificados antes, durante y después del período de dictadura. Desde el retorno a la democracia se viene sosteniendo que las normas internacionales sobre derechos humanos constituyen una especie de “orden público internacional” denominado *ius cogens*, según el cual tales normas no requieren siquiera ratificación del Estado, prevalecen sobre las normas nacionales de cualquier rango y son de aplicación inmediata y directa por las autoridades nacionales, incluyendo a los tribunales.<sup>33</sup>

Esta exigencia de aplicación directa por jueces y tribunales nacionales ha suscitado dificultades en cuanto al modo de integrarlas al orden jurídico y a su jerarquía normativa.

---

<sup>32</sup> Entre los juristas que impulsan decididamente esta visión constitucional es ineludible mencionar al Prof. Horacio Cassinelli y al Prof. Martín Riso Ferrand, en numerosos trabajos, con cierta y medida adhesión de la Suprema Corte de Justicia, Sentencia N°130/2007 redactada por el Ministro Dr. Leslie Van Rompaey.

<sup>33</sup> En Uruguay, esa idea fue impulsada por Héctor Gros Espiell en 1985, bastante antes de la ratificación de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, ratificada por Ley N°16.173 de 30/3/91.

Superado el antiguo dualismo –resabio de la pretensión de soberanía nacional- se acepta que las normas internacionales de derechos humanos una vez creadas, forman parte del orden jurídico vigente y son auto-ejecutables (*self executing*)<sup>34</sup> y, si bien se han defendido tesis diversas sobre su rango jerárquico, en Uruguay por lo dispuesto en la Constitución arts.72 y 332, debe reconocérseles jerarquía constitucional, lo que significa afirmar su superioridad sobre las leyes nacionales.<sup>35</sup>

De ese modo, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es parte del ordenamiento jurídico uruguayo con jerarquía constitucional en mérito a lo dispuesto por los citados arts.72 y 332 de la Carta y, por ende, debe ser tenido en cuenta para juzgar la constitucionalidad de las leyes. Así que, sin necesidad de definir si ese *ius cogens* prevalece o no sobre la Constitución, basta saber que prevalece sobre las leyes que pretendan desconocerlo. Lo cual hace no permite considerar compatible con la Constitución a una ley que desconoce derechos fundamentales amparados por el orden constitucional uruguayo. Desde que el Estado tiene el deber de garantizar tales derechos, está impedido de conceder amnistía a sus presuntos violadores, porque ello contraviene estándares mínimos de protección a la dignidad humana aceptados como base del pacto fundamental.<sup>36</sup>

En definitiva, cabe concluir con Alexy que la positivación de los derechos fundamentales resulta vinculante para todos los poderes del Estado y reconocer que implica una cierta apertura del sistema jurídico hacia lo moral, apertura razonable que no debe alarmar porque puede llevarse adelante de modo racional.<sup>37 38</sup>

---

<sup>34</sup> Conforme al Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (art.38) cabe aceptar las normas que son resultado de acuerdos internacionales aprobados por el país, como las que forman parte de la costumbre internacional o son principios generales de derecho,.

<sup>35</sup> En trabajos anteriores sobre el tema he sostenido esta tesis, que defiende el Prof.Horacio Cassinelli Muñoz, pero debo reconocer que se defienden también otras posturas. Minvielle, en extenso artículo sobre la Convención Americana, en que afirma su carácter auto-ejecutable pero sostiene, siguiendo lo que califica de doctrina mayoritaria en nuestro país, que los tratados internacionales están jerárquicamente por debajo de las normas constitucionales y debe atribuirse a la Convención, la jerarquía correspondiente a una norma legal. Estima deseable que estuviera por encima de la ley pero, a su juicio, eso requiere una reforma constitucional.

