

más en los últimos años, y que la izquierda política ha perdido el monopolio de las herramientas de consulta directa. El despertar de una derecha social, que anuncia la existencia de una «crisis de valores» y la necesidad de restablecer el orden y la seguridad, promete enormes desafíos para la democracia en curso, y advierte sobre la necesidad de dinamizar la alicaída relación entre el Frente Amplio, en tanto fuerza política y los movimientos sociales para llevar adelante un gran debate cultural y político que tenga como eje la integralidad de los derechos humanos.

Los efectos de la ley. Entre la amnistía en la tradición nacional y Núremberg en la conciencia de la humanidad

Gianella Bardazano

Introducción

Acerca de la historia de los efectos de las leyes

Este artículo problematiza las estrategias políticas y jurídicas que, desde la salida de la dictadura, se han propuesto para enfrentar el tratamiento específicamente judicial penal de las violaciones a los derechos humanos. Se analizan diferentes interpretaciones recibidas por el texto de la ley 15.848, en especial algunas que, por tratarse de interpretaciones de órganos aplicadores de derecho que tienen una especial significación por la jerarquía institucional de sus decisiones, son claves para tener una visión de los distintos sentidos normativos que ha recibido el mismo texto dispositivo. En otras palabras, se hace referencia a la historia efectual o historia de los efectos de la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado (Gadamer, 2001), entendiendo por tales, los sentidos normativos que le han sido asignados con una finalidad práctica. La importancia atribuida a la referencia situacional de la interpretación nos remite a la teorización hermenéutica en cuanto a la noción de horizonte de sentido:

Todo presente finito tiene sus límites. Al concepto de la situación le pertenece esencialmente el concepto de horizonte [que consiste] en el ámbito de visión que abarca y encierra todo lo que es visible desde determinado punto (Gadamer, 2001: 372).

lo cual explica el carácter efectual o de aplicación de la interpretación, así como la incidencia de los contextos políticos en la delimitación de los sentidos jurídicos. El enfoque se justifica, desde la teoría del derecho, en la distinción entre *disposición* (enunciado del discurso de las fuentes) y *norma* (sentido atribuido a la disposición por los intérpretes autorizados) como entidades diferenciables (Tarello, 1980; Guastini, 1993); tal que hubo diferentes normas como resultado de la actividad de los intérpretes aplicadores históricos, es decir, diferentes sentidos normativos atribuidos a las disposiciones de la ley por intérpretes históricamente situados. Partiendo de una serie de decisiones normativas (administrativas, legales y judiciales) se ofrece un panorama de los diferentes alcances y sentidos normativos que le fueron atribuidos al mismo texto entre 1986 y 2013; alcances y sentidos que implicaron consecuencias prácticas (individuales y colectivas) disímiles, en tanto de cada atribución de sentido

se sigue una norma jurídica distinta. Se pretende exponer algunos de los argumentos más relevantes en el campo dogmático, así como su análisis desde el punto de vista de la teoría general del derecho, en el entendido de que las construcciones dogmáticas obedecen a un cierto modo de concebir el derecho, que opera como presuposición implícita, y por ello, la dogmática puede ser entendida como un concepto histórico, como una tradición de pensamiento que se constituye en un determinado tiempo, como un discurso históricamente constituido (con componentes teóricos, ideológicos y prescriptivos). Las elaboraciones de la dogmática son estructuras o esquemas conceptuales que se constituyen históricamente. Son especialmente tenidos en cuenta los siguientes momentos interpretativos: la fijación del texto de la ley, la sentencia de la SCJ que declara la constitucionalidad de los arts. 1.º, 2.º, 3.º y 4.º de la ley de caducidad (sent. 184/1988), el informe 29/92 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), la interpretación perforadora¹³² del Poder Ejecutivo en el período 2005-2009, la sentencia de la SCJ que declara la inconstitucionalidad de los arts. 1.º, 3.º y 4.º de la ley de caducidad (sent. 365/2009), el fallo Gelman vs. Uruguay de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), la ley 18.831 y las sentencias de febrero, marzo y abril de 2013 por las cuales la Suprema Corte de Justicia (SCJ) declara la inconstitucionalidad de los arts. 2.º y 3.º de la ley 18.831 y, por tanto, su inaplicabilidad en los casos concretos en los cuales se promovió el recurso.

Acerca de los intérpretes del derecho en general. El papel de la dogmática

La atribución de significado a los materiales normativos está condicionada por la ideología y las elaboraciones dogmáticas de los juristas (Tarello, 1980; Guastini, 1993; Moreso, 2003). La interpretación de los enunciados de las fuentes del derecho es una de las tareas centrales de la doctrina o dogmática jurídica. Del tema de las respuestas jurídicas a las violaciones de derechos humanos cometidas por el Estado se ocupa la doctrina cuyo objeto es sistematizar disposiciones, construir interpretaciones y argumentos técnicos plausibles, a partir de fuentes nacionales o de derecho penal internacional y derecho internacional de los derechos humanos, según el área de trabajo doctrinario específico. Los intérpretes aplicadores se sirven de esas elaboraciones doctrinarias para dar una respuesta institucional a los casos que se les presentan. Todas las interpretaciones son realizadas con cierto propósito. Son «motivadas por ciertos intereses prácticos» (Ross, 1961: 160). El discurso dogmático no suele explicitar los presupuestos ideológicos ni su funcio-

132 Denominación con la que se hace referencia a la interpretación promovida por el Poder Ejecutivo en el gobierno de Tabaré Vázquez en ejercicio del art. 3.º. Véase artículo de Ana Laura de Giorgi, especialmente la similitud con la estrategia en Argentina relativa a las «grietas» de las leyes de impunidad (Sikkink, 2011: 77).

nalidad a un determinado tipo de Estado,¹³³ por lo que —al igual que ocurre en el discurso judicial— la relevancia de los condicionamientos históricos y los intereses económicos o políticos en la determinación de cuáles son las fuentes normativas reconocidas y cuáles son las interpretaciones propuestas es banalizada mediante el recurso a un discurso con pretensiones de cientificidad en el caso de la doctrina y de neutralidad en el caso de los aplicadores. Una de las cuestiones que las propuestas dogmáticas dedicadas a la primacía de las fuentes internacionales omiten mencionar (contribuyendo con ello a la simplificación del debate público) es el déficit de dignidad o legitimidad democrática¹³⁴ que puede ser atribuido a las decisiones convencionales, consuetudinarias, doctrinarias o judiciales del sistema internacional, frente a decisiones de la ciudadanía o de sus representantes. Desde la tradición hermenéutica de la filosofía se atribuye a la corriente principal de la dogmática jurídica la ilusión de que existe una separación real entre el derecho y su interpretación, calificándolo como una autocomprensión falaz. Es «precisamente la relación intrínseca y dialéctica entre interpretación y tradición lo que constituye el status ontológico del derecho» (Tontii, 2002: 120). Existen al menos cinco modos de transmisión de

133 La función de la dogmática en cada uno de sus campos de trabajo, siendo la principal proveedora de soluciones normativas para la tarea de aplicación a cargo de los tribunales, puede ser funcional al Estado de derecho o al Estado de policía (nos referimos a la tensión entre tipos de Estado que alude al conflicto entre derecho y poder); puede apuntalar al Estado de derecho o puede destruirlo (Zaffaroni, 1994: 82). Por tanto, si el Estado de derecho es el horizonte normativo, el modelo o ideal regulativo al que se recurre para evaluar y criticar los estados institucionales fácticamente alcanzados, prestar atención a los presupuestos ideológicos de la dogmática y a la integración de los tribunales, resulta fundamental para comprender cuál es el derecho y para predecir el rumbo de las decisiones judiciales. Más allá de las dificultades epistemológicas que acarrea realizar una distinción entre lo genuinamente descriptivo y lo genuinamente normativo, es importante tener en cuenta la trascendencia de reconocer aquello preponderantemente descriptivo de una teoría (por ejemplo, la tesis de la discrecionalidad judicial propuesta por el positivismo jurídico) y distinguirlo de las pretensiones normativas de un modelo teórico o de una determinada elaboración de filosofía política o moral (acerca del derecho, la justicia, la democracia, la pena, el sujeto, la comunidad o las instituciones, por ejemplo). Del mismo modo, es relevante recordar las diferentes consecuencias prácticas del uso estratégico o instrumental del discurso jurídico, por un lado, y de su uso comunicativo, racional y argumentativo, por otro. Este último requeriría, en el terreno de la discusión pública o de las decisiones institucionales, la posibilidad de universalización, esto es: la disposición a evaluar y juzgar del mismo modo casos similares. Esa disposición es un requisito del empleo del lenguaje normativo de los derechos humanos.

134 Nos remitimos al desarrollo de la noción de «elitismo epistémico», que se opone al origen en la deliberación democrática (Nino, 2006). Además, el problema está vinculado a la crisis de la noción de «soberanía», así como a la traslación del poder de los Estados a instancias regionales o internacionales y el debilitamiento del control ciudadano que dichas instancias implican. Si bien la literatura dogmática presenta el punto como obsoleto y superado, desde el punto de vista de la teoría del derecho sigue siendo problemático el carácter de «derecho» de la normativa de fuente internacional, en la medida que la adhesión a sus reglas, principios y directrices es una cuestión voluntaria de los Estados. Y la problematización se extiende a la posibilidad de los órganos jurisdiccionales y consultivos regionales e internacionales de hacer cumplir sus decisiones.

la tradición en el derecho y los cinco son inherentemente actividades interpretativas: la dogmática jurídica, los precedentes, las prácticas jurídicas, la legislación y la educación jurídica¹³⁵ (Tontii, 2002). Si bien cada uno de ellos podría ser abordado en profundidad como una dimensión de análisis de la historia jurídica de la ley de caducidad, el presente texto se limita a recorrer algunas de las interpretaciones de dicha ley, sus presupuestos normativos y sus consecuencias prácticas. En tanto los textos normativos son susceptibles de interpretaciones contrapuestas en la perspectiva sincrónica, y de interpretaciones mutables en la perspectiva diacrónica, la norma jurídica individual no puede ser sino el resultado de la actividad interpretativa. La «literalidad de la ley», el «espíritu de la ley», la «voluntad del legislador» o la «conciencia jurídica de la humanidad», al igual que los argumentos provistos por la dogmática jurídica, constituyen tópicos consensuados por los participantes (que tienen el punto de vista interno) en el sistema jurídico, desde y a partir de los cuales pueden justificarse discursivamente diferentes soluciones normativas a partir de los materiales (fuentes) a disposición de los intérpretes, pero no son entidades pasibles de ser descubiertas en una pura actividad cognoscitiva (Bardazano, 2008: 35).

Algunas precisiones conceptuales

Ideología judicial y fuentes

Una cuestión a tener presente —a modo de premisa teórica que articula una descripción operativa de lo que se decide en nombre del derecho y sus consecuencias individuales y colectivas— es una particular noción de ideología judicial asociada a la ideología normativa de los tribunales, que se vincula a los criterios empleados por estos para reconocer las fuentes del derecho. Lo anterior supone entender por *fuentes de derecho* todos aquellos elementos que influyen en el fundamento de las decisiones judiciales, con lo cual no se alude a las fuentes formales del derecho (a las que se refiere tradicionalmente la literatura jurídica), sino a una noción de *fuentes* con una connotación más realista. La doctrina de las fuentes está forzada a incluir las fuentes materiales, ya que la real significación del concepto material de fuentes está en la referencia a factores que, sin poseer al principio el sello formal de la validez jurídica, contribuyen a motivar las decisiones judiciales directamente en virtud de su contenido (Ross, 1961: 156).

Lo dicho rompe con el dualismo tradicional en el concepto de fuentes (formales y materiales) y asume un concepto de ideología normativa de los tribunales que tiene directa relación con el modo en que estos reconocen las fuentes del derecho; tomando un concepto de corte realista (Ross, 1997: 135-142), que considera fuente todo elemento que de alguna manera influye en el fundamento de la decisión del tribunal;

¹³⁵ Sobre la importancia de las escuelas de derecho para el análisis teórico, véase Sarlo, 2012.

aquello que los tribunales toman en cuenta para decidir de un modo u otro. Esa noción realista de *fuentes* resulta operativa para visualizar con nitidez las relaciones entre derecho y política (Atria, 2003b) que el caso de la ley de caducidad ejemplifica, en la medida que lo jurídico refleja una manera controvertida de entender el pasado. La política

puede incidir en la justicia transicional por medio de la 'justicia política pura' y a través de la interferencia política con la justicia legal [...]. La influencia de los partidos políticos puede ser decisiva, pero también verse limitada por otros actores políticos (Elster, 2006: 285).

