



# El principio de separación de poderes

10335  
413728

**JOSÉ KORZENIAK**

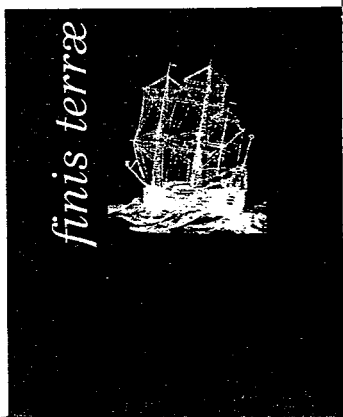
PROFESOR GRADO 5 DE DERECHO CONSTITUCIONAL.

EX SENADOR DE LA REPÚBLICA

## 1)- Aclaración preliminar.

**E**l presente trabajo solo contendrá algunas pocas referencias a autores y obras muy conocidos. Por tanto, no habrá citas de pie de página - que me perdonen los "metodólogos"- ya que hace tiempo pienso que en estos casos, más vale no distraer la continuidad de la lectura con una mirada hacia abajo, que la interrumpe, y que salvo hubiese desconfianza en el autor, no dejaría de ser una mirada inútil.

2)- **Orígenes remotos.** Con bastante imaginación podemos retrotraer la aparición del principio de separación de poderes, como fórmula primaria de organización del Estado o del Gobierno, a los momentos en que los poderes absolutos concentrados en un Rey o Emperador, pasan a ser desempeñados por más de un órgano. Suponemos a la monarquía absoluta como un sistema en el cual el Rey legisla, administra y juzga; es decir concentra las tres grandes funciones o actividades del Estado: la de dictar las normas -legislativa y constitucional-, la de aplicarlas -administrativa- y la de resolver las controversias surgidas de las mismas -función jurisdiccional-. Si quisiéramos ejemplificar estos antecedentes con algún momento histórico concreto, podríamos aludir al año 1215, cuando se dicta en Inglaterra la Carta Magna, concedida por el Rey Juan Sin tierra a los 25 barones que le exigían establecer una serie de garantías individuales en los juicios. Siguiendo con



el criterio imaginativo, ya podríamos ver ahí el esbozo de un Parlamento - eso sí, de barones- separado de un Poder Ejecutivo -el Rey-.

3)- **El planteo de Montesquieu.** Charles Louis de Secondat, Barón de MONTESQUIEU -vocablo este último por el cual se conoce a este pensador y jurista- fue un francés del siglo XVIII que se radicó un buen tiempo en Inglaterra y luego, vuelto a Francia, escribió su famoso libro "El espíritu de las leyes". En uno de sus capítulos titulado "De la Constitución de Inglaterra", sistematiza, según se le reconoce, por primera vez el principio de división del gobierno o del Estado en tres poderes "separados", como forma ideal de organización que él proponía para Francia, afirmando que era el fruto de su estudio del régimen inglés, al que declaraba admirar. En realidad, el sistema británico no tenía esa forma con tres poderes separados; más aún dentro del Poder Legislativo o sea el Parlamento, se encontraban los principales jueces de Inglaterra y también los principales ministros, o sea los más importantes miembros del Poder Ejecutivo. Pensamos que se equivocan feo quienes creen que Montesquieu no entendió correctamente el régimen inglés; más biendebe concluirse que formuló lo que él quería que fuese el sistema para su país, o sea la separación de tres poderes, cada uno con el ejercicio de cada una de las tres funciones principales del Estado. Si se quiere, fue un ardid político de este pensador, sin intenciones malignas, para darle más apoyo intelectual al principio que estaba formulando y proponiendo.

4)- **Descripción más sistemática del principio de separación de poderes.** De la obra del propio Montesquieu puede extraerse que este principio tiene tres aspectos principales: uno **organizativo**-que divide el ejercicio del Gobierno en tres centros de autoridad-, otro **funcional**-que atribuye de manera predominante cada una de las tres funciones clásicas del Estado a cada uno de los tres centros de autoridad- y un tercero de carácter **finalístico**-que consiste en advertir que esta separación o división de autoridades y funciones, nosolo permite organizar mejor el Gobierno sino que además, contribuye a una protección más efectiva de los derechos de las personas, puesto que no quedan sujetas a la autoridad omnicompreensiva de una sola persona o de un solo órgano-.