<sup>36</sup> En Argentina, Corte Suprema de la Nación ha dicho en el *Caso Simón*, que “los principios surgidos del orden imperativo internacional se incorporan con jerarquía constitucional como un derecho penal protector de los derechos humanos, que no se ve restringido por alguna de las limitaciones de la Constitución Nacional para el castigo del resto de los delitos”. La expresión en el texto corresponde al Tribunal Constitucional de Perú, sentencia 2/3/07 *Caso Martín Rivas*.

<sup>37</sup> Alexy, ref.3 p. 9

<sup>38</sup> Quizás la resistencia tradicional en los juristas para ver esa dimensión moral del razonamiento jurídico era tan fuerte entonces que una decisión moralmente inaceptable pudo ser aceptada como jurídicamente correcta.

### **3. Interpretación constitucional y argumentación.**

Según Atienza, la argumentación que tiene lugar en los tribunales constitucionales es un tipo de argumentación judicial que se dirige a justificar decisiones de interpretación, aplicación y desarrollo de la Constitución y constituye el paradigma de la argumentación constitucional.<sup>39</sup> Como tal, sustenta una pretensión de corrección que la vincula al discurso práctico racional, aunque su carácter institucional introduce diferencias relevantes que no permiten sostener que sea un caso especial de éste, como parece sostener Alexy<sup>40</sup>.

De hecho, la mayoría de los problemas que resuelven los tribunales constitucionales son casos difíciles<sup>41</sup> y refieren a cuestiones de interpretación normativa, como ocurre en nuestro caso, donde se trata de interpretar la ley enjuiciada e interpretar la Constitución para resolver si son o no compatibles, esto es, si puede considerarse que la ley cuestionada es consistente y coherente con la Constitución.

Si bien interpretar es asignar un significado al enunciado a interpretar, proponiendo el enunciado interpretado, no parece posible sostener que tal atribución sea tan obvia o tan discrecional al punto de que no necesite ninguna justificación.<sup>42</sup> Por el contrario, la interpretación ha de ser entendida como una actividad argumentativa, que debe ofrecer razones para justificar la atribución de significado, sean de primer grado –argumentos provenientes de los cánones tradicionales o de ciertas formas de razonar muy usadas por los juristas- o, eventualmente, de segundo grado si es preciso dirimir conflictos entre los argumentos provenientes de los criterios anteriores.

La necesidad de argumentación es más evidente si aceptamos el aporte de Dworkin, según el cual la actividad interpretativa tiene como propósito ofrecer la mejor interpretación posible del Derecho, como práctica social compleja orientada a la realización de ciertos valores y principios. De manera que la interpretación a proponer y aceptar será la que mejor realice los valores y principios de la práctica jurídica a la que pertenece<sup>43</sup>

---

<sup>39</sup> Atienza, ref. 27, p.143 y 167.

<sup>40</sup> Alexy ref.15. Entiendo que cuando Alexy afirma que el modelo ideal de argumentación jurídica sería un caso especial de discurso práctico racional, propone una idea regulativa, sin ignorar las peculiaridades de la argumentación jurídica en los diversos contextos, marcando su preferencia por el debate académico.

<sup>41</sup> La distinción entre casos fáciles y casos difíciles remite a Hart y se ha impuesto ampliamente en la teoría jurídica como eje de la discusión sobre la discrecionalidad judicial o la única respuesta correcta de Dworkin, resultado ineludible en cualquier teoría de la argumentación jurídica.

<sup>42</sup> Me refiero a enfoques decisionistas o escepticos, como el de Guastini citado por Atienza, ref.27, p.121.

<sup>43</sup> Dworkin, Ronald. El imperio de la justicia. trad.C.Ferrari, Barcelona, Gedisa, 1988.

Proyectando este enfoque sobre la interpretación que debe hacer un tribunal constitucional, lo esperable –aunque sólo funcione como idea regulativa- es que esté orientada a dar primacía a los valores y principios constitucionales, que priorice su realización, prefiriendo una interpretación que conduzca a optimizarlos y rechazando, por ende, aquellas que implican el sacrificio o frustración de tales valores o principios.