Vinculado al modo en que los tribunales reconocen, identifican o delimitan el derecho está, precisamente, el criterio demarcatorio de qué es lo que obliga jurídicamente en una comunidad. Nos referimos a una práctica que tiene que ver con aquello que esas personas —los aplicadores— consideran vinculante y que, en definitiva, desde el punto de vista teórico, es fundamental para saber qué están pensando los tribunales acerca de cuál es el derecho de su comunidad en un determinado momento. Es decir, la regla de reconocimiento o el criterio empleado por los tribunales para identificar el derecho válido está conformada por las prácticas de esos tribunales con relación a cómo identifican e interpretan las fuentes según las cuales justificarán las decisiones concretas (Hart, 1961). Resumiendo, los aspectos formal y material de la noción de fuentes refieren a dos tipos de factores que inciden en la motivación de las decisiones:

las decisiones formales de autoridad competente, que llevan en sí mismas la garantía de la validez jurídica en forma anterior e independiente a su aplicación en una decisión judicial, y las consideraciones materiales de tipo práctico libremente hechas, ideologías y otros factores motivantes, que no poseen en sí mismos la garantía de legalidad, sino que la adquieren a través de su aplicación (1961: 156-157).

La distinción entre reglas y principios o entre legislación (interna o internacional) y «principios generales del derecho aceptados por las naciones civilizadas» y cómo los identificamos, es uno de los asuntos que se juega en la doctrina de las fuentes. Las diferentes interpretaciones de la ley de caducidad constituyen un indicador de la pugna entre un discurso dogmático que presenta como algo no problemático la validez jurídica de esos principios (sin mayores distinciones con la validez de la legislación) y un discurso teórico preocupado por dar cuenta de la importancia del rol del intérprete en la determinación de aquello que obliga jurídicamente. El discurso dogmático evita esas problematizaciones. Es la teoría la que tiene que dar cuenta de las consecuencias de esa pugna en el razonamiento práctico. El recorrido por los diferentes momentos interpretativos de la ley de caducidad y la posibilidad de juzgar penalmente como delitos imprescriptibles los actos del terrorismo de Estado dan cuenta entonces de la importancia que sigue teniendo presentar el fallo como un efecto de sentido directo de una fuente cuya validez es una garantía anterior a la aplicación: las reglas. Nos referimos a la necesi-

dad argumentativa, inherente al punto de vista interno, de reconducir las soluciones que se proponen a alguna regla escrita anterior (sea el art. 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, sea el estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, sea la resolución de la Asamblea General de la ONU que confirma los principios de derecho internacional reconocido en ese estatuto, entre otras formulaciones lingüísticas). Lo que se intentará mostrar en este trabajo es que la reconducción a fuentes cuya validez jurídica es conceptualmente incontrovertida (las reglas) se lleva adelante por la dogmática y que del grado de recepción que los tribunales hagan de esas reconstrucciones depende, en última instancia, cuál es el derecho o cuáles son las acciones que, en nombre del derecho, los tribunales entienden que deben recibir una respuesta penal. Y cuáles son las reconstrucciones dogmáticas que los tribunales reciben depende, entre otros factores, del grado de acuerdo en la comunidad jurídica (fundamentalmente academia y tribunales), de la formación de abogados y jueces, del clima institucional y de la confianza que los ciudadanos tengan en los poderes del Estado. La ficción dogmática de que el juez no crea derecho (limitándose a encontrar para aplicar un derecho preexistente) tiene una función instrumental en la argumentación de los abogados ante los tribunales, pero no nos dice nada acerca de los elementos que inciden en la determinación del derecho en cada caso.

Derecho y política

Si consideramos especialmente determinados momentos interpretativos de la ley de caducidad, como las sentencias dictadas por la Suprema Corte de Justicia (SCJ) en los procesos de inconstitucionalidad en 1988 y 2009, podría decirse que el cambio de interpretación (de la ley y de la Constitución) constituye un indicador de cambio en la ideología normativa de los tribunales, específicamente, un cambio en cuanto a la doctrina de las fuentes, es decir, en cuanto al reconocimiento de aquello que los tribunales consideran materiales normativos apropiados para fundamentar sus decisiones. Y ello tiene trascendencia desde el punto de vista de la teoría del derecho en la medida que nos referimos a un cambio en la regla de reconocimiento, en la cual tienen especial incidencia cuestiones del orden político que impactan en los sentidos de lo jurídico y que han sido determinantes en el cambio de los sentidos atribuidos a la ley 15.848. Sin embargo, la consolidación de esos cambios no puede concluirse a partir de una breve serie de decisiones judiciales, sino que necesariamente está en función de las alteraciones en la integración de los tribunales y en los criterios interpretativos de que se sirven los mismos órganos, diferentemente integrados,¹³⁶ aun cuando se

¹³⁶ No es en absoluto irrelevante tener en cuenta las diferentes integraciones de la SCJ en 1988, 2009 y 2013. Asimismo, la presencia en el Ejecutivo (aplicador del art. 3.º) del Frente Amplio, viabilizó la interpretación perforadora e incidió con ella en el pronun-

trate de la interpretación de un mismo elenco de fuentes. Como puede verse en las sentencias de la SCJ en los procesos de inconstitucionalidad de la ley 18.831 (sobre imprescriptibilidad de los delitos alcanzados por la ley de caducidad), aun cuando los tribunales recurren a elencos similares de fuentes (fuentes de derecho internacional de los derechos humanos y de derecho penal internacional) no necesariamente las normas jurídicas individuales construidas son coincidentes, en la medida que juegan entre las premisas argumentales de cada decisión, argumentos dogmáticos que plantean diferentes caminos para resolver conflictos entre principios o entre fuentes, así como diferentes reconstrucciones de cuál era el derecho antes de la decisión concreta. Las diferentes posibilidades de respuesta a la cuestión de los principios de legalidad y de irretroactividad de la ley penal más gravosa son una muestra de la relevancia de aceptar los presupuestos teóricos e ideológicos de la labor dogmática, así como el grado de incidencia que tienen en las prácticas judiciales las diferentes reconstrucciones dogmáticas del derecho.

Antecedentes inmediatos de la ley 15.848¹³⁷

La agenda parlamentaria de marzo de 1985 y la ley de amnistía

En marzo de 1985 el Parlamento tuvo a consideración varios proyectos de ley de amnistía que contenían soluciones más o menos amplias con relación a los delitos y personas alcanzados; algunos excluían los delitos cometidos por civiles o militares y policías,¹³⁸ otros excluían o

ciamiento de la Corte en 2009. También es importante recordar que la designación de los miembros de la Corte es competencia de la Asamblea General, de conformidad con lo establecido en el art. 236 de la Constitución. No se trata de cargos provistos en virtud de un régimen de ascensos o concursos, sino que la voluntad del sistema político incide directamente en la integración de la Corte. Que la falta de acuerdos haya determinado que la integración del máximo órgano del Poder Judicial se produzca, en general, de acuerdo al mecanismo subsidiario previsto en la Constitución (designación automática del miembro de los tribunales de apelaciones con mayor antigüedad en el cargo) es otro dato que no debe descuidarse en los análisis de las decisiones judiciales, ya que ello ha fortalecido el corporativismo judicial.

¹³⁷ Para un análisis histórico de los debates legislativos, nos remitimos a Broquetas (2009).
¹³⁸ El proyecto presentado por el Frente Amplio, establecía que quedaban «excluidos de la amnistía los delitos cometidos por civiles, funcionarios policiales o militares, equiparados o asimilados, fueran autores, coautores o cómplices de tratamientos inhumanos, crueles o degradantes, o de la detención de personas luego desaparecidas, y por quienes hubieran encubierto cualquiera de dichas conductas». Extendía la exclusión a los delitos cometidos por móviles políticos «por personas que hubieren actuado amparadas en su cargo o protegidas por el poder público, o haciendo uso de este en cualquier forma» (C. S., diario de sesiones, 7-8/3/1985: 192). En forma similar, el proyecto de los senadores del Partido Nacional limitaba la amnistía a quienes no se hallaren en ejercicio de la función pública, solución que es justificada en la exposición de motivos señalando que «los beneficiarios no son, pese a la generalidad de la ley, todos los eventuales responsables de los delitos referidos. Se excluye a los funcionarios públicos que los hubieran cometido en ejercicio del cargo o valiéndose del poder que este les confiere»; añadiendo que la amnistía «persigue la solución del problema de los presos políticos y de quienes, requeridos por la justicia militar, pueden llegar a serlo» (C. S., diario de sesiones, 7-8/3/1985: 187).

incluían¹³⁹ los «delitos de sangre»,¹⁴⁰ o bien, establecían limitaciones del beneficio para esos delitos; algunos no incluían en su redacción la expresión «delito político»¹⁴¹ o tomaban diferentes fechas (y por tanto, diferentes hechos penalmente relevantes) para establecer el comienzo del período abarcado por la amnistía.¹⁴²

El art. 1.º de la ley 15.737 (Ley de Amnistía o Ley de Pacificación), sancionada el 8/3/1985 establece la amnistía de los delitos políticos y delitos comunes conexos con delitos políticos, cometidos a partir de enero de 1962,¹⁴³ y el art. 5.º excluye expresamente del beneficio a

139 La exposición de motivos del proyecto del Frente Amplio señala que la amnistía evidencia el olvido social de los hechos que abarca, así como muestra un espíritu superior de concordia y reencuentro; por lo cual es una herramienta valiosa en el camino hacia la paz, que ha estado presente en la historia nacional a los efectos de eliminar «las huellas más dolorosas de los conflictos políticos y emprender la reconciliación». Sin embargo, también afirma que lo extraordinario de la situación que busca atender el proyecto, «obliga a recurrir a la amnistía general e ilimitada, descartando el indulto», sin distinciones (C. S., diario de sesiones, 7-8/3/1985: 194-196).

140 El proyecto del Poder Ejecutivo exceptuaba de la amnistía a los autores, coautores y cómplices de delitos de homicidio intencional consumados, pero no excluía a los reincidentes o habituales. El proyecto de la Unión Colorada y Batllista (UCB) exceptuaba de la amnistía un elenco más amplio de delitos ni incluía a reincidentes o habituales. El proyecto del Partido Nacional preveía el indulto para los delitos comunes graves e incluía en la amnistía a los reincidentes o habituales. El proyecto del Frente Amplio establecía la denominada «amnistía general e irrestricta», incluyendo expresamente a delitos de lesa nación, contra la patria, contra el orden interno del Estado y contra la paz pública, y en general, todos los delitos cometidos por motivos políticos y los comunes conexos con los anteriores, cualquiera fuera el bien jurídico lesionado.

141 Es el caso del proyecto presentado por la UCB, cuya exposición de motivos sostiene que tiene «la virtud adicional de evitar la utilización dentro de la ley del concepto de 'delito político', sobre cuyas definición y caracteres resulta casi imposible aunar criterios» (C. S., diario de sesiones, 7-8/3/1985: 184). El indulto era la solución prevista por el proyecto del Partido Nacional para los casos de delitos comunes graves (C. S., diario de sesiones, 7-8/3/1985: 186).

142 El proyecto presentado por senadores del Partido Nacional incluía «la amnistía de todos los delitos políticos y conexos con delitos políticos cometidos a partir del 1.º de enero de 1964, por quienes no se hallaren en ejercicio de la función pública o, aun siendo funcionarios públicos, no los hubieren cometido en ejercicio del cargo o valiéndose del poder que este les confería» (C. S., diario de sesiones, 7-8/3/1985: 185). La exposición de motivos justifica el ámbito temporal «por ser a partir de ese año que comenzó a operar en el terreno delictivo la organización cuyos integrantes serán ahora amnistiados» (C. S., diario de sesiones, 7-8/3/1985: 187). El proyecto presentado por senadores del Frente Amplio es el que contiene el más amplio ámbito subjetivo y el más extenso ámbito temporal, estableciendo la «amnistía general para todos los delitos cometidos por móviles directa o indirectamente políticos, o comunes conexos con aquellos que hayan sido ejecutados hasta la sanción de la presente ley» (C. S., diario de sesiones, 7-8/3/1985: 189). El proyecto presentado por la UCB refería a los delitos previstos en la ley 14.068 de 1972 (ley de seguridad del Estado); a los delitos contra la patria, contra el orden político interno del Estado y contra la paz pública previstos en el Código Penal, y los ataques a la fuerza moral del Ejército y la Marina (art. 58 Código Penal militar) que hubiesen sido cometidos por civiles. Incluía, en los arts. 6.º y 7.º, la amnistía de otros delitos comunes, pero en todos los casos excluía a los reincidentes o habituales y los delitos contra la personalidad física del hombre, la privación de libertad y actos de terrorismo político (C. S., diario de sesiones, 7-8/3/1985: 182-184).