5)- **Los "frenos y contrapesos".** El propio Montesquieu insinuaba que la separación o división del gobierno en tres poderes no excluía la posibilidad de que hubiese controles entre ellos, sobre todo para verificar que ninguno de los Poderes invadía las facultades del otro. De cualquier manera conviene aclarar que este autor decía que el Poder Judicial debía ser en cierto modo "nulo". Esta expresión ha dado lugar a varias interpretaciones, pero queda claro a mi juicio, que Montesquieu tan solo quería que la gente actuara sin temor -aterrorizada de los jueces- y no pretendía en absoluto quebrar el equilibrio institucional entre los tres centros de autoridad.

6)- **El equilibrio institucional de los Poderes.** Decimos equilibrio

"ins  
sign  
jurí  
igno  
parl  
que  
y po  
sost  
cons  
Con  
ella  
"defi  
era  
dest  
que  
parl  
el Po  
se re  
que  
siste

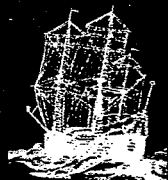
polí  
colec  
régim  
pres  
insti  
term  
habi  
la pr  
Esta  
o de  
pero  
Legi

en a  
en U  
gene  
frecu  
men  
cuan  
más  
plan  
Pode  
acla

“institucional” para indicar que se trata de una igualdad “jurídica”. Esto significa que la Constitución crea tres poderes sin que uno tenga predominio **jurídico** sobre el otro. De paso aclaremos que existen muchos -con enorme ignorancia- que sostienen o más bien creen, que en los sistemas **parlamentarios** el Poder Legislativo está por encima del Poder Ejecutivo y que en los sistemas **presidenciales** el Poder Legislativo tiene pocos poderes y por tanto predomina el Poder Ejecutivo sobre él. Semejante disparate fue sostenido hace poco cuando el Parlamento paraguayo destituyó al Presidente constitucional Lugo, lo que a mi juicio, se hizo violando flagrantemente la Constitución de ese país, al negarle el derecho detalladamente expuesto en ella de sus garantías de defensa. Esta digresión viene a cuento porque los “defensores” de la destitución, llegaron a decir que el sistema de Paraguay era “muy parlamentario” ya que daba al Poder Legislativo el derecho de destituir en Juicio Político al Presidente -aunque con garantías para éste que no se cumplieron-. Ya que estamos en esto, recuérdese que un sistema parlamentario es aquel en el cual los conflictos entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo que no pueden ser resueltos por diálogos y negociaciones, se resuelven mediante los resultados de una **elección anticipada**, fórmula que no existe en los sistemas presidenciales. Por supuesto, Paraguay es un sistema presidencial y no parlamentario.

7)- **El equilibrio entre los Poderes en la perspectiva política.** Desde el punto de vista político está muy claro que para el sentir colectivo el Poder más destacado -sea en un régimen parlamentario o en un régimen presidencial- es el Poder Ejecutivo. Esto no es resultado de las prescripciones constitucionales (porque entonces no habría equilibrio institucional), sino es consecuencia de que los votos en mayor cantidad terminan colocando a ciertas personas en el Poder Ejecutivo, lo cual conduce habitualmente a liderazgos políticos de esas personas. Si se quiere, hágase la prueba de preguntarle a la gente común si sabe quién es el Presidente de Estados Unidos o el Primer Ministro de Inglaterra o el Presidente de Bolivia o de Cuba o de cualquier país más o menos conocido. Seguramente lo sabrá; pero si le hacen la pregunta de quiénes son los presidentes o líderes del Poder Legislativo o del Poder Judicial, la enorme mayoría no tendrá la menor idea.