La jurisdicción constitucional plantea normalmente conflictos interpretativos y para resolverlos de modo racional es preciso argumentar. En esa actividad argumentativa habrá que justificar premisas (justificación externa), habrá que justificar el modo de inferencia de las conclusiones (justificación interna), aceptando el desafío de razonar de modo más abierto –que incorpora el razonamiento finalista y de ponderación- y habrá, en definitiva, que mostrar que la solución que se propone satisface exigencias de consistencia, coherencia, universalidad y aceptabilidad de sus consecuencias.<sup>44</sup>

Si bien las exigencias son muchas, esa aproximación del discurso justificativo de los tribunales de más alta jerarquía nacional, al ideal de discurso de la razón práctica representa a la vez una garantía para los ciudadanos y la única forma de legitimación del enorme poder que se les confiere.

En particular, lo que parece fuertemente problemático es la ponderación entre diversos tipos de razones en conflicto, conflicto que no puede resolverse arbitrariamente y exige un razonamiento de segundo o de tercer nivel, para el cual se necesitan criterios que, muchas veces, han de ser construidos desde el caso. Un tribunal constitucional suele tener precedentes y puede valerse de las ponderaciones efectuadas con anterioridad pero, aún así, habrá de valorar el resultado de la aplicación del criterio en el caso y no será raro que deba reformular o formar su criterio, lo que tampoco puede hacerse de cualquier manera.

Según Atienza –esta vez en terminología de Summers<sup>45</sup>- normalmente las razones autoritativas han de ceder frente a las sustantivas o valorativas y entre éstas, las finalistas han de ceder ante las razones de corrección. Sin embargo, tal criterio de segundo nivel para priorizar razones no es absoluto y no excluye la necesidad de ponderación en cada caso, puesto que es posible que, mediando circunstancias excepcionales, las razones de corrección puedan ser derrotadas por razones de fin y aún por razones institucionales, que son un tipo de

---

<sup>44</sup> Se trata de los criterios propuestos por MacCormick para evaluar la racionalidad argumentativa.

<sup>45</sup> Summers, Robert. En su última versión y según interpretación de Atienza. Para ver más detalladamente, Atienza, *Las Razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Lima, Palestra Editores, 2006.

razones autoritativas <sup>46</sup>. Todo lo cual nos remite a la posibilidad de plantear si es posible construir un modelo de razonamiento para ponderar, como intenta Alexy..

Sin incurrir en exceso teórico, quiero decir que, en nuestro caso, la Corte debía justificar su interpretación de la ley como amnistía y su interpretación de la Constitución según la cual confiere a la asamblea legislativa poderes irrestrictos para acordar amnistías en las situaciones que entienda extraordinarias, y no lo hizo aunque, como delatan las discordias, ambas cuestiones fueron entonces discutidas. Tanto la interpretación legal como la constitucional que hace la mayoría, son tomadas como premisas sin ofrecer su justificación, habiendo sido cuestionadas y siendo, en definitiva, refutables. Ya he señalado -usando un distinguo de Guastini- el carácter rectificador de la interpretación legal y cabe reconocer todavía que el problema interpretativo que concierne a los límites del Poder legislativo para acordar amnistías ofrece dificultades aún mayores.

En nuestra práctica constitucional era y es completamente inusual cuestionar los límites del poder de los legisladores. Quizás sea más fácil hacerlo por razones formales, que aluden a defectos en el proceso legislativo, o por violentar limitaciones de índole sustantiva expresadas en el texto constitucional, pero hacerlo por razones sustantivas derivadas del reconocimiento de derechos fundamentales es una novedad para la práctica constitucional uruguaya y requiere ofrecer aquí una justificación adicional.

La idea de que el ámbito de la ley está sujeto a limitaciones derivadas del contenido de los derechos individuales no se compadece con la concepción de la ley acuñada en el siglo XVIII por los revolucionarios franceses y los defensores británicos de la soberanía parlamentaria. La supremacía del legislador fue indiscutida hasta que en la segunda posguerra se produce una “desmitificación” de la ley y se descubre la Constitución como norma jurídica y no sólo –como diría Aguiló- como “fuente de fuentes”. Y si se considera la Constitución como norma, los derechos fundamentales dejan de verse como meros enunciados finalistas cuya realización efectiva depende del legislador y pasan a ser directamente operativos, sin necesidad de intermediación legislativa y aún contra cualquier regulación legal restrictiva.