143 La ley establece que respecto a los autores y coautores de delitos de homicidio intencional consumados, la amnistía operaba habilitando la revisión de las sentencias de acuerdo a lo que prevé el art. 9.º; esto es: fijando un plazo de 120 días para que los tri-

conductas a las que referirá luego la ley 15.848 (Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado).¹⁴⁴ En ese sentido, se establece que

quedan excluidos de la amnistía los delitos cometidos por funcionarios policiales o militares, equiparados o asimilados, que fueran autores, coautores o cómplices de tratamientos inhumanos, crueles o degradantes o de la detención de personas luego desaparecidas, y por quienes hubieren encubierto cualquiera de dichas conductas —extendiendo la exclusión a— los delitos cometidos aun por móviles políticos, por personas que hubieren actuado amparadas por el poder del Estado en cualquier forma o desde cargos de gobierno.¹⁴⁵

Este artículo será derogado tácitamente por la ley de caducidad.

Intentos de respuesta penal para militares y policías

• En junio de 1985, los senadores Aguirre, Batalla, Martínez Moreno y Zumarán, presentaron un proyecto de ley que incluía propuestas normativas¹⁴⁶ excepcionales para la investigación por la justicia penal ordinaria de violaciones graves a los derechos humanos teniendo en

bunales de apelaciones resolvieran si había habido mérito para la condena, pudiendo dictar sentencia de absolución o de condena. En caso de dictar sentencia de condena, se estableció como criterio de liquidación de la nueva pena, la proporción de tres días de pena por cada día de privación de libertad efectivamente sufrida.

144 A su vez, por el art. 15 de la ley 15.737 se aprueba la CADH y por el art. 16 se reconoce la competencia de la CIDH y la Corte IDH. Este reconocimiento, en la medida que implica la aceptación de la obligatoriedad de las decisiones de la referida Corte y que esa obligatoriedad se ha postulado en el ámbito doctrinario aun para la atribución de responsabilidad penal, podría suscitar —si bien no se trata de un tribunal penal— la consideración del principio del juez natural; esto es: una garantía del debido proceso que requiere no ser juzgado por un tribunal *ad hoc*, sino solo por tribunales constituidos (y cuya competencia haya sido fijada) con anterioridad a los hechos juzgados. En el mismo sentido, las propuestas de jurisdicción incluidas en los proyectos presentados por el Partido Nacional o por los senadores Zumarán y Batalla, podrían suscitar reflexiones en el mismo sentido, ya que atribuían competencia a la SCJ y a los tres tribunales de apelaciones en lo penal que existían entonces en la capital. Por otra parte, la cuestión del juez natural (solución que surgía a partir de lo dispuesto en el art. 5.º de la Ley de Amnistía) y la prohibición constitucional (art. 19) de los juicios por comisión, vuelve a ser un tema a incluir cuando en la actualidad se reclama por organizaciones sociales, legisladores y otros actores políticos, la creación de juzgados penales especializados, que se ocupen de llevar adelante los procesos relativos a las violaciones de derechos humanos en el período abarcado en la ley de caducidad. Si bien las prácticas penales internacionales y varias soluciones nacionales en los procesos transicionales no han recibido ese principio, la cuestión debe ubicarse en la justificación de la solución excepcional en cada caso (Nino, 2006; Elster; 2006; Werle, 2005; May, 2005; Maguire, 2010); es decir en cuáles son las acciones alcanzadas en los diferentes momentos históricos cuando se hace referencia a los «actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional». Esa es la excepción prevista en el art. 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) al principio de legalidad previsto en el art. 15.1 y a lo previsto en el 14. El Pacto fue suscrito por Uruguay en febrero de 1967 y aprobado por la ley 13.751 de 1969.

145 Si bien el primer inciso del texto finalmente aprobado no hace mención a los civiles (que se incluían expresamente en el proyecto de ley del Frente Amplio), la redacción del segundo inciso los comprende.

146 Estas propuestas estarán luego incluidas en el proyecto de ley presentado por Zumarán y Batalla en diciembre de 1985. Ninguno de los dos proyectos pasó de la comisión al plenario de la Cámara de Senadores.

cuenta, según surge de la exposición de motivos,¹⁴⁷ la necesidad de prevenir el riesgo para la vigencia de los derechos humanos en el futuro que constituía la impunidad, según consignaba la resolución de la CONAPRO de 26 de octubre de 1984. Para ello, y teniendo en cuenta la «importancia que una sociedad democrática reconoce a los dictámenes de la justicia independiente, la concepción de la separación de poderes» y a que son las garantías del proceso penal las que otorgan certeza respecto de la «determinación jurídica y material de los hechos», se consideraba necesario «dotar al Poder Judicial de los instrumentos jurídicos reales que permitan el efectivo cumplimiento de la investigación». Esos instrumentos eran el relevamiento del secreto a funcionarios, tornando preceptivo el suministro de la información requerida por los tribunales, y dejar sin efecto los privilegios que las leyes confieren a oficiales generales y superiores de las Fuerzas Armadas (FF.AA.) para responder por informe. En los párrafos finales de la exposición de motivos se manifiesta que «Verdad y Justicia son los valores que se persigue alcanzar, en el entendido de que el primero es el supuesto del segundo».

• En diciembre de 1985 los senadores Zumarán y Batalla presentaron en la comisión del Senado un proyecto que establecía normas procesales y de competencia para la investigación judicial de violaciones a los derechos humanos. En la exposición de motivos expresan que con su aprobación nuestro país se afiliará a la tendencia seguida por la mayoría de la comunidad internacional, que, a partir de los principios reconocidos por el estatuto del Tribunal de Núremberg —confirmados por la Asamblea General de las Naciones Unidas y aceptados por Uruguay— ha tipificado los delitos de lesa humanidad, que abarcan las violaciones más agudas y vituperables de los derechos humanos (C. S., diario de sesiones, 12/12/1985: 195).

Además de la declaración de adhesión a esa doctrina, el proyecto incluía modificaciones a la legislación, confiriendo jurisdicción de primera instancia a los tribunales de apelaciones en lo penal;¹⁴⁸ en el art. 5.º establecía el deber de toda persona de prestar información y facilitar el diligenciamientos de prueba; relevaba del deber de guardar secreto de naturaleza política, militar, administrativa o relacionada con la seguridad nacional, quedando los funcionarios que deban revelar o permitir el acceso a los secretos mencionados, de acuerdo al art. 6.º, incluidos en la causa de justificación prevista en el art. 28 del Código Penal (cumplimiento de la ley) con relación a los delitos de revelación

de secretos. Se autoriza al sumariante a solicitar información de las personas comprendidas en los arts. 5.º y 6.º, bajo apercibimiento de considerárseles incurso en el delito de desacato. Establecía que las víctimas o sus familiares podrían proponer pruebas en el proceso, del mismo modo que podrían hacerlo las organizaciones especialmente dedicadas a la defensa de los derechos humanos (C. S., diario de sesiones, 12/12/1985: 198).

• La decisión de la SCJ¹⁴⁹ que resolvía la contienda de competencia entre la justicia militar y la justicia ordinaria (Sent. 463/1986, de 19/11/1986) para entender en las denuncias penales sobre violaciones a los derechos humanos, que habían comenzado a presentarse luego de la sanción de la ley 15.737, constituye uno de los antecedentes normativos más relevantes de la sanción de la ley 15.848. En efecto, la Corte entendió que la justicia ordinaria era la competente, a partir de lo dispuesto en el art. 253 de la Constitución acerca del alcance de la jurisdicción militar. Los jueces militares que integraron la Corte a los efectos de esta decisión sostuvieron que era competente la justicia militar. Antes del fallo, el 28/8/1986, el Ejecutivo envió a la Asamblea General un proyecto de ley de amnistía, con declaratoria de urgente consideración, desistiendo de perseguir penalmente los delitos cometidos por funcionarios militares o policiales y decretando la clausura de todas las «indagaciones o procedimientos en curso respecto de los actos comprendidos en la amnistía», y afirmando en el mensaje a la Asamblea que las contiendas de competencia habían enlentecido el trámite de las denuncias en la justicia ordinaria y que esa circunstancia debía ser apreciada políticamente¹⁵⁰ (C. S., diario de sesiones, 28/9/1986: 3). La decisión favorable a la jurisdicción de la justicia ordinaria y las citaciones a militares a concurrir ante los jueces penales son considerados acontecimientos que aceleraron el proceso de sanción de una ley que asegurara la impunidad penal. El debate parlamentario de 19 y 20 de diciembre de 1986 exhibe el uso que se hizo, especialmente por los legisladores del Partido Nacional,¹⁵¹ del anuncio de militares de no concurrir ante los jueces penales, interpretado como la advertencia de

149 Con igual integración que en oportunidad de rechazar la inconstitucionalidad de la ley de caducidad en 1988.

150 En ese sentido, teniendo en cuenta que la integración de la Corte no varió en ese período, parece razonable problematizar las contradicciones entre lo resuelto en las contiendas de competencia y, poco después, la posición mayoritaria de la Corte en cuanto a la constitucionalidad de la ley.

151 Las propuestas de colorados y frenteamplistas que, de acuerdo a las intervenciones de algunos senadores nacionalistas están a consideración, son descritas, respectivamente, como «una amnistía que equivale a decir: 'colaboren y declaren que no hay tales delitos'» y como una propuesta «a lo Robespierre: 'salgamos a las barricadas y traigámoslos'» (senador García Costa; C. S., diario de sesiones, 19-20/12/1986: 28). La propuesta mencionada en segundo término, según surge de las actas parlamentarias, fue presentada individualmente por legisladores del Frente Amplio y hacía referencia a pasar a retiro y privar de beneficios jubilatorios a los militares que desacataran la autoridad del Poder Judicial.

147 La denominación del proyecto es «Derechos humanos. Se establecen normas para la investigación de violaciones graves» (C. S., Comisión de Constitución y Legislación, Distribuido 155/1985).

148 Para el procesamiento, el archivo o la clausura del presumario intervendría el tribunal en pleno y en las diligencias presuntivas y todo el proceso hasta la ampliación sumarial inclusive estaría a cargo de un solo Ministro (sumariante). En los recursos contra las providencias del Ministro sumariante la segunda instancia correspondería al propio tribunal y en los recursos contra las sentencias del tribunal la segunda instancia tendría lugar ante la SCJ.

un inexorable e inminente quebranto de la institucionalidad que evidenciaba que la transición aún no había culminado y que ello demostraba que los reales alcances del Pacto del Club Naval eran diferentes de los que se había presentado expresa y públicamente.¹⁵² Respecto del período de transición el senador Cigliuti, describiendo lo que entendía como un necesario «gesto político que permitiera superar una grave crisis», sostuvo que el mismo «permanece mientras existan problemas que reclamen transacciones» y que el Pacto del Club Naval tuvo el mérito de posibilitar la transición aunque no pudo preverlo todo, dejando sin definir cuestiones acerca de las cuales

no se logró un acuerdo satisfactorio y definitivo [...]. ¿Cómo se va a pactar con un gobierno extraconstitucional y se va a considerar que puede dejarse de lado la situación en la que van a estar esas mismas personas cuando se pase del régimen extralegal al constitucional?¹⁵³ Eso es obvio. [...]. Ahora no se trata de una amnistía sino del afianzamiento de las instituciones políticas... (C. S., diario de sesiones, 19-20/12/1986: 30).

En definitiva, resuelto judicialmente el tema, las citaciones para comparecer ante la justicia ordinaria y sus eventuales consecuencias, hacen parte fundamental de la argumentación parlamentaria que justifica la aprobación de la ley 15.848.