8)- **Concepto tecnificado de la separación de Poderes.** De aquí en adelante trataremos de centrar nuestra exposición con especial atención en Uruguay. La mayoría de la gente (políticos, periodistas, el pueblo en general) maneja este principio de la separación de poderes con mucha frecuencia. Sin embargo, a poco que se les indague sobre un concepto más o menos preciso del mismo se reciben respuestas muy esquivas, cuando no disparatadas. Justino Jiménez Aréchaga -uno de los más grandes constitucionalistas, no solo de Uruguay sino del planeta en el siglo XX- elaboró una definición técnica de un Poder en un sistema de “Separación de Poderes”. Luego de aclarar que prefería hablar de “Poderes del Gobierno” y no



es un órgano o sistema de órganos creado por la Constitución no subordinado a ningún otro órgano o Poder, cuyas decisiones no pueden ser revocadas por ningún otro órgano o Poder por razones de conveniencia u oportunidad". Al analizar esta definición, algunas de cuyas partes son obvias (por ejemplo que un poder pueda ser un solo órgano, como en un Legislativo unicameral o un "sistema" de órganos, como un Legislativo bicameral) el aporte más significativo está en la referencia a que un Poder no puede atacar o interferir a otro por razones de "conveniencia u oportunidad". Estas razones se oponen a las razones de juridicidad. Un ejemplo típico, que lo trae este autor es la declaración de inconstitucionalidad de una ley. La Suprema Corte de Justicia puede declarar inaplicable una ley (acto de otros poderes, el Legislativo y el Ejecutivo) por razones de juridicidad, es decir, por ser contraria a la Constitución; pero no podría hacer lo mismo porque la ley fuese injusta o inconveniente. La definición en análisis contiene también una frase que el autor citado analiza con detención: dice que cada uno de los tres centros de autoridad (poderes) tienen "el ejercicio predominante de cada una de las tres funciones del Estado. Explica que "predominante" significa que no es una función exclusiva. Por ejemplo, aunque los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial tienen el ejercicio "predominante" de las funciones legislativa, administrativa y jurisdiccional respectivamente, cada uno de ellos tiene además, sin duda, una función por ejemplo administrativa; como cuando el Poder Judicial o el Poder Legislativo designan empleados o cuando administran sus locales, etc. Igualmente, aunque en pocas ocasiones el Poder Legislativo puede ejercer una función jurisdiccional, como es el caso -según la doctrina mayoritaria- en que realiza un "juicio político" a un gobernante (artículos 93, 102, 103 y 296 de la Constitución). Igualmente, el Poder Ejecutivo a veces ejercita la función "legislativa" cuando promulga o veta leyes, o cuando presenta iniciativa de las mismas. Estimo que esta ejemplificación basta para explicar porqué Aréchaga decía ejercicio "predominante". Conviene mencionar que otro constitucionalista de renombre, Aníbal Luis BARBAGELATA, sostuvo que el principio de Separación de Poderes no debiera incluir la condición de que cada uno de ellos tuviese el ejercicio predominante de una de las tres funciones clásicas. Así, sostuvo que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, que no integra el Poder Judicial pero ejerce predominantemente función jurisdiccional, es igualmente un Poder del Gobierno. Lo dijo en una valiente charla en la Facultad de Derecho, cuando la Dictadura había restringido de manera tremenda las facultades de ese órgano, al punto de prohibirle que examinara la juridicidad de los actos administrativos que esa Dictadura -o sea el Gobierno de la época- consideraba "de interés público". Puede imaginarse, y así fue, que esa fue la última exposición de Barbagelata antes que los dictadores lo alejaran de su cargo de profesor.

**9)- Los "frenos y contrapesos" entre los Poderes de Gobierno, con especial referencia al sistema Uruguayo.** Tomamos la expresión

frenos y contrapesos en sentido muy amplio, aludiendo a los controles y limitaciones que recibe la llamada "independencia" entre los tres clásicos poderes. En una enumeración **no exhaustiva**, señalamos:

a)- **Del Poder Legislativo sobre el Poder Ejecutivo.**

- Pedidos de datos e informes, interpelaciones y comisiones investigadoras (artículos 118,119 y 120), clásicos controles del Parlamento sobre el Poder Ejecutivo.