---

<sup>46</sup> Atienza, Fragmentos p.165

Esos derechos aparecen ahora dotados de un contenido jurídico específico, que vincula y limita a todos los poderes estatales, aspecto sobre el cual he de insistir <sup>47</sup>

Nuestra sentencia interpreta –injustificadamente- que los derechos fundamentales están sujetos a lo que decida el legislador, a cuya voluntad discrecional atribuyen peso decisivo sin plantearse ningún conflicto entre valores o principios. En términos tomados de Dworkin ¿podría la decisión de la Suprema Corte ser vista como el mejor ejemplo de interpretación que podía ofrecerse, como una respuesta que optimiza los valores de nuestra práctica jurídico-constitucional?

#### **4. Los derechos fundamentales como límite y el límite de los derechos fundamentales.**

La idea de que, tomados en serio, los derechos constituyen límites al poder de las mayorías fue planteada por R.Dworkin hace treinta años, sin perjuicio de que, como hemos dicho, aparece con el nuevo constitucionalismo de la posguerra . <sup>48</sup> Actualmente, resulta del texto constitucional o de su interpretación por la jurisdicción constitucional, es ampliamente admitido que los derechos fundamentales de las personas constituyen límites al poder estatal, que alcanzan también al legislativo. <sup>49</sup>

En la sentencia -alineada con una concepción de la Constitución en franco retroceso- se argumenta que, según el texto constitucional uruguayo, todos los derechos están sujetos a la regulación que, por razones de interés general, establezcan las leyes. De manera que es preciso aclarar los límites constitucionales para esa regulación: los límites explícitos que exigen interpretar la expresión “razones de interés general” y los implícitos, que exigen precisar hasta qué punto la regulación, aún por razones de interés general, puede llegar a afectar de modo legítimo el derecho en cuestión.

Si consideramos que los derechos fundamentales aparecen normalmente formulados con un alto nivel de indeterminación y bajo al forma de principios, podemos pensarlos con un núcleo esencial y una periferia con vocación expansiva, cuyo límite es impreciso. Desde una tesis débil o extremadamente flexible de los derechos, cualquier derecho fundamental podría ser afectado por el legislador con tal que exista una razón suficientemente poderosa para hacerlo, de manera que situaríamos el núcleo central en aquella zona del derecho que es

---

<sup>47</sup> Grote, Rainer. “Limitaciones para la ley en la regulación de los derechos humanos en el Derecho europeo, con especial referencia al Derecho Alemán” en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Edición 2003, Montevideo, Ed.Fundación Konrad Adenauer. 2003, p 83-108.

<sup>48</sup> Dworkin, Ronald. Los derechos en serio (1977). Trad.M.Guastavino, Planeta-De Agostini, Barcelona, 1993

<sup>49</sup> Díaz, Elías. Estado de Derecho y sociedad democrática. Madrid, Taurus, 1998, p.47.

afectada cuando la restricción es injustificada. Para una tesis fuerte de los derechos, la ley nunca podrá privar a nadie de un derecho fundamental y, si mediaran razones de interés general, podrá limitarlo sin afectar su contenido esencial, delimitado de modo conceptual. Lo único que puede ser afectado, siempre que hayan razones calificadas, es lo periférico porque el núcleo es inmune a la actuación del legislador.<sup>50</sup>