• El carácter coercitivo de la transición facilita las posibilidades de la *justicia retroactiva* (empleamos la denominación de Nino, 2006), en la medida que la fuerza requerida para desplazar un gobierno autoritario también puede abarcar el castigo a las violaciones de derechos humanos. Por el contrario, si la transición se realiza mediante negociaciones destinadas a obtener consensos, la justicia retroactiva posee limitadas posibilidades de éxito (Nino, 2006: 182). El caso uruguayo (Elster, 2006; Nino, 2006; Sikkink, 2011) se incluye en este segundo tipo (teniendo en cuenta las negociaciones entre los partidos políticos y las FF.AA. que tuvieron lugar a lo largo de la década de los ochenta, a la presencia del general Medina en el primer gobierno del presidente Sanguinetti, al tipo de deliberación que precedió a la aprobación de la ley de caducidad, a las diferentes aplicaciones del art. 4.^o¹⁵⁴ de la referida ley, entre otros acontecimientos). Nino (2006) agrega una clasificación de los procesos de democratización según su estatus jurídico,

152 Acto Institucional n.º 19 y creación de la Concertación Nacional Programática (CONAPRO).

153 En el mismo sentido, el senador Singer manifiesta que «perder de vista la esencia política de este problema es incurrir en puerilidades [...]. ¿Alguien puede entender que esos pactantes puedan ponerse de acuerdo sobre la base de que se está negociando para salir de una situación y que después, aquellos que incurrieron en violaciones de derechos humanos —o lo que fuere— van a ir presos?» (C. S., diario de sesiones, 19-20/12/1986: 50).

154 Es interesante recordar, por ejemplo, los diferentes alcances e intenciones de búsqueda de la verdad del llamado «Informe Sambucetti» (por el fiscal militar encargado de la elaboración de un informe luego de la aprobación de la ley 15.848, durante el primer gobierno del presidente Sanguinetti, que no arrojó resultados); la constitución de la Comisión para la Paz y su integración plural (en el gobierno del presidente Batlle); y las investigaciones arqueológicas y la *Investigación histórica sobre detenidos desaparecidos* (en el gobierno del presidente Vázquez).

en procesos de ruptura (Alemania y Japón), de continuidad (Europa oriental, España y Chile) o de restauración (Uruguay y Argentina), lo cual también es relevante para el éxito de la justicia retroactiva. Concretamente, la restauración supone la opción por recuperar los límites jurídicos de la Constitución anterior al período autoritario. La opción por la competencia de los jueces letrados de la justicia ordinaria y que no hayan prosperado propuestas como la del proyecto de los senadores Zumarán y Batalla constituyen indicadores de la intención restaurativa. En el mismo sentido, la Asamblea General electa en 1984 no concretó lo establecido en el Acto Institucional 19 sobre la realización de una asamblea constituyente, sino que consideró que el texto constitucional vigente seguía siendo el de 1967. La identificación mayor o menor de la sociedad con las víctimas o con los autores de las violaciones de derechos humanos y la forma procedimental que adopten los juicios también son factores que se toman en cuenta para evaluar el éxito de la justicia retroactiva (Nino, 2006: 188). En definitiva, vinculado a los problemas políticos de la justicia retroactiva, constituyen factores positivos para su éxito: la naturaleza coactiva del proceso de transición, la discontinuidad jurídica,¹⁵⁵ la atrocidad de los hechos, la cantidad absoluta y relativa de abusos, la identificación social con las víctimas, la restricción de los juicios y el liderazgo. Son factores negativos: la naturaleza consensuada o negociada de la transición, el período de tiempo transcurrido entre los hechos y los juicios, la identificación social con los autores de los abusos, la difusión de responsabilidad y la cohesión entre los autores (Nino, 2006: 190). El caso uruguayo presenta, como se verá, más factores negativos que positivos.

Los proyectos presentados después de las decisiones judiciales sobre contiendas de competencia

• El Poder Ejecutivo presentó, con carácter de urgente consideración (art. 168 nral. 7 Constitución)¹⁵⁶ e invocando la necesidad de una «solución política», un proyecto de ley de amnistía que fue rechazado por el Senado el 28/9/1986. El texto decretaba

la amnistía de los delitos cometidos en el período comprendido entre el 1.º de enero de 1962¹⁵⁷ y el 1.º de marzo de 1985 por funcionarios milita-

155 Esta cuestión se visualiza en la diferencia entre la facilidad institucional que implica desconocer leyes de autoamnistía (dictadas por los propios gobiernos autoritarios, como el caso abordado por la sentencia de la Corte IDH en *Barrios Altos vs. Perú o Almonacid Arellano vs. Chile*) y las leyes de amnistía, perdón o caducidad dictadas por los gobiernos posteriores. En ese sentido, la identidad de trato que la jurisprudencia de la Corte IDH otorga a la solución peruana y a la solución uruguaya, por ejemplo, no resulta del todo satisfactoria (véanse párrafos 225 a 229 de la sentencia en *Gelman vs. Uruguay*), desde el punto de vista de su justificación apoyada exclusivamente en la *ratio legis* y la irrelevancia concedida a factores políticos o de legitimidad democrática de las diferentes soluciones.

156 Establece la aprobación ficta de los proyectos enviados por el Poder Ejecutivo si el Poder Legislativo, en los plazos establecidos, no rechazó expresamente el proyecto o sancionó uno sustitutivo.

157 El período propuesto comenzaba en la misma fecha que se estableció en la Ley de Amnistía (15.737).

res o policiales, equiparados o asimilados, en acciones directa o indirectamente vinculadas a la lucha antisubversiva (art. 1.º).

La amnistía comprendía a «autores, coautores y cómplices de los delitos amnistiados y los encubridores de los mismos, hayan sido o no condenados o procesados y aun cuando fueren reincidentes o habituales» (art. 2.º). Se proyectaba, asimismo, «la clausura de todas las indagaciones o procedimientos en curso respecto de actos comprendidos en la amnistía» (art. 3.º). El mensaje del Ejecutivo a la Asamblea General alude al espíritu de pacificación con el que se sancionó la ley 15.737, hace referencia a las contiendas de competencia, al instituto de la amnistía como «una solución tradicional en nuestro país» (Pivel, 1984), compara la solución proyectada con el ejemplo español y contiene —fundamentalmente en los apartados XII, XIII y XIV— una reafirmación de la necesidad de no dejar crecer «antagonismos que enfermen la vida social y un día comiencen a pasar del dicho al hecho» (C. S., diario de sesiones, 28/9/1986: 4). Señala que está

inspirado en el propósito y la esperanza de alcanzar la pacificación del país por la vía de superar para siempre las contiendas que durante dos largas décadas enfrentaron a la sociedad uruguaya (...). Con el mismo espíritu que en marzo de 1985 se sancionó una amnistía, hoy estima el Poder Ejecutivo que debe dictarse otra, inspirada también en la más sólida tradición nacional... (C. S., diario de sesiones, 28/9/1986: 2).

Sobre el contenido de la ley aprobada en marzo de 1985 menciona que el texto aprobado por el Parlamento fue mucho más allá de la voluntad del Ejecutivo, en la medida que decretó la libertad de los autores de delitos de sangre y excluyó expresamente a funcionarios militares y policiales, pese a que no estaban en consideración en el proyecto. Agrega que, aun con esos reparos, el Ejecutivo promulgó la ley (no la vetó), como forma de contribuir a un clima nacional de paz que debía consolidarse. Otro pasaje recalca que

hay momentos en la vida de los países en que es preciso dar vuelta la hoja y reconquistar el futuro creando un clima de paz que deje atrás las confrontaciones [...] De ahí la amnistía del mes de marzo de 1985, que exoneró a quienes cometieron sin duda delitos y aun a quienes ni siquiera estuvieron detenidos por ello. De ahí la necesidad [...] de extender el ámbito de aquella medida también a los funcionarios militares y policiales que persiguieron a las organizaciones violentistas y que a veces extralimitaron su actuación (C. S., diario de sesiones, 28/9/1986: 4).

En cuanto a las investigaciones «relativas a situaciones producidas durante el gobierno de facto y de las que se desprendían posibles violaciones de los derechos humanos o crímenes, sin específica atribución de responsabilidad» se señala que estuvieron a cargo de los poderes Legislativo y Judicial y que ninguna de esas investigaciones concluyó «con el esclarecimiento de la autoría de delito ni condujo a conclusiones verosímiles sobre ello». Del mismo modo, reforzando la transmisión de un mensaje que aludía a una intención política signada por la inviabilidad de las investigaciones y la inevitabilidad de la impunidad, se afirma que ninguna de las denuncias tramitadas ante el Judicial

aportó elementos de convicción suficientes para decretar procesamientos. Se comenzaron sumarios que no llegaron a ninguna conclusión o enlentecieron su trámite en función de contiendas de competencia planteadas con la justicia militar (C. S., diario de sesiones, 28/9/1986: 3).

Ahora bien, contrariamente a lo afirmado por el Ejecutivo, el informe de la Comisión Investigadora de la Cámara de Representantes sobre personas desaparecidas, presentado en noviembre de 1985,¹⁵⁸ hacía referencia al carácter de delito de lesa humanidad de las desapariciones y contenía datos acerca de hechos, que fueron puestos en conocimiento del Poder Judicial. La exposición de motivos del proyecto del Poder Ejecutivo hace numerosas referencias al instituto de la amnistía y a la justificación de su pertinencia. En efecto, cita la obra de Pivel Devoto (1984), en cuanto

la amnistía ha sido la solución tradicional en nuestro país luego de los períodos de convulsión. También se alude el ejemplo español, afirmando que el texto legal español amnistió todos los delitos y faltas de intencionalidad política, sin distinguirse entre sus autores, con el apoyo de diversos sectores de la sociedad española (C. S., diario de sesiones, 28/9/1986: 2-3).

Acerca de la propuesta concreta, la exposición de motivos señala que se proyecta una amnistía general, lo cual constituye un rasgo consustancial a medidas de esa naturaleza y que cuenta con opiniones favorables a nivel nacional y latinoamericano, en tanto existía jurisprudencia de otros países que se había pronunciado a favor de la inconstitucionalidad de amnistías que carecían de la nota de generalidad. En cuanto a las críticas a la eficacia pacificadora de la propuesta, se señala que a ellas subyace la nefasta idea de que quienes reclaman «juicio y castigo» persistirán en su propósito más allá de la definición legal. El Ejecutivo rechaza ese argumento y afirma que

no puede aceptar [...] que una amnistía a los subversivos sea pacificadora [...] y otra a los militares y policías desate por el contrario un clima de enfrentamiento [...] es un argumento de naturaleza antidemocrática que de ningún modo puede ni siquiera considerarse [...]. Los poderes constituidos son, en una democracia, quienes tienen la facultad de decisión conforme a las reglas (C. S., diario de sesiones, 28/9/1986: 4).

Al momento de su ingreso al plenario, se somete a votación el informe elaborado por la comisión especial de amnistía por el cual se aconseja al Senado desechar expresamente el proyecto de ley presentado por el Ejecutivo y aprobar en general el proyecto presentado por senadores del Partido Nacional, con carácter de sustitutivo del que se aconseja rechazar (C. S., diario de sesiones, 28/9/1986: 8). En la discusión en la Cámara el senador García Costa expresó que el proyecto del Poder Ejecutivo explicita lo que el Partido Colorado opina sobre el tema de la violación de los derechos humanos y cuáles son sus soluciones, pero que este no ha sido de recibo en la comisión. Agrega que

el alcance del proyecto va mucho más allá de lo que el país espera y consagra concesiones que hacen peligrar la vigencia de valores de defensa imprescindibles... (C. S., diario de sesiones, 28/9/1986: 10).

158 Sección 1 (tomo IV) en Rico, 2007: 9-18.

Por su parte, en un informe redactado por senadores del Frente Amplio se afirma que

los crímenes que se cometieron usando medios y poderes del propio Estado fueron de tal gravedad, ofendieron en tal grado la conciencia ética y despreciaron de modo tan palmario la dignidad esencial del ser humano, que en la opción entre su castigo normal y su impunidad solo esta puede alterar la convivencia pacífica y solo la justicia puede restaurar el sentimiento de confianza sin el cual la paz nunca podría ser auténtica; y agrega que el Poder Ejecutivo no ha utilizado sus potestades administrativas y ha seguido una política que obstaculizó el funcionamiento regular del Poder Judicial (C. S., diario de sesiones, 28/9/1986: 5).