- Censura política del Parlamento a los Ministros (artículos 147 y 148), fórmula típica del sistema "parlamentario" de gobierno, que, aunque previsto en Uruguay desde La Carta de 1934, solo funcionó una vez en nuestro país (presidencia de J. Pacheco Areco, cuando se censuró a su ministro Jorge Peirano Facio). No confundir la verdadera "censura política" con las declaraciones desfavorables a la actuación de un Ministro que pueden sobrevenir al término de alguno de los controles mencionados antes (véase el artículo 121).

- Juicio Político al Presidente de la República o a los ministros por "violación de la Constitución u otros delitos graves" (art. 93 ya citado)

b)-**Del Poder Ejecutivo sobre el Poder Legislativo.**

- Iniciativa en materia de leyes y en algunos casos iniciativa "privativa" -o sea que solo el Poder Ejecutivo la tiene- (art. 133).

-Facultad del Poder Ejecutivo de hacer objeciones u observaciones a leyes sancionadas por el Parlamento; objeciones y observaciones a las cuales comúnmente se les llama "veto"(no olvidar que el Parlamento puede con ciertas mayorías "levantar" el veto quedando aprobada la ley).

c)- **Del Poder Legislativo sobre el Poder Judicial.**

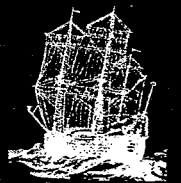
- Creación de Tribunales de Apelaciones (art. 241), de Juzgados Letrados (art. 244) y de hecho, de Juzgados de Paz. Es obvio que la Suprema Corte de Justicia está creada por la propia Constitución (art. 233).

-Designación de los miembros de la Suprema Corte de Justicia por la Asamblea General Legislativa, por 2/3 de votos del total de sus componentes (art. 236).

- Aprobación del presupuesto del Poder Judicial (arts. 214 y 220).

- Aprobación de las leyes que establecen los Códigos (Civil, Penal, etc.) y las leyes que establecen los respectivos procedimientos que deberán seguir los Jueces.

- Juicio Político a los miembros de la Suprema Corte de Justicia. En realidad, la expresión "juicio político" no está utilizada en la Constitución, pero es la traducción común en los países de habla española del "Impeachment" inglés, que consiste en el juzgamiento de los gobernantes por su responsabilidad de tinte penal. **En Uruguay las causales del Juicio Político -del cual son posibles todos los gobernantes menos los directores de Entes**



Autónomos y Servicios Descentralizados- son la "violación de la Constitución u otros delitos graves" (art. 93). La expresión "u otros" indica según la mayoría de la doctrina que lo anterior, o sea, la violación de la Constitución, también debe ser "grave"-en mi opinión- o tener un cariz delictivo. Adviértase la diferencia con la "censura política" (art. 147 y 148) en la que se pone en juego la responsabilidad puramente política y no "político- penal" como en el caso del llamado juicio político.

**d)- Del Poder Judicial sobre el Poder Legislativo.**

- La declaración por la Suprema Corte de Justicia de la inconstitucionalidad de una ley o de una parte de la misma. Veremos algo de este tema en el epílogo de este trabajo.

- Sentencias del Poder Judicial condenando al Poder Legislativo a pagar indemnizaciones, en ciertos casos en que éste es demandado (por ejemplo por daños causados por sus miembros o funcionarios, art. 24).

- Sentencias procesando o condenando a miembros del Parlamento por delitos penales, previo cumplimiento de ciertos trámites como el "desafuero" (art.114) o el juicio político (arts. 93,102 y 103).

**e)- Del Poder Judicial sobre el Poder Ejecutivo.**

- Condenas civiles al Poder Ejecutivo en caso de demandas indemnizatorias triunfantes (art. 24 ya citado).