De un modo u otro, ambas tesis exigen operaciones de ponderación para determinar si una cierta razón o conjunto de razones justifican la limitación del derecho y hasta dónde ésta puede ser posible o resulta justificada. Para una ponderación racional, el tribunal deberá plantearse, en primer lugar, si la finalidad que persigue la medida legislativa exige la limitación del derecho fundamental o podría ser igualmente alcanzada si afectar ese derecho (principio de adecuación) o si sería posible afectarlo en menor medida (principio de necesidad). La idea es que la intervención en un derecho no se justifica si no favorece el objetivo perseguido o éste puede conseguirse con una intervención menos restrictiva para ese derecho. Pero, en segundo lugar, es necesario balancear los efectos positivos esperados de la medida orientada a la promoción de cierto bien colectivo y sus efectos negativos para cierto derecho fundamental, en el entendido de que cuanto mayor sea la limitación para el derecho, aquellos deberán ser de mayor importancia (ley de la ponderación). Se trata de poder comparar la importancia de cierto fin y el grado de sacrificio que implica para ciertos derechos el medio elegido y no es diferente -en esencia- a lo que ha sido analizado como ponderación de principios en pugna en una situación concreta.

Tratando de racionalizar esa valoración, para evitar la tacha de arbitrariedad, Alexy formula la “ley de la ponderación” y diseña un procedimiento de tres pasos para aplicarla. Brevemente, dicha ley práctica prescribe que “cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro” y el procedimiento, empieza por calificar la intensidad de la intervención en uno de los principios en juego como leve, moderada y grave; sigue por calificar, según la misma escala, la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario o sea lo que se perdería si no se afectara el primer principio y luego, como etapa final, la definición acerca de si lo último justifica lo primero.

---

<sup>50</sup> La referencia al “contenido esencial de los derechos” aparece en algunas Constituciones, como la alemana (art.19) y la española (art.53.1) y los respectivos Tribunales Constitucionales han vacilado entre la tesis débil y la tesis fuerte, aunque el español parecería estar más próximo a la última.

Para racionalizar este paso final, Alexy añade dos variables que han de ser consideradas antes de decidir: el peso abstracto de cada principio, que es su significación en el contexto valorativo de la Constitución y el grado de certeza del cálculo empírico sobre las consecuencias que ha de producir la realización de uno u otro. Con todo lo cual ha compuesto una fórmula de aspecto lógico-matemático que ha merecido críticas pero que, a mi juicio, no es más que una forma elocuente de expresar la posibilidad de racionalización que se afirma. De todos modos ni el propio Alexy sostiene que las reglas y la fórmula puedan eximir de argumentar a favor o en contra cada calificación y aún sobre la opción final, que no podrá evitar la posibilidad de discrepancia o de eventual derrotabilidad.

Volviendo a nuestro caso, cabe preguntarse si el grado de sacrificio impuesto al derecho fundamental a una investigación pronta y veraz de ciertos hechos lesivos para la persona y al deber fundamental del Estado de esclarecer y castigar los delitos de lesa humanidad se justifica por el grado de importancia que se acuerda a algún otro principio o finalidad que la ley procure asegurar, lo que –a su vez- habrá de justificar la racionalidad de la decisión del tribunal que optó por la ley, sacrificando los primeros.

La sentencia no menciona los principios sacrificados ni tampoco las verdaderas razones del sacrificio que les impone, vinculadas al propósito de evitar una supuestas crisis institucional por el anunciado desacato de los militares. Se limita a postular la supremacía del legislador como intérprete de la Constitución y de la ley como reguladora de los derechos fundamentales, así como la facultad irrestricta del parlamento para acordar amnistías y el impedimento del poder judicial para juzgar decisiones de índole política.

De esa manera, incurre en una grave falla de racionalidad argumentativa, puesto que oculta razones y elude el balance o ponderación que le exigía su deber de justificar el fallo.