• El Partido Nacional presentó un proyecto de ley sobre «defensa de la democracia y de los derechos humanos», como sustitutivo del presentado por el Poder Ejecutivo. Fue rechazado por el Senado el 7 de octubre de 1986, contando con 11 votos favorables en 30, consecuencia de la situación de bloqueo que es referida por varios legisladores durante el debate. En ocasión de su presentación, la bancada del Partido Colorado votó a favor del proyecto como sustitutivo del elevado antes por el Ejecutivo, manteniendo el carácter de urgente consideración.¹⁵⁹ Fue aprobado en general el 28 de septiembre por 20 votos en 29. Se acordó un cuarto intermedio y en la siguiente sesión, el 7 de octubre fue solicitada reconsideración de la votación en general por el senador Batlle. Se aprueba por unanimidad la reconsideración. El senador Gargano manifiesta en esa oportunidad que el Frente Amplio está dispuesto a tratar el proyecto y a negociar los puntos de discrepancia sobre las bases establecidas en el informe de los legisladores frenteamplistas que integraron la comisión especial de amnistía, si el proyecto adquiriría el carácter de ley común (eliminando el carácter de urgente consideración) (C. S., diario de sesiones, 7/10/1986: 86), para lo cual era necesario el voto afirmativo de tres quintos del total de componentes de la Cámara. De acuerdo al informe de los legisladores del Frente Amplio que integraban la comisión especial de amnistía, la coalición compartía varios aspectos del proyecto. Entre otros temas, aceptaba la solución propuesta por el Partido Nacional en cuanto a que la SCJ fuera el órgano que entendiera en el juzgamiento por delitos contra los derechos humanos,¹⁶⁰ ya que esas figuras no solo están previstas en el Código Penal sino que atentan contra la declaración de derechos constitucional, y es la Corte quien tiene competencia originaria para juzgar a «todos los infractores de la

¹⁵⁹ La asignación del carácter de urgente consideración no fue acompañado por los senadores del Frente Amplio que integraban la comisión especial, si bien no tuvieron objeciones de fondo a los capítulos I, II, IV y V del proyecto. Las principales objeciones se centraron en el capítulo III, relativo al alcance de la persecución penal (C. S., diario de sesiones, 28/9/1986: 5-8). En el capítulo II se proponía una tipificación del delito de tortura y excluía como eximente de responsabilidad la obediencia al superior.

¹⁶⁰ Se establecía, en consecuencia, que el Ministerio Público en estos casos fuera ejercido por el fiscal de Corte.

Constitución, sin excepción alguna» (art. 239 Constitución). Una de las objeciones más importantes tuvo que ver con aquello que iba a investigarse. El art. 13 del proyecto establecía, recurriendo a los tipos penales del derecho penal nacional, que

las violaciones a los derechos humanos cometidas por funcionarios públicos entre el 1.º de marzo de 1967 y el 1.º de marzo de 1985, por móviles políticos o en cumplimiento de sus funciones, o amparados de cualquier forma en el poder del Estado, solo darán mérito al enjuiciamiento de los responsables cuando: a) constituyeran los delitos de homicidio, lesiones gravísimas y violación; o b) hubieren provocado la desaparición de personas, cuando configuraren alguno o algunos de los tipos previstos en los arts. 258 (supresión de estado civil), 259 (suposición de estado civil), 281 (privación de libertad) o 283 (sustracción o retención de menores) del Código Penal; y c) hayan sido denunciados ante la justicia penal ordinaria antes del día 22 de septiembre de 1986.

Se tipificaba el delito de torturas y se agregaba la agravante de torturas al delito de homicidio muy especialmente agravado. El art. 14 declaraba

precluido¹⁶¹ el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado respecto de los delitos no comprendidos en el literal c) del artículo anterior y de: a) los delitos cometidos entre el 1.º de marzo de 1967 y el 15 de noviembre de 1972 en ocasiones de enfrentamientos con los integrantes de organizaciones que, por medio de la violencia, atentaron contra la Constitución y el orden político interno; y b) toda otra violación de los derechos humanos por funcionarios públicos en las condiciones previstas en el exordio del art. 13 (C. S., diario de sesiones, 28/9/1986: 47).¹⁶²

Señala el senador García Costa, resumiendo la finalidad del proyecto presentado:

nuestros objetivos son muy claros: en el aspecto formal llevar la competencia a la Suprema Corte, y en lo de fondo acotar en materia de los delitos perseguibles y sobre aquellos que hubieren sido denunciados antes de la fecha de la presentación del proyecto (C. S., diario de sesiones, 28/9/1986: 11).

El Frente Amplio se opuso a lo previsto para el período 1967-1972 por entender que las normas penales vigentes regulaban adecuadamente las circunstancias que eximen de responsabilidad en un enfrentamiento auténtico (C. S., diario de sesiones, 28/9/1986: 7) y, en cuanto al plazo, se opuso a la propuesta de considerar las denuncias

¹⁶¹ El término *preclusión* aparece nuevamente acompañando a la *pretensión punitiva del Estado* en diciembre (C. S., diario de sesiones, 18 y 19/12/1986: 5) en el proyecto presentado por el Partido Colorado, cuyo texto se aproxima notoriamente al alcance del art. 1.º de la ley 15.848: «Declárase precluido el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado respecto de los presuntos delitos imputables a los funcionarios militares o policiales, equiparados o asimilados», cometidos con anterioridad al 1º/3/1985.

¹⁶² Tal como se mantuvo en la redacción de la ley de caducidad, que no incluyó los móviles económicos, el proyecto establecía que los delitos cometidos por funcionarios públicos en el lapso mencionado en el art. 13, con el propósito de procurar un provecho económico para su autor o para un tercero, serían competencia de los órganos competentes de la justicia ordinaria.

presentadas hasta la fecha de presentación del proyecto de ley, si bien consideró

indispensable que se incorpore un plazo para la presentación de denuncias —aunque sea breve y perentorio— cuyo cómputo comience a partir de la vigencia de la ley (C. S., diario de sesiones, 28/9/1986: 7).

La última afirmación deja ver la voluntad del Frente Amplio tendiente a la aprobación de alguna ley que limitara el plazo para denunciar violaciones a los derechos humanos ante la justicia penal. En definitiva, de acuerdo al informe de los legisladores del Frente Amplio, podía acordarse un texto legal que armonizara las disposiciones del proyecto del Partido Nacional, con las propuestas incluidas en el informe y a los arts. 6.º y 8.º¹⁶³ del proyecto de los senadores Zumarán y Batalla (C. S., diario de sesiones, 28/9/1986: 8).

La ley de caducidad. La amnistía como efecto

Legisladores del Partido Nacional presentaron un proyecto sobre «caducidad de la pretensión punitiva del Estado», cuyo eje de justificación afirmaba ser una «propuesta que desde el punto de vista jurídico puede resultar singularmente extraña», aunque entendida como «una consecuencia necesaria del cumplimiento del Pacto del Club Naval». La tesis del Partido Nacional que justifica la propuesta normativa puede resumirse del siguiente modo, conforme expresa el senador Zumarán en la sesión de 20 de diciembre: «la impunidad respecto de la violación de los derechos humanos ocurrida durante la dictadura está vigente en Uruguay desde hace veintidós meses», de modo que se trataba, según las intervenciones de quienes lo propusieron, de que la ley declarara un estado de cosas.¹⁶⁴ Las ya mencionadas decisiones de la SCJ en las

¹⁶³ Los artículos mencionados hacen referencia al relevamiento del secreto para los indagados y a la derogación del derecho de los oficiales superiores a declarar por exhorto.

¹⁶⁴ Sin embargo, cuando en 1988 se decidió la constitucionalidad, la Corte sostuvo que la Constitución no contiene previsión alguna que permita al legislador aceptar «que 'hechos' anteriores puedan alcanzar la jerarquía de una ley, porque es sumamente claro que lo puramente material o histórico no reviste la cualidad de derecho, y la ley es, por encima de toda otra cosa, el Derecho del Estado. Desde luego, es preciso admitir que la redacción y las expresiones utilizadas por el legislador —sin que ello signifique enjuiciarlas, sino simplemente verificarlo con cabal objetividad— se prestan a suponer que el Poder Legislativo obró, en la emergencia, declarando, admitiendo o 'reconociendo' que los hechos habían producido determinado efecto jurídico (caducidad). Pero esta interpretación debe rechazarse, antes que nada porque si ella fuera la exacta, supondría una grosera inconstitucionalidad a cargo de los propios representantes de la soberanía, que precisamente son los intérpretes de la Constitución (art. 85 nral. 20). No es posible suponer que el Poder Legislativo olvide por un solo instante que las leyes emanan de la voluntad de la soberanía, ejercida 'indirectamente por los Poderes representativos' (art. 82 Const.), y no de la fuerza o la inevitabilidad de ciertas circunstancias fácticas. De modo que si se optó por aludir al reconocimiento de la lógica de los hechos, esto no puede significar otra cosa que la explicitación, la exposición de los motivos o los fundamentos de la ley, que no obstante consagró por sí misma, pero no por la fuerza avasallante de acontecimientos pasados, la extinción de la pretensión punitiva del Estado. De modo que la ley

contendidas de competencia entre la jurisdicción ordinaria y la militar, a favor de la primera, así como las citaciones judiciales ante denuncias por hechos ocurridos en el período posteriormente abarcado por la ley 15.848 son elementos que permiten comparar la ideología normativa de los tribunales con relación a las fuentes, antes y después de la sanción, precisamente porque esas decisiones judiciales forman parte esencial de la motivación de los proyectos de amnistía presentados con posterioridad y, en definitiva, de los hechos determinantes de la sanción de la ley 15.848.

La sanción

El art. 1.º establece que

como consecuencia de la lógica de los hechos originados por el acuerdo celebrado entre partidos políticos y las FF.AA. 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.º 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,

dejando fuera del alcance de la ley (art. 2.º) las causas en las que existiese auto de procesamiento a la fecha de la promulgación y los delitos cometidos con el propósito de lograr un provecho económico.¹⁶⁵ Establece la obligación de requerir, por parte del juez interviniente en las denuncias, informe al Ejecutivo acerca de si el hecho denunciado se encuentra dentro del campo de aplicación de la regla establecida en el art. 1.º. En caso afirmativo, debe disponerse la clausura y el archivo de los antecedentes y, en caso contrario, continuar la indagatoria. El art. 4.º establece que,

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

y que el Ejecutivo dispondría de inmediato las investigaciones en orden al esclarecimiento de estos hechos, dando a conocer en un plazo de 120

habría decretado, pura y simplemente, lo que ella misma expresa: la caducidad de la pretensión punitiva del Estado, respecto a determinados ilícitos cometidos en el pasado» (SCJ, sent. 184/1988).

¹⁶⁵ El 30 de diciembre de 1986 el Colegio de Abogados del Uruguay (CAU) emitió una declaración señalando que los arts. 1.º a 4.º de la ley 15.848 constituían «un cercenamiento inconstitucional de poderes jurídicos esenciales, privativos de la función jurisdiccional que los arts. 233 y siguientes de nuestra Constitución atribuyen en forma privativa al Poder Judicial, infringiendo de tal forma el principio de separación de poderes, la independencia del Poder Judicial y quebrantando las bases de nuestra organización democrática» (Rovira, 1994:129).



días sus resultados. Es interesante detenerse en el art. 3.º,¹⁶⁶ que ha sido *considerado*

un verdadero punto crítico de la amnistía uruguaya. Sin dicha disposición tendiente a controlar el Poder Judicial, la ley de caducidad podría haber sido vulnerada a raíz de las disposiciones amplias del art. 1.º (Errandonea, 2008: 22).

Un aspecto crucial de la solución legislativa lo constituye «esta supremacía de lo político por sobre lo judicial», que delega en las autoridades políticas la facultad de custodiar la transición (al delegar competencias originales del Judicial) y habilita a que gobiernos futuros tenga la potestad de calibrar la viabilidad de la justicia retributiva, según las circunstancias y los argumentos de conveniencia (Errandonea, 2008: 22). Esta delegación es la que posibilita la llamada «interpretación perforadora» en la primera administración del Frente Amplio. El acto del Ejecutivo resuelve si un «caso individual es o no subsumible en el caso genérico previsto por la ley, con un efecto idéntico a la cosa juzgada», en la medida que no es revisable. Conferir ese carácter conclusivo de la causa a una decisión administrativa afecta la separación de poderes en la medida que es «un acto propio de la función jurisdiccional» (Castro, 2009: 134). La jurisprudencia de la SCJ iniciada en la sentencia 184/1988 considera que el art. 3.º no afecta la separación de poderes y por ende, es constitucional; en tanto la sentencia 365/2009 considera que la misma disposición vulnera el principio constitucional de separación de poderes, específicamente lo dispuesto en el art. 233 de la Constitución.