- Anulación de actos administrativos del Poder Ejecutivo por ilegalidad. Aunque esta competencia no es ejercida propiamente por el Poder Judicial sino por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, órgano autónomo que no integra el Poder Judicial, aunque ejerce función jurisdiccional.

**10)-Principales "peripecias" de la Separación de Poderes.** Ya se ha visto que este principio dista mucho del concepto vulgar con que suele manejarse cuando se piensa en tres poderes con tres funciones, bien independientes entre sí y, a veces, empleando la expresión no solo de "independientes", sino el disparate de "soberanos". Completemos esta afirmación seleccionando algunas de las "peripecias" que este concepto - división del Gobierno en tres centros de autoridad con tres respectivas funciones- ha tenido desde su nacimiento.

a)- Me interesa señalar que la notable aportación de Aréchaga a la definición de este principio puede controvertirse en uno de sus aspectos más socorridos: "un Poder no puede revocar decisiones de otro Poder por razones de conveniencia u oportunidad". Con cierta fineza pueden encontrarse situaciones en las cuales esto ocurre sin que se diga que se viola la Separación de Poderes. Por ejemplo cuando una ley "A" deroga a la ley "B" y existe un reglamento basado en la ley "B". Al derogarse a esta última, lo que puede ser perfectamente por razones de conveniencia u oportunidad así consideradas por el Parlamento, cae el reglamento o decreto basado en la ley "B". Este caso no es llamado por Sayagués Laso en su Tratado de Derecho

Administrativo, una hipótesis de “derogación” de un decreto o reglamento por el Poder Legislativo, sino que habla de “descaecimiento” de ese acto administrativo. Creo que procura una suerte de “pudor gramatical”, para evitar reconocer que en ciertos casos, un Poder puede dejar sin efecto actos de otro Poder por razones de conveniencia u oportunidad.

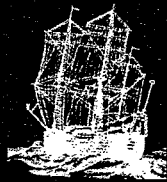
b)- No puedo omitir el destaque de la circunstancia de que en los países de “Constitución rígida” (la que no puede ser modificada por un procedimiento igual al de la ley) considero indispensable superar la clásica concepción tripartita de los poderes y admitir la existencia de un “cuarto Poder”, precisamente el Poder Constituyente, formado por los órganos que pueden dictar normas constitucionales. A propósito de esto, señalo que en nuestro país algunas veces se ha hablado de la Corte Electoral como otro “Poder”. No comparto esta posición, sobre todo porque en la Constitución de 1934, en la cual se constitucionalizó este órgano –que había sido creado por ley 10 años antes- se propuso poner un título que decía “del Poder Electoral”. La moción fue rechazada y nuestra Carta en ningún lugar considera un Poder a la Corte Electoral. En todo caso, si quisiera hablarse de ese Poder, tendría como órgano cabeza al Cuerpo Electoral, que es el que toma las decisiones electorales, siendo la Corte Electoral un órgano encargado de controlar la legalidad de dichas decisiones.

c)- Existen pues –los señalamos como “peripecias” de la Separación de Poderes”- varios órganos que no integran ninguno de los tres Poderes clásicos y que, sin embargo, toman decisiones que no pueden ser desobedecidas ni modificadas ni revocadas por otro órgano o Poder. En nuestro país ya hemos citado al Tribunal de lo Contencioso Administrativo y a la Corte Electoral. Agreguemos al Tribunal de Cuentas formado por 7 miembros designados también por la Asamblea General Legislativa, por 2/3 de votos de sus componentes, que se encarga básicamente del contralor de la actividad financiera de los órganos del Estado (art. 208 y siguientes).

d)- En algunos países existe un órgano especial “por encima” de los tres poderes, encargado de declarar la inconstitucionalidad de las leyes (por ejemplo en la Constitución de Austria de 1920).

e)- Hans KELSEN en su “Teoría del Estado”, señala con su imperturbable lógica, una peculiar “peripecia” de la Separación de Poderes, cuando explica que la doctrina clásica, para mantener la afirmación de que los tres poderes están en “equilibrio institucional”, tuvo que disimular o “ensombrecer” la circunstancia de que el acto típico de uno de esos poderes - la ley, acto del Poder Legislativo- tiene más jerarquía jurídica que los actos típicos de los otros dos poderes (actos jurisdiccionales o sea sentencias, y actos administrativos).