## **VI. A modo de conclusión**

Creo haber demostrado que la Ley N°15.848 es inconstitucional por claras razones formales y sustanciales. Su intención objetiva fue acordar la amnistía por delitos cometidos por militares y policías durante el régimen de facto pero, como no era posible hacerlo abiertamente, lo hizo de modo encubierto, acudiendo a un eufemismo indefendible como es reconocer la caducidad de la pretensión punitiva del Estado. La Suprema Corte de Justicia, como tribunal constitucional, creyó salvarla de la flagrante inconstitucionalidad que esto



supone, reinterpretándola como una ley de amnistía. Mediante esa estrategia, rechazó la inconstitucionalidad. Pero lo hizo mal porque no tuvo en cuenta que una amnistía semejante no era constitucionalmente viable. Por razones formales, porque el parlamento no podía tratar por segunda vez un proyecto de amnistía para militares y policías –habiendo rechazado otro similar tres meses antes- y porque el artículo primero no obtuvo en la Cámara de Representantes el número de votos necesarios para la amnistía. Pero también por razones sustanciales que limitan la competencia legislativa, dado que, según es ampliamente reconocido, las normas de rango constitucional que reconocen derechos fundamentales a las personas e imponen deberes de protección y garantía a las instituciones estatales excluyen de la amnistía cualquier acto que configure un delito de lesa humanidad.

Desde el punto de vista argumentativo, el discurso justificativo de la sentencia impresiona como bien construido y sólido, y logró un efecto fuertemente persuasivo sobre buena parte de la comunidad jurídica que, aún discrepando moralmente con la decisión, consideró cerrado el debate sobre la constitucionalidad de la ley. Sin embargo, su análisis crítico permite descubrir una argumentación refutable, que viene a justificar una conclusión altamente insatisfactoria para un auditorio racional que adhiera a los valores y principios constitucionales.

Quizás la mayor debilidad de la sentencia sea que un lector atento es capaz de percibir que oculta la verdadera razón de la decisión y, de esa manera, elude el control público de su real motivación. Como he señalado, tanto la ley como la sentencia refieren de modo poco explícito a circunstancias peculiares que motivaron la decisión legislativa, hablando de la lógica de los hechos derivados del pacto cívico militar de 1983, la necesidad de pacificación, el propósito de institucionalizar la democracia en paz. La verdad era que las autoridades militares habían anunciado su desacato a las citaciones judiciales y eso creaba una grave dificultad para hacer cumplir órdenes judiciales, poniendo en crisis el reciente régimen constitucional. Ante el riesgo, tanto la ley como la sentencia optaron, sin decirlo abiertamente, por aceptar la impunidad, que consideraron “un mal menor”.

Tal vez fuera una razón institucional tan poderosa que justificara el sacrificio de los derechos de muchas personas. O tal vez fuera un error grave que el juez constitucional no quiso evitar, pretextando que era una decisión política tomada por el legislativo dentro del ámbito de su competencia. Lo cierto es que no se expusieron todas las razones y no se hizo un

balance racional para justificar la decisión. En la sentencia se habla de pacificación, pero no está claro que esa sea la finalidad, ni la adecuación del medio elegido para lograrla, ni se mide el sacrificio de derechos, ni se comparan sus pesos significativos, ni se calculan consecuencias realistas, ni se plantea el inevitable juicio valorativo sobre los efectos del fallo en el sistema institucional y, en especial, en la práctica jurídico-constitucional futura.

Es posible que tal exigencia sea poco realista. Un tribunal constitucional forma parte de un sistema institucional y por eso, su argumentación no puede ser asimilada al discurso práctico racional de Alexy. En particular, mostrar la debilidad del sistema jurisdiccional puede erosionar su propia legitimidad. Sin embargo, ocultar esa dificultad puede no ser exitoso y, de hecho, perjudicó su legitimidad ante la opinión pública.

Como observa Atienza, el auditorio de un tribunal constitucional es la comunidad política que, sin ser el auditorio universal, exige una argumentación racional firmemente anclada en valores morales y políticos que, sin renunciar a cierta dosis de pragmatismo, cuando se trata de tutelar derechos sea capaz de priorizar la corrección.