La declaración de constitucionalidad

Luego de sancionarse la ley, fueron presentados recursos de inconstitucionalidad en todos los casos denunciados ante el Poder Judicial, fundados en la violación de los arts. 8.º, 72, 83 y 233 de la Constitución, relativos a la separación de poderes, el derecho al debido proceso, la independencia del Judicial y la igualdad ante la ley. Ese fundamento, en la doctrina nacional, suele asociarse a una discutible afirmación desde el punto de vista teórico, cual es que la Constitución adoptó el iusnaturalismo, cuyas tesis se presentan entonces como vinculantes jurídicamente.¹⁶⁷ Parece claro que, independientemente de la indeter-

¹⁶⁶ Que establece que el juez interviniente en las denuncias, requerirá al Poder Ejecutivo que informe, dentro del plazo perentorio de 30 días de recibida la comunicación, si el hecho investigado lo considera comprendido en el art. 1.º de la ley. Si el 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 encuentra comprendido dispondrá continuar la indagatoria.

¹⁶⁷ El argumento doctrinario más aceptado por el discurso jurídico nacional prescribe la necesaria conexión con el iusnaturalismo, para afirmar la jerarquía constitucional del derecho internacional de los derechos humanos se apoya en los términos empleados en la redacción del art. 72 (junto con el art. 332) en la medida que establece que los derechos, deberes y garantías previstos en la Constitución no excluye los otros que son

minación de los enunciados constitucionales y del contenido político de las constituciones no puede tener consecuencias prácticas sostener que una teoría o una determinada concepción filosófica fue aprobada por el constituyente o el legislador. En todo caso, la redacción de algunas disposiciones constitucionales o legales nos ofrecen información acerca de qué pensaban o creían quienes las redactaron. El Ministerio Público en su dictamen aconsejó rechazar el planteo, fundando su recomendación en la presunción de legitimidad de la ley,¹⁶⁸ no correspondiendo al órgano judicial juzgar o «analizar la política legislativa, el criterio escogido al dictar la norma y pronunciarse acerca de su mérito, de su justicia u oportunidad, conveniencia o eficacia»; y que solo procede aceptar la inconstitucionalidad de una ley, «cuando surja comprobado en forma explícita e irrefragable que el Legislativo la sancionó sin estar constitucionalmente habilitado para ello». Expresa el fiscal de Corte, recurriendo al argumento de la literalidad (Bardazano, 2008), que el sentido de la ley es «claro y preciso». ¹⁶⁹ El 2/5/1988 la SCJ dictó la primera sentencia por los recursos de inconstitucionalidad presentados, desestimando la excepción de inconstitucionalidad de los arts. 1.º a 4.º de la ley 15.848 y concluyendo que «la motivación de la ley y las circunstancias extraordinarias de orden político-social que impulsaron a su sanción, constituye una autentica amnistía...». El criterio interpretativo sostenido por la Corte, citando profusa jurisprudencia de

inherentes a la personalidad humana. Compartimos la afirmación de Castro en cuanto a que «no se necesita ser iusnaturalista —como muchos creen— para afirmar que la Constitución recoge un conjunto de valores y principios de alto valor moral. Aun 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» (2009: 139). Para profundizar el análisis de la interpretación dogmática del art. 72 (que tiene como mediadora en la atribución de sentido a la interpretación de Sampay) nos remitimos a Sarlo, 2011a.

¹⁶⁸ Este principio interpretativo evidencia que el proceso de declaración de inconstitucionalidad implica la defensa de la ley, en la medida que la presunción supone considerar que entre interpretaciones alternativas, y aun siendo todas razonables, debe preferirse aquella que sea compatible con la Constitución.

¹⁶⁹ Los sentidos atribuidos a la ley por el fiscal de Corte difieren —al igual que ocurre con la Corte— en 1988 y 2009. En ocasión de los procesos que finalizaron con el rechazo de la inconstitucionalidad, los sucesivos titulares de esa fiscalía Ferrari Silva y Robatto Calcagno entendieron que el legislador había ejercido una facultad que legítimamente le concierne. Por el contrario, en el proceso que declara que la ley de caducidad es inconstitucional, el fiscal Rafael Ubiría (designado en 2007) afirma: «No se tiene el honor de compartir la posición esgrimida en sus dictámenes de la época, por los entonces Sres. Fiscales de Corte, Dr. Ferrari Silva y Dr. Rafael Robatto Calcagno (dictamen n.º 864/87) ni en líneas generales y ni en lo particular» (dictamen 1804/09). Es importante recordar que de acuerdo a lo que establece el art. 168 nral. 13 de la Constitución, la designación del fiscal de Corte corresponde al Poder Ejecutivo, con venia del Senado otorgada por tres quintos de votos del total de componentes. En ocasión de pronunciarse en el proceso de inconstitucionalidad de la ley 18.831 el titular de esa Fiscalía desde 2012, Dr. Jorge Díaz, entendió y así fue recogido en la discordia del ministro Pérez Manrique, que no corresponde ingresar al análisis de la declaración de inconstitucionalidad peticionada en tanto no se trata de disposiciones que resulten de aplicación al caso concreto (dictamen 3028/12).

la corporación, incluye entender que se trata de un problema «de naturaleza jurídica [...] aunque no se desconocen sus aspectos e implicaciones políticos» y que «tampoco resulta pertinente desentrañar el espíritu de la ley a través de las opiniones de los legisladores intervinientes en su sanción, por técnicas que ellas puedan ser». En decisiones previas (1/1980, 59/1982) afirmó que

el espíritu de la ley no es otra cosa que la voluntad del legislador solo en cuanto se extrae de la ley objetivamente considerada; la opinión del legislador, en principio [...] es irrelevante, pues pudo tener una idea particular que no trascendió al texto de los efectos normativos de la ley.

La sentencia se extiende, con enunciados que presentan como descriptivo lo normativo, en consideraciones acerca del principio de presunción de constitucionalidad de las leyes: «el contenido de las leyes se ajusta generalmente a los postulados de la Carta, y sus normas gozan de una vehemente presunción de regularidad constitucional». A continuación se repasan dos líneas argumentales.¹⁷⁰ La primera refiere a si lo dispuesto en la ley 15.848 constituye una caducidad o una amnistía y la segunda tiene relación con la afectación de la separación de poderes (vinculada a la interpretación del art. 3.º de la ley).

¿Se dispone la caducidad o la amnistía?

Argumento de la mayoría: sostiene que la caducidad coincide en sus efectos con una amnistía, la cual por imperativo legal extingue el delito y, si mediara condena, hace cesar sus efectos. Agrega que en virtud de la motivación de la ley y de las circunstancias extraordinarias de orden político-social que impulsaron su sanción, constituye una auténtica amnistía. La amnistía persigue siempre un propósito pacificador, así lo demuestra el uso del instituto en la tradición nacional y, precisamente, esa fue la intención del legislador en el caso. Enfatiza que, si bien es un acto que cercena la actividad del Judicial, constituye un acto esencialmente político, dictado en ejercicio de un poder discrecional que la Constitución confiere al Poder Legislativo y que, debe verse como un mal menor destinado a evitar delitos mayores.¹⁷¹

Argumento de los ministros discordes: no comparten la tesis que sostiene que el art. 1.º estableció una amnistía, ya que no se dan razones que justifiquen por qué, si esa fue la intención legislativa, no se empleó la terminología del art. 85 nral. 14 de la Constitución (que requiere mayorías especiales), o bien, no se optó por la derogación expresa del art. 5.º de la ley 15.737, que excluía de la amnistía a los funcionarios a los cuales alude el art. 1.º de la ley 15.848. Agregan que

¹⁷⁰ Tomamos las dos líneas argumentales siguiendo la estructura del informe sobre la sentencia realizada en Cajarville (2008), originalmente publicado como informe de la redacción de la *Tribuna del Abogado*, Boletín del Colegio de Abogados del Uruguay en 1988.

¹⁷¹ En cuanto al análisis de la inconstitucionalidad de las tres interpretaciones posibles del art. 1.º: reconoce o declara que la pretensión punitiva ha caducado, dispone la caducidad, dispone que la pretensión punitiva ha caducado o, establece una amnistía; nos remitimos a Castro (2009).

de la discusión legislativa surge que la amnistía fue rechazada por los parlamentarios. Este argumento de los ministros discordes es central en la sentencia que declara la inconstitucionalidad de la ley 15.848 en 2009, al cual se agregan interesantes argumentos propuestos por Castro (2009). La discordia de García Otero afirma que correspondía a la jurisdicción ordinaria entender en los delitos comunes cometidos por militares, en aplicación del art. 253 de la Constitución, conforme había establecido la Corte en las contiendas de competencia y que la ley 15.848 evita que ese artículo constitucional sea cumplido, teniendo en cuenta que, de conformidad con el debate parlamentario que cita, la aprobación fue para evitar la comparecencia de los militares en las sedes judiciales. Sostiene también que, de acuerdo a los arts. 4.º y 82 de la Constitución, la soberanía radica en la nación, y se ejerce directamente por el cuerpo electoral e indirectamente por los poderes representativos. Salvo en los casos de elección, iniciativa o referéndum, solo los Poderes Ejecutivo, Legislativo o Judicial, pueden ejercer la soberanía. Agrega que, la soberanía abarca la pretensión punitiva, ya que la sanción penal es aplicada por un poder que solo tiene el Estado (IELSUR, 2006). Señala Castro (2009: 135) que, para salvar la ley, la mayoría de la Corte decide reinterpretarla como amnistía, a pesar de no haber en la ley ninguna referencia a ello y a que en la discusión parlamentaria la posibilidad fue rechazada. Para afirmar que se trata de una amnistía, la sentencia se aparta de los criterios tradicionales de interpretación legislativa (argumento semántico y argumento genético), priorizando el argumento teleológico (basado en la *ratio legis*),¹⁷² y reconstruye una voluntad legal distinta de la expresada, con la finalidad de hacer compatible la ley con la Constitución. De acuerdo a la distinción 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 (citado por Castro, 2009: 135).

Afectación de la separación de poderes

Argumento de la mayoría: si el legislador podía establecer una amnistía porque lo faculta la Constitución, con más razón podía establecer criterios o límites (haciendo referencia a las potestades que el art. 3.º le otorga al Poder Ejecutivo para pronunciarse acerca de si considera que el hecho investigado o denunciado está incluido dentro del campo de aplicación del art. 1.º). Se sostiene que la exigencia de ese informe previo al Ejecutivo no afecta la independencia judicial (ni tampoco la competencia para ejercer la acción penal del Ministerio Público y Fiscal), porque se trata de presupuesto procesal o cuestión previa de las que la ley con frecuencia establece.

¹⁷² Favorecer la pacificación nacional.

Argumentos de los ministros discordes: los arts. 3.º y 4.º condicionan la actividad jurisdiccional a una decisión del Ejecutivo, que tiene eficacia absoluta, y la inconstitucionalidad es clara en la medida que en nuestro sistema constitucional, decidir quiénes son o no responsables de la comisión de delitos, así como la potestad de aplicar penas a esos delitos son funciones del Judicial. De modo que entienden que es inconstitucional condicionar la actividad jurisdiccional a una decisión del Ejecutivo, ya que compete exclusivamente a los jueces investigar y resolver sobre la responsabilidad de quienes han cometido delitos y que, por tanto, en un Estado de Derecho, es inadmisibles apartar a los jueces de su cometido constitucional y sustituirlos por órganos políticos. La discordia de Jacinta Balbela hace referencia a que la Constitución no ha asignado al Ejecutivo funciones jurisdiccionales y, por tanto, el Legislativo no puede asignárselas, así como tampoco puede resolver pleitos por medio de leyes o asignarse otras funciones jurisdiccionales que las establecidas a texto expreso (arts. 93 y 102 de la Constitución). Sostiene que la ley debe desenvolverse formalmente dentro de la estructura de la Constitución, pero en el caso, la invasión de potestades es tan notoria que el principio de presunción de legitimidad de las leyes pierde su contenido justificante. Agrega que la amnistía, que es el eje de la interpretación de la mayoría en la sentencia, fue rechazada por los legisladores, lo cual resulta del tenor de la discusión legislativa y del contexto general de la ley (IELSUR, 2006). Señala Castro que más que una presunción de legitimidad a favor de las leyes lo que hay es

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 [...]. 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 (2009: 132).