11)- **La propuesta de Alberto Ramón REAL.** Algunas de estas “peripecias” de la Separación de Poderes, llevaron a este profesor de Derecho Constitucional, Administrativo y de



Facultad de Derecho- a sostener en su tesis de pasaje de grado titulada "Los principios generales de derecho" (un libro de su juventud), que quizás ya no era necesario o conveniente seguir hablando del "principio de Separación de Poderes" bastando con referir a los "órganos del Estado", "competencias de esos órganos" y la prohibición de que un órgano invada la competencia de otro. Su propuesta se apoyaba mucho en G.CAHEN, aunque la mayoría de sus conclusiones sobre los principios generales de derecho estaban fuertemente influidas por el profesor argentino Arturo SAMPAY. He incluido esta referencia a las conclusiones de REAL, no por compartirlas íntegramente, sino para estimular una reflexión inevitable: la forma en que vulgarmente se habla de la "Separación de Poderes", simplificando, o directamente ignorando, las dificultades de su contenido.

## **12)-Epílogo. Dos sentencias recientes de la Suprema Corte de Justicia sobre inconstitucionalidad, y algunas repercusiones sobre la "Separación de Poderes".**

a)-Al Tiempo de terminar el presente trabajo (marzo de 2013) la Suprema Corte de Justicia dictó un par de sentencias sosteniendo por cuatro votos en cinco, la **inconstitucionalidad** de los artículos 2° y 3° de la ley n° 18831.

En esencia, ese artículo 1° declara plenamente restablecido el derecho del Estado a enjuiciar y castigar los delitos cometidos durante la Dictadura por "militares, policías, equiparados y asimilados", derecho que había sido "renunciado" en dicho artículo 1°, por la citada "Ley de Caducidad" (artículo en su momento considerado, con razón, un "mamarracho jurídico" por nuestro mejor profesor de Derecho Penal, el dilecto amigo y compañero doctor Gonzalo Fernández). El artículo 2° de la ley interpretativa n° 18831 dispone que esos delitos no prescriben nunca, básicamente (artículo 3° de esa ley), por ser "delitos de lesa humanidad", o sea delitos "contra" la humanidad.

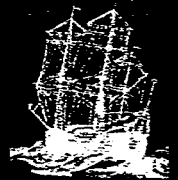
b)-Estas sentencias desataron una polémica mediática y jurídica de proporciones, que estimo justifican aunque sea algunos breves comentarios. Algunos, no muy enterados hablaron de "violación de poderes" por el Poder Judicial, que estaba invadiendo al Poder Legislativo; otros a la inversa, que los legisladores que criticaban las sentencias, violaban la "independencia" del Poder Judicial. Hasta se llegó a hablar de reformar la Constitución, y en algunos casos hasta llegar a hacer "electivos" los cargos de Jueces -imaginen a un Juez, en campaña electoral, prometiendo para lograr adhesiones populares, que votará ciertos temas en tales o cuales sentidos-.

En rigor hubo un general desconocimiento de la verdadera Separación de Poderes y singularmente de los "frenos y contrapesos" como parte de ese principio. Pero en general también los Poderes se comportaron dentro de los cánones correctos formalmente de estos principios. La Suprema Corte porque, aunque pueda discreparse con el contenido de su sentencia, tiene atribución

constitucional indubitable para declarar la inconstitucionalidad de una ley. El Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo porque acataron lo resuelto por la Suprema Corte. Hasta puede decirse que los partidos políticos mantuvieron en el tema una llamativa coherencia: el Partido Colorado y el Partido Nacional -con alguna aislada excepción- que fueron los impulsores y los que aprobaron la ley n° 15848, Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, defendieron la declaración de inconstitucionalidad de los artículos que en términos más populares defendían la impunidad de militares y policías por los delitos perpetrados durante la Dictadura. El Frente Amplio, que fue el partido que se opuso a dicha impunidad al momento de dictarse la ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, porque desde allí partieron las principales críticas a la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 2° y 3° de la ley 18831, los que en términos sustanciales eliminaban esa impunidad al declarar imprescriptibles esos delitos de terrorismo de estado.