La argumentación que propongo intenta cumplir con esa exigencia. No desdeña lo formal, reconociendo la importancia de respetar las formas constitucionales, pero jerarquiza las razones sustanciales y, entre ellas, las de corrección. Especialmente cuando no se ha demostrado que mediara una razón finalista o institucional de tanto peso que justificara dejar de lado derechos y deberes fundamentales.

Creo que satisface razonablemente exigencias de universalidad, consistencia, coherencia y consecuencialismo, esto es, se apoya en premisas prácticas universalizables y tiene sentido en el derecho y en el mundo. En especial, es consistente y coherente con el sistema constitucional –del que ofrece una interpretación consustanciada con los valores de esa práctica- y sus consecuencias jurídicas no sólo son aceptables sino que son mejores que las que pueden inferirse de la tesis contraria. Baste recordar la preocupación del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ante la repercusión negativa que podría tener el hecho de no castigar a quienes hubieran violado los derechos humanos durante el período de facto, precedente indeseable que no contribuye a la disuasión de futuras violaciones.

En el contexto de una realidad institucional más afianzada y a la luz nuevas consideraciones de particular relevancia, creo que cambiar el precedente está justificado.

Como sostiene Dworkin, aunque los jueces deban aceptar restricciones instrumentales que les obligan a tener en cuenta lo que en el pasado parlamentos y jueces han decidido - deben obedecer al legislador y honrar los precedentes judiciales- han de decidir los casos con la vista puesta en el futuro, al modo consecuencialista, de manera que deberían tomar aquella decisión que pueda ser mejor para el futuro de la comunidad.<sup>51</sup>

---

<sup>51</sup> Dworkin, Ronald. La justicia con toga. (2006) Trad. Marisa Iglesias. Madrid, Marcial Pons, 2007, p.31

## **BIBLIOGRAFÍA**

**AARNIO, Aulis.** *Lo racional como razonable: un tratado sobre la justificación jurídica.* Trad. E.Garzón Valdés. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

**ACCIONES legales contra la impunidad del terrorismo de Estado.** En: Revista del Instituto de Estudios Legales y Sociales del Uruguay. n°1, 1987.

**AGUILÓ, Josep, ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan.** *Fragmentos para una teoría de la Constitución.* Madrid: Iustel, 2007.

**ALEXY, Robert.** *Teoría de la argumentación jurídica.* Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

---- *Teoría de la argumentación jurídica.* 2ª edición. Trad. Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. Addenda sobre La fórmula del peso.

---- *Teoría de los derechos fundamentales,* 2ª edición. Trad. Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

---- *The reasonableness of Law and Legal Argumentation.* Conferencia del 29 mayo de 2008, Universidad de Alicante.

**ARGENTINA. CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN.** *Sentencia del 14/06/2005. Caso Simón.* [on line].

Disponible en: <http://www.mpf.gov.ar/DDHH/jurisprudencia/SimonCSJN.pdf>

---- *Sentencia del 4/5/07. Caso Mazzeo.* [on line]. Disponible en: <http://www.fder-constitucional.com.ar/data2007/fallos/mazzeo.pdf>

**ATIENZA, Manuel.** *El derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación.* Barcelona: Ariel, 2006.

----- *Las Razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica.* Lima: Palestra, 2006.

**ATIENZA, Manuel y LAPORTA, Francisco.** *Imperio de la ley y constitucionalismo. Un diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta.*

**CAETANO, Gerardo.** *20 años de democracia. Uruguay 1985-2005: Miradas múltiples.* Montevideo: Santillana, 2005.

**CARBONELL, Miguel.** *Neoconstitucionalismo(s).* Madrid: Trotta, 2003.

**CASSINELLI MUÑOZ, Horacio.** *Derecho Público.* Montevideo: FCU, 1999.

**SCHWABE, Jürgen,** comp. *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán.* Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2003.

**COLEGIO DE ABOGADOS DEL URUGUAY.** *Declaración sobre la Ley N°15.848.* emitida el 30/12/86 .

**COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHO HUMANOS.** *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1985-1986.* Washington: OEA, 1986.