En definitiva, en la justificación de la decisión de la SCJ de 1988 a la ausencia de reconocimiento de fuentes de derecho válido en el orden normativo internacional, se suma el argumento doctrinariamente consolidado del principio de conservación de la ley.¹⁷³

173 Guastini incluye dentro de las «condiciones de constitucionalización» del ordenamiento jurídico a la denominada «interpretación conforme de las leyes», que constituye una técnica de interpretación de la ley, no de la Constitución. Coherentemente con la distinción entre *disposición* y *norma* a la que se hizo referencia en la Introducción y, teniendo en cuenta que cada interpretación de un mismo texto normativo produce una norma diversa, depende del juez elegir aquella interpretación de la ley que evite contradicciones o armonice con la Constitución (previamente interpretada) (2003: 56-57).

El Informe 29/92 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de octubre de 1992¹⁷⁴

• Luego del archivo de los expedientes en la justicia penal, de las decisiones de la Corte de 1988 y del referéndum de 1989, se presentan ante los jueces en materia civil demandas reparatorias contra el Estado. Avanzado el trámite de esos juicios en la esfera de la justicia civil, comienza el período de gobierno de Luis A. Lacalle y asume como Ministro de Defensa Mariano Brito, quien planteó a los actores (a través de los abogados de IELSUR, que eran quienes los patrocinaban) poner fin a los procesos mediante transacciones.¹⁷⁵ Finalmente, IELSUR pone a consideración del Ministerio de Defensa una fórmula transaccional que expresaba: «por los hechos articulados en el escrito de demanda y a los solos efectos de los montos reclamados, las partes acuerdan la siguiente transacción...», que fue aceptada por el Estado y homologada por los tribunales (Pan, 1994: 16). La transacción abarcó todas las demandas presentadas en esa oportunidad, recibiendo el grupo de reclamantes una suma de dinero como indemnización por los hechos denunciados, constitutivos de responsabilidad del Estado. Es relevante consignar que «la transacción en ningún momento versa sobre los hechos, sino sobre los montos reclamados por daño moral» (Pan, 1994: 17) y que el Estado reconoce en esas transacciones los hechos articulados en las demandas, «los cuales no son otros que la transcripción de las violaciones ocurridas, que fueron denunciadas ante la comisión parlamentaria y la justicia penal» (Pan 1994: 17).

• En el Informe 29/92 la CIDH declaró que varios artículos de la ley 15.848 violaban disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH). La ocasión para el pronunciamiento fue la denuncia de ocho casos presentados por IELSUR y Americas Watch, luego de la declaración de constitucionalidad de la ley por la SCJ. La argumentación de los peticionantes se apoyaba en el impedimento ocasionado por la ley para la continuación de las investigaciones judiciales, en violación a los arts. 8.1 y 25 de la CADH, de modo que la legislación doméstica operaba como obstáculo al cumplimiento de la Convención; en el indebido uso del instituto de la amnistía (que normalmente se aplica a delitos políticos).

174 Véase entrevista a Jorge Pan, presidente de IELSUR.

175 El art. 233 del Código General del Proceso establece que las partes pueden transar la litis en cualquier estado del proceso; antes de existir sentencia ejecutoriada, aun después de la audiencia de conclusión de la causa; y que el acuerdo deberá presentarse en escrito suscrito por las partes o realizarse ante el tribunal, de lo que se dejará constancia en acta. El art. 234 refiere a la eficacia de la transacción que pone fin al proceso, estableciendo que surte el mismo efecto que la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada. Durante las tratativas entre la parte actora y la parte demandada se dictan sentencias que condenaban al Estado en los casos de los detenidos desaparecidos Luis Eduardo González González y Luis Eduardo Arigón Castel.

cos que atentan contra la nación, pero en el caso, se amnistiaban comportamientos de agentes estatales que habían violado gravemente derechos humanos de los ciudadanos), y en la superioridad jerárquica de la Convención sobre la legislación interna, a partir del art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (Goldman, 1994:160-161). El Informe 29/92 establece que las denuncias plantean una cuestión de puro derecho, relativa a la compatibilidad de la ley con la CADH, que la Comisión

está obligada por inveterados principios de derecho internacional y, en particular, por disposiciones de la Convención, a llegar a una determinación acerca de si ciertos efectos constituyen una violación de las obligaciones contraídas por el Gobierno bajo la Convención

y, a propósito del argumento del Estado referido al referéndum de 1989, establece que a la Comisión no le compete pronunciarse sobre la legalidad o constitucionalidad internas de las legislaciones nacionales, sino que su competencia refiere

a la aplicación de la Convención y el examen de los efectos jurídicos de una medida legislativa, judicial o de otro carácter, en tanto en cuanto surta efectos incompatibles con los derechos y garantías consagrados por la Convención o la Declaración Americana.

La CIDH concluye que la ley 15.848 es incompatible con la CADH y recomienda a Uruguay otorgar a las víctimas peticionarias o a sus causahabientes una justa compensación, así como adoptar las medidas necesarias para esclarecer los hechos e individualizar a los responsables de las violaciones de derechos humanos ocurridas (Goldman, 1994: 168). Es interesante preguntarse por las motivaciones que tuvo la CIDH para no promover entonces la denuncia ante la Corte IDH,¹⁷⁶ que es quien tiene la legitimación activa para llevar un caso contra un Estado ante la Corte. Con posterioridad al informe —y ello ha sido mencionado por el Estado en las audiencias de seguimiento del Informe 29/92— se aprobaron leyes que establecen derechos y beneficios que el art. 6.º de la ley 18.596 (ley de reparación integral a las víctimas de la actuación ilegítima del Estado en el período comprendido

¹⁷⁶ Tal vez en este punto, además de considerar el entonces incipiente desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos y las consideraciones que puedan haberse realizado en el ámbito de la Comisión, tenga sentido pensar la incidencia que pudo haber tenido qué tipo de órgano es la CIDH, que fue creada por la OEA, luego recibió competencias adicionales a través de la CADH pero sigue siendo un órgano de la Organización, enumerado como tal en la Carta de la OEA y definido en su Estatuto como un órgano creado para promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y servir como órgano consultivo de la organización en la materia. Hay allí un punto de tipo institucional y político, que en el análisis de las estrategias de denuncia de la CIDH ante la Corte debería tomarse en cuenta, que la diferencian de la Corte (que si bien tiene vinculación con la OEA porque su estatuto es aprobado por la Asamblea General, es creada por la CADH y el art. 1.º del estatuto la define como «una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la CADH»).

entre el 13 de junio de 1968 y el 28 de febrero de 1985)¹⁷⁷ declara¹⁷⁸ que «forman parte de la reparación integral prevista en el art. 3.º¹⁷⁹

¹⁷⁷ La ley, aprobada el 18/9/2009, establece que se reconoce «el quebrantamiento del Estado de Derecho que impidiera el ejercicio de derechos fundamentales a las personas, en violación a los derechos humanos o a las normas del derecho internacional Humanitario, en el período comprendido desde el 27 de junio de 1973 hasta el 28 de febrero de 1985», así como «la responsabilidad del Estado uruguayo en la realización de prácticas sistemáticas de tortura, desaparición forzada y prisión sin intervención del Poder Judicial, homicidios, aniquilación de personas en su integridad psicofísica, exilio político o destierro de la vida social, en el período comprendido desde el 13 de junio de 1968 hasta el 26 de junio de 1973, marcado por la aplicación sistemática de las Medidas Prontas de Seguridad e inspirado en el marco ideológico de la Doctrina de la Seguridad Nacional». Establece como definición de víctimas del terrorismo de Estado incluidas en el campo de aplicación de la ley a «aquellas personas que hayan sufrido la violación a su derecho a la vida, a su integridad psicofísica y a su libertad dentro y fuera del territorio nacional, desde el 27 de junio de 1973 hasta el 28 de febrero de 1985, por motivos políticos, ideológicos o gremiales», agregando que esas violaciones deben haber sido «cometidas por parte de agentes del Estado o de quienes, sin serlo, hubiesen contado con la autorización, apoyo o aquiescencia de los mismos». Por otra parte, considera «víctimas de la actuación ilegítima del Estado [...] aquellas personas que hayan sufrido violación a su derecho a la vida, a su integridad psicofísica o a su libertad sin intervención del Poder Judicial dentro o fuera del territorio nacional, desde el 13 de junio de 1968 hasta el 26 de junio de 1973, por motivos políticos, ideológicos o gremiales», agregando también que esas violaciones deben haber sido «cometidas por parte de agentes del Estado o de quienes, sin serlo, hubiesen contado con la autorización, apoyo o aquiescencia de agentes del Estado». La ley establece también que se promoverán acciones de reparación simbólica y que en los sitios públicos donde se hayan producido violaciones a los derechos humanos de las referidas en la presente ley, el Estado colocará en lugar visible para la ciudadanía, placas o expresiones materiales simbólicas recordatorias de tales hechos; así como podrá definir el destino de memorial para aquellos edificios o instalaciones que recuerden esas violaciones y podrá determinar la celebración de fechas conmemorativas de la verificación de los hechos. Establece asimismo la expedición de un documento que acredite la condición de víctima; la asistencia médica en forma gratuita y vitalicia para algunas víctimas y familiares de víctimas; e indemnizaciones económicas en unidades indexadas para los familiares de detenidos desaparecidos o que hubieren fallecido a raíz o en ocasión del accionar ilegítimo del Estado, para las víctimas que hubieren sufrido lesiones gravísimas, las víctimas que siendo niños hayan permanecido desaparecidas por más de treinta días y, las víctimas, que habiendo nacido durante la privación de libertad de su madre, o que siendo niños o niñas hayan permanecido detenidas con su madre o padre por un lapso mayor a 180 días. Hasta diciembre de 2012 el Estado entregó 314 reparaciones simbólicas a través del documento mencionado; otorgó cobertura médica vitalicia a 158 personas y sus hijos y nietos; y pagó 267 reparaciones económicas: 77 niños nacidos en cautiverio o permanecidos detenidos con sus padres más de 180 días, 140 familias de víctimas fallecidas o desaparecidas, 44 personas que sufrieron lesiones gravísimas y 6 niños desaparecidos por más de 30 días. La suma total abonada por concepto de indemnizaciones (sin tomar en cuenta el desembolso presupuestal con miras a cumplir con la reparación en atención sanitaria) en aplicación de la ley 18.596 hasta el momento en que se escribe este trabajo, asciende a once millones de dólares americanos, en virtud de un total aproximado de 500 expedientes. La Comisión creada por la referida ley para ocuparse de su aplicación tiene a estudio una cifra similar a la mencionada, de modo que parece una predicción razonable que un monto similar todavía deba ser afectado al pago de indemnizaciones.

¹⁷⁸ Sumados a los derechos y beneficios previstos en las leyes 15.737, de 8 de marzo de 1985, 15.783, de 28 de noviembre de 1985, 16.102, de 10 de noviembre de 1989, 16.163, de 21 de diciembre de 1990, y 16.194, de 12 de julio de 1991.

¹⁷⁹ «Reconócese el derecho a la reparación integral a todas aquellas personas que, por acción u omisión del Estado, se encuentren comprendidas en las definiciones de los arts. 4.º y 5.º de la presente ley. Dicha reparación deberá efectivizarse —cuando co-

de la presente ley, dentro del marco de lo establecido por el art. 19 de la Resolución n.º 60/147 de la Asamblea General de las Naciones Unidas». La ley 18.596, en los artículos que definen a las «víctimas», termina de incorporar al discurso legal e institucional local una categoría de sujetos que desplaza a los «mártires», «héroes», «revolucionarios» o «luchadores sociales». La alternancia entre lenguajes políticos que se reflejaba entre la denuncia en el marco del sistema regional o internacional de protección de los derechos humanos y la militancia partidaria nacional, que Markarian señala respecto de los exiliados,¹⁸⁰ permitía a partidos y militantes de izquierda,

hablar de 'víctimas' y minimizar selectivamente las cuestiones ideológicas en los expedientes [...] para organizaciones internacionales a la vez que exaltaban a los 'mártires' y 'héroes' que habían consagrado sus vidas a la revolución (Markarian, 2006: 149).

La relevancia del lugar que la aprobación de leyes como consigna movilizadora ha adquirido en los últimos años ha terminado disolviendo esa alternancia entre lenguajes políticos diversos, muchas veces incommensurables. En la última audiencia de seguimiento, realizada durante el primer gobierno del Frente Amplio, el Estado mencionó, además de la aprobación de leyes reparatorias, las investigaciones arqueológicas, la investigación histórica sobre detenidos desaparecidos realizada en aplicación del art. 4.º de la ley de caducidad y los procesamientos de militares.