A propósito de este tema no puedo evitar referirme al llamativo error de igualar los delitos de grupos guerrilleros o de acción directa, con los delitos cometidos por los dictadores o sus subordinados. Los primeros sabían perfectamente que cometían delitos, aunque los justifiquen por razones políticas, pero conocían a la perfección que si eran descubiertos y aprehendidos pasarían a ser encarcelados y probablemente torturados. Los segundos en cambio, torturaban, mutilaban, mataban o desaparecían personas, conociendo precisamente que lo hacían en nombre o por orden del gobierno, la Dictadura, por lo cual la diferencia material y moral de ambas situaciones es notoria. De ahí que resulte, a mi juicio, absolutamente descartable la explicación histórica conocida como la de "los dos demonios", la cual interpreta que vino una dictadura con terrorismo de estado porque hubo una subversión previa de grupos guerrilleros o de acción directa. Esta es una tesis consecuencia de la igualación anterior y por lo tanto tan descolocada como ella.

c)- Las sentencias de la Suprema Corte fueron dictadas por vía de "excepción de inconstitucionalidad", planteadas por los indagados ante los jueces penales por los delitos cometidos durante la dictadura. Estos elevaron los respectivos expedientes a la Suprema Corte, tal como lo dispone la Constitución (art. 258). Dictada la sentencia por la Corte, los expedientes vuelven a los jueces penales respectivos quienes son los que deben interpretar el alcance de la declaración del máximo órgano judicial (oyendo probablemente a los Fiscales). De modo que todavía tanto los denunciados como los denunciantes pueden mantener respectivamente sus temores, sus dolores o sus expectativas. Esto corresponde a un tema, a los efectos de la "Separación de Poderes" dentro de cada Poder, asunto muy importante que no ha merecido todavía en la doctrina uruguaya un estudio sistemático y profundo. Solo digamos por ahora, que dentro del Poder Judicial hay más



independencia de los subordinados (jueces y tribunales) respecto de su órgano jerarca (Suprema Corte), que de los subordinados de los jefes en los otros dos poderes de gobierno. Podría por ejemplo haber jueces que interpretan que los plazos de prescripción comienzan a correr luego de la declaración de inconstitucionalidad de la ley 15848, Ley de Caducidad, lo que ocurrió hace pocos años; esto podría ser basado en considerar que había personas que no hacían las denuncias sabiendo que los denunciados, amparados por esa ley de Caducidad, eran impunes, y podrá ser factible considerar que es aplicable el principio según el cual "al justamente impedido no le corre término".

d)- La Suprema Corte de Justicia -aunque no lo haya dicho explícitamente- se pronunció sobre una cantidad de problemas honestamente discutibles desde el punto de vista jurídico. Por supuesto que me refiero a la honestidad intelectual, y lo señalo porque soy un tozudo combatiente contra la afirmación tan repetida de que "en derecho siempre hay dos bibliotecas". He reiterado que eso no es así; a veces hay dos bibliotecas y en otros casos se "inventa" una por intereses personales, económicos o políticos. Entre los problemas que subyacen en estas sentencias, selecciono algunos:

- Relaciones entre el Derecho y las conductas humanas, que pueden generar reacciones de gran variedad. Por ejemplo: es muy difícil concebir que una persona acepte que quien secuestró, torturó o mató a uno de sus seres queridos goce de libertad y sea ajeno a una indagación por el simple transcurso del tiempo (prescripción de los delitos).