**COMITE DE DERECHO HUMANOS DE NACIONES UNIDAS.** *Observación General N° 20.* 1992. [on line].  
Disponible en: <http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/Sgencom20.html>

**COMITE DE DERECHO HUMANOS DE NACIONES UNIDAS.** *Observación General N°31.* 2004. [on line].  
Disponible en: <http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/Sgencom31.html>

**CENTRO DE DERECHO HUMANOS. FACULTAD DE DERECHO. UNIVERSIDAD DE CHILE Y OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. REPRESENTACIÓN REGIONAL PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE.** *Compilación de observaciones finales del Comité de Derechos Humanos sobre países de América Latina y el Caribe (1977-2004).* Santiago de Chile: CEPAL, [2005].

**CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.** *Opinión Consultiva O.C. 13/93 de 16/7/93.* [on line]. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr>

**CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.** *Sentencia de 26/09/2006 Caso Almonacid Arellano* [on line]. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr>

**CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.** *Sentencia de 29/12/2006. Caso La Cantuta.* [on line]. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr>

**CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.** *Sentencia de 03/09/2001 Caso Barrios Altos.* [on line]. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr>

**COSENTINO, RAFAEL.** *Algunos aspectos de la Ley N°15.848 de 22 de diciembre de 1986.* En: La Justicia Uruguaya, tomo XCIV, Doctrina, p.51.

**DIAZ, Elías.** *Estado de Derecho y sociedad democrática.* Madrid: Taurus, 1998.

**DWORKIN, Ronald.** *El imperio de la justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y la práctica.* trad.C.Ferrari. Barcelona: Gedisa, 1988.

---- *La justicia con toga.* Trad.Marisa Iglesias. Madrid: Marcial Pons, 2007

----*Los derechos en serio.* Trad.M.Guastavino, Barcelona: Planeta-De Agostini, 1993

**GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO.** *La democracia y el lugar de la ley.* En: Revista Española de Derecho Administrativo, 1996. p.609.

---- *El Derecho, la ley y el juez. Dos estudios.* Cuadernos Civitas. Madrid, 2000.

**GROS ESPIELL, Héctor.** *Estudios sobre derechos humanos.* Caracas: Jurídica Venezolana, 1985. Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

**GROTE, Rainer.** *Li un cambio del precedente, mitaciones para la ley en la regulación de los derechos humanos en el Derecho europeo, con especial referencia al Derecho alemán.* En: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano: 2003. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2003. p.83-108.

**HABERMAS, Jurgen.** *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso.* trad. M.Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 2000.

**HART, L.H.A.** *El concepto de derecho.* trad. G. Carrió. 2ª edición, reimpresión. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2004.

**JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino.** *La Constitución Nacional.* Montevideo: Medina, 1946. Tomo III, p.68.

**MAC CORMICK, Neil.** *Legal Reasoning and Legal Theory.* Oxford: Oxford University Press, 1978.

**MINVIELLE, Bernadette,** *La convención americana sobre Derechos Humanos.* En: Revista Uruguaya de Derecho Procesal. 1987, n°2, p.124-164.

**PERU. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.** *Sentencia del 02/03/2007. Caso Martin.*

**RISSO FERRAND, Martín.** *Derecho Constitucional.* 2ªed. Tomo I. Montevideo: FCU, 2006

**SAGÜÉS, Néstor P.** *El Congreso como intérprete de la Constitución.* En: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2002. p.101-108.

**URUGUAY. CÁMARA DE REPRESENTANTES.** *Diario de Sesiones N°627.* Diciembre 1986 - abril 1987.

**URUGUAY. CÁMARA DE SENADORES.** *Diario de Sesiones N°304.* 18-23 de diciembre de 1986.

**URUGUAY.** *Ley N°15.848 de 22/12/86.* [on line]. Disponible en: [www.parlamento.gub.uy](http://www.parlamento.gub.uy)

**URUGUAY. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA.** *La declaración de inconstitucionalidad de las leyes.* Montevideo: Anales administrativos, 1970.