La interpretación perforadora de la ley

A partir de 2005, durante la presidencia de Tabaré Vázquez, el Ejecutivo aplicó el art. 4.º de la ley 15.848 a través de la autorización de excavaciones en dependencias militares que llevaron a encontrar los restos de detenidos desaparecidos; a la vez que desarrolló un procedimiento, en ejercicio de lo dispuesto por el art. 3.º de la ley 15.848 que, ante cada caso elevado en consulta por los distintos juzgados que recibían o tenían en trámite las denuncias, se elaboraba un breve informe de la Secretaría de la Presidencia, según cuál fuera la situación concreta. Los argumentos empleados en los informes fueron, sintéticamente, los siguientes: a) en los casos de detenidos desaparecidos en el extranjero, la ineficacia extraterritorial de la caducidad, por cuanto en tales supuestos la pretensión punitiva no le correspondía al Estado uruguayo, sino al Estado en cuyo territorio se había cometido el delito; b) en los casos que el juzgado comunicara la mera denuncia interpuesta, se informaba que el Poder Ejecutivo no estaba en condiciones de expedirse sobre el carácter o móvil político del hecho, por lo que era necesario que el Poder Judicial instruyera la investigación presuntiva, de modo de contar con elementos

respondiere— con medidas adecuadas de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición.»

¹⁸⁰ Véase entrevista a Alejandro Artucio.

de juicio suficientes;¹⁸¹ c) en los casos que involucraban a jerarcas, las consultas se respondían sobre la base de que la ley de caducidad no amparaba a los mandos jerárquicos que habían impartido las órdenes respectivas, conforme a la interpretación literal del texto; d) en algún caso, cuando se trataba de delitos económicos, se desestimaba la caducidad por la expresa exclusión de esos delitos en la propia ley. La interpretación perforadora, resultado de la presencia del profesor Gonzalo Fernández en la Secretaría de Presidencia, incidió en la viabilidad de la declaración de inconstitucionalidad de la ley, permitió el avance de las investigaciones (arqueológicas, administrativas y judiciales), el procesamiento, encarcelamiento y en algunos casos condena de varios militares y policías,¹⁸² la condena de Juan María Bordaberry y Juan Carlos Blanco,¹⁸³ entre

¹⁸¹ Nótese la similitud del argumento con la denominada «tesis Aylwin» en Chile, referida al cumplimiento de la ley de amnistía pero solo luego de agotada la investigación y determinadas las responsabilidades: «no dejaría tranquila mi conciencia si no hiciera presente al Excmo. Tribunal que [...] la amnistía vigente, que el Gobierno respeta, no debe ni puede ser obstáculo para que se realice la investigación judicial y se determinen las responsabilidades que correspondan, especialmente en los casos de personas desaparecidas» (oficio presidencial a la Corte Suprema de fecha 4/3/1991, citado por Atria (2003b: 50)).

¹⁸² Han sido condenados Gregorio Álvarez, Juan Carlos Larcebeau, José Gavazzo, Ricardo Arab, Ricardo Medina, Gilberto Vázquez, Ernesto Ramas, Jorge Silveira, Ernesto Soca, José Sande y Luis Maurente, entre otros.

¹⁸³ Por decisión del Juez Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 1.º turno Eduardo Cavalli de 18 octubre de 2002, se dispuso el inicio de un proceso penal por el delito de privación de libertad (art. 281 Código Penal) en calidad de coautor (caso Quinteros) y la prisión preventiva de Juan Carlos Blanco. El auto de procesamiento fue apelado por la defensa y confirmado por decisión del Tribunal de Apelaciones de 3.º Turno de 31 de marzo de 2003. Además de recordar que los civiles no están comprendidos por la ley de caducidad, afirma el tribunal que «siendo el delito atribuido en autos, 'Privación de libertad', permanente, y no teniendo noticia alguna acreditante del cese de la misma, el plazo de prescripción no ha comenzado a correr; por lo que en este aspecto no es de interés plantearse la vigencia, para este caso —aun que se adelantó que no— de la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas que la ley 16.724 declaró vigente a partir del 3 de mayo de 1996» (TAP 3.º Turno, Sent. 165/2003). Una vez conocido el informe de la Comisión para la Paz sobre el caso, afirmando la muerte de Quinteros, la defensa solicitó la excarcelación (que fue concedida en mayo de 2003 por el juez de la causa) y se dispuso el cambio de carátula a «homicidio muy especialmente agravado». En efecto, en junio de 2003 el juez dispuso «no hacer lugar a la clausura del juicio solicitada por la defensa, continuar el juicio bajo la imputación del delito de homicidio muy especialmente agravado, no hacer lugar al pedido de reinstalación de la prisión preventiva, declarar que no es definible determinar en este estadio procesal si el delito está prescripto o no y que la fiscalía no estaba impedida por justa causa desde el momento que tomó conocimiento de los hechos». Dicha resolución fue apelada por la defensa y por la fiscalía. En 2004, el TAP de 3.º turno no hace lugar a la clausura de las actuaciones solicitada por la defensa ni al restablecimiento de la prisión preventiva solicitado por la fiscalía. Luego de varios años de duración del proceso penal, el Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 1.º Turno, cuya titularidad es ocupada por Fernández Lecchini, condenó en 2010 a 20 años de penitenciaría como coautor del delito de homicidio muy especialmente agravado al ex canciller. Dicha decisión fue confirmada por el TAP de 3.º turno el 16 de febrero de 2012 (Sent. 22/2012). J. C. Blanco se encontraba privado de libertad desde 2006 por disposición del juez penal de 11.º turno Roberto Timbal, en el caso Michelini, Gutiérrez Ruiz, Whitelaw y Barredo sujeto a proceso por cuatro homicidios muy especialmente agravados, junto al ex presidente Bordaberry. Dicho procesamiento fue confirmado en junio de 2007 por el TAP de 2.º turno. Estos

otras decisiones de la justicia penal. La concreción de estos acontecimientos a partir de 2005 obedece al cambio de interpretación de la ley de caducidad. Más exactamente, obedece a una interpretación de la ley adecuada a la resistencia semántica del texto. Las decisiones tomadas por el Ejecutivo a partir de la sanción de la ley, en aplicación del art. 3.º, habían sido tomadas, en los casos que acaban de mencionarse (responsabilidad de los mandos militares y policiales, y responsabilidad de los civiles) fuera de la ley, o bien, adjudicándoles a la ley sentidos que exceden a la resistencia semántica del texto. Sin embargo, en los últimos meses de 2005 circuló un proyecto de ley interpretativa de la ley 15.848 que plasmaba en una solución general la interpretación que el Ejecutivo adoptaba en cada expediente puesto a su consideración en virtud del art. 3.º de la ley de caducidad. El art. 4.º del texto proyectado explicitaba lo que el texto de la ley 15.848 excluye: los delitos que se hubieren cometido con el propósito de lograr, para su autor o para un tercero, un provecho económico; los delitos que hubieren cometido los civiles y los mandos militares o policiales que actuaron durante el período comprendido entre el 27/6/1973 y el 1º/3/1985, cualquiera fuere su cargo; los delitos cometidos fuera del territorio nacional; los delitos de privación de libertad y los de sustracción o retención de menores que hubieran continuado consumándose con posterioridad al 1º/3/1985. Asimismo, proyectaba disponer la reapertura (por no haberse configurado cosa juzgada) de los expedientes judiciales cuyo archivo hubiese sido decretado sobre la base de un informe del Ejecutivo que no hubiese contemplado las exclusiones mencionadas, y que hubiese sido dictado previa verificación de todos los supuestos (subjetivos, objetivos y temporales) previstos por el art. 1.º de la ley 15.848 (que el delito se haya cometido entre el 27/6/1973 y el 1º/3/1985; por funcionarios militares y policiales, equiparados y asimilados; por móviles políticos; en ocasión del cumplimiento de sus funciones; en ocasión de acciones ordenadas por los mandos que actuaron durante el período de facto). El proyecto no prosperó.

La declaración de inconstitucionalidad: 19 de octubre de 2009

La SCJ modifica la interpretación de la ley de caducidad como una amnistía, a partir de las siguientes consideraciones:

Si bien es cierto que la Asamblea General puede conceder indultos y acordar amnistías en casos extraordinarios (art. 85 num. 14 de la Constitución), a juicio de la Corte, esta ley no es ni una cosa ni la otra. [...] la ley es inconstitucional porque, en el caso, el Poder Legislativo excedió el marco constitucional para acordar amnistías. [...] una amnistía debe

homicidios habían sido incluidos en el campo de aplicación de la ley de caducidad por el Poder Ejecutivo ejercido por el presidente Sanguinetti. Luego fueron excluidos de dicho campo de aplicación por el Poder Ejecutivo ejercido por el presidente Vázquez. Esta nota al pie solo pretende ejemplificar los cambios de criterios interpretativos, de titularidades, de estrategias judiciales y de aspectos temporales que implica la investigación judicial penal. No pretende agotar el análisis de los casos concretos mencionados.

ajustarse a exigencias formales y sustanciales, sin incurrir en vicios de carácter formal o sustancial, esto es, debe ajustarse a los límites constitucionales de la competencia conferida al Poder Legislativo (Castro 2009: 137). En tales coordenadas, median razones de carácter formal que no deben ser soslayadas, ya que constituyen vicios de procedimiento que afectan la validez de la ley. Así, pues, de acuerdo con la normativa constitucional uruguaya, cuando un proyecto de ley es rechazado, no puede reproponerse hasta el siguiente período de la legislatura (art. 142 de la Carta). En esa legislatura, se había rechazado ya la propuesta de amnistía para esos delitos al excluirlos expresamente de la ley 15.737, que dispuso la amnistía para quienes estaban presos, condenados o procesados. Hacía menos de tres meses (28/9/86) que el Senado [...] había rechazado un proyecto de ley de amnistía para militares y policías [...]; por lo que no podía volver a proponer otro proyecto con el mismo contenido. El texto constitucional requiere la mayoría absoluta de votos del total de componentes de cada Cámara, y, revisado el cómputo de votos, el art. 1º, que se reinterpreta como amnistía, obtuvo esa mayoría en la Cámara de Senadores, pero no la alcanzó en la Cámara de Representantes, que tiene 99 miembros y donde fue aprobado por 49 votos (de 78 diputados que se encontraban en Sala), siendo que la mayoría absoluta (mitad más uno) requiere 50 votos¹⁸⁴ [...] Desde otra óptica, si se entiende que la ley impugnada, en lugar de otorgar una amnistía, declara la caducidad de las acciones penales respectivas, también es inconstitucional. [...] 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...

En definitiva, en la sentencia 365/2009 de la SCJ (caso Sabalsagaray) la Corte cambia la jurisprudencia que hasta este momento y desde 1988, era firme¹⁸⁵ en declarar constitucional la ley de caducidad, acogiendo la inconstitucionalidad por los vicios formales de la ley para el caso de ser una amnistía, por la violación de la separación de poderes, por afectar el acceso a la justicia de víctimas y familiares

184 La falta de las mayorías especiales requeridas para disponer una amnistía, sumada a la imposibilidad de volver a proponer una propuesta legislativa rechazada hasta la siguiente legislatura. En efecto, los delitos habían sido excluidos expresamente por el art. 5.º de la ley 15.737 y la Cámara de Senadores había descartado el proyecto de amnistía para militares y policías, presentado por Poder Ejecutivo. Estas circunstancias, tal como sostiene Castro (2009: 137) determinan la invalidez de la ley 15.848, en tanto para tener los efectos de una amnistía debió haber sido dictada de acuerdo al procedimiento previsto en la Constitución. Ahora bien, si bien conceptualmente la validez es el modo particular de existir de las normas jurídicas y, por tanto, la pertenencia de una norma al sistema jurídico se determina, básicamente, por el seguimiento de exigencias procedimentales; hasta tanto la ley 15.848 fuera desaplicada por la SCJ o derogada por el Poder Legislativo, la invalidez era el contenido de una hipótesis dogmática, que no imposibilitaba que lo dispuesto en la ley obligara en los casos concretos. Una ley puede ser obligatoria a pesar de no cumplir con las exigencias formales de la validez y el cese de esa obligatoriedad depende de las prácticas de los órganos autorizados para desaplicar, anular o derogar las leyes.

185 En el sentido de que no hubo otro pronunciamiento del mismo órgano que dijera lo contrario a los de 1988. Por tanto, de acuerdo al órgano autorizado para evaluar la constitucionalidad