- Contradicciones entre el Derecho Interno y el Derecho Internacional. Cuando éstas existen ¿cuál de ambas ramas jurídicas predomina?

- Discusión acerca de si uno de los poderes de gobierno puede declarar inaplicables -inconstitucionalidad o derogación por el Parlamento- leyes que han recibido respaldo del Cuerpo Electoral, que está más cerca del soberano, la nación, como puede verse en el artículo 82. La Suprema Corte al declarar la inconstitucionalidad del artículo 1° de la ley de caducidad y ahora la inconstitucionalidad del artículo 1° de la ley interpretativa, ha interpretado -sin decirlo explícitamente- que uno de los poderes puede dejar sin efecto una ley aunque el Cuerpo Electoral la haya ratificado.

- En las sentencias en comentario puede detectarse cierta postura "de cautela", no suficientemente fundamentada. En efecto por un lado la Suprema Corte declara correcto el restablecimiento del derecho del Estado a castigar los **delitos cometidos durante la Dictadura** y por otro, declara en los hechos, que esos delitos **ya están prescriptos** dado el tiempo transcurrido hasta la fecha desde 1985. Quizás la Corte debió ser más convincente en la fundamentación de esta alternativa.

- Si afinamos la necesidad de síntesis encontramos que **la opción principal que hizo la Suprema Corte**, al declarar prescriptibles los delitos cometidos durante la Dictadura, es la siguiente: en el Derecho uruguayo hay dos principios que en el tema vienen a ser contradictorios, **por un lado**

principio según el cual las leyes penales más severas no se aplican a los delitos perpetrados antes, durante leyes más benignas, **por otro lado** el principio de que las normas de Derecho Internacional que castigan los delitos de lesa humanidad no prescriben nunca. Ocorre que **en nuestro país ambos principios tienen una perspectiva letrista y formal, jerarquía de ley y no de Constitución.** El de la no aplicación hacia el pasado de leyes penales más severas, porque está en el Código Penal que tiene jerarquía jurídica de ley. El de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, porque **todos los tratados en nuestro país -aún los de Derecho Internacional Humanitario, se aprueban por ley** (art. 85 nal. 7°). Pero nuestra Constitución en su artículo 72 dispone que además de los derechos enumerados por ella, existen los otros que son "inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de Gobierno". **¿Cuál de esos dos principios contradictorios es insertable entre los inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de Gobierno, adquiriendo así jerarquía constitucional y predominando sobre el otro que mantiene su valor meramente legal?**

La Suprema Corte con la conocida discordia de uno de sus miembros, optó por incluir el principio legal de la irretroactividad de la ley penal más severa, es este artículo 72 de la Constitución. Esa es la verdadera razón por la cual declaró la inconstitucionalidad de los artículos 2° y 3° de la "ley interpretativa". Los partidarios de esta ley interpretativa y desde luego, los denunciadores en los juicios penales en trámite, incluyen en ese artículo 72 de la Carta el otro principio -imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad- que es modernamente la tendencia que predomina en el Derecho Internacional y que en los hechos, ha recibido mayor aplicación práctica desde la Segunda Guerra Mundial. Si se analizan las sentencias con cuidado, se advertirá que en realidad los cinco miembros de la Suprema Corte consideran que estos delitos de terrorismo de estado, cometidos durante la Dictadura, son "de lesa humanidad" y por lo tanto debieran ser imprescriptibles. Pero la mayoría de esta Corte sostiene que esas características surgieron por tratados internacionales ratificados por Uruguay **con posterioridad** a la perpetración de dichos delitos. Es entonces que, por esa discutida y discutible inclusión de la "no retroactividad de la ley penal más severa" en el art. 72 de la Carta, esa mayoría de la Corte falló como falló.

13)- Es por todo esto fácilmente previsible que el tema probablemente ha de terminar planteado ante tribunales internacionales y me atrevo a afirmar -con los riesgos de estas previsiones- que allí se habrá de declarar que estos delitos son de lesa humanidad y por ende **imprescriptibles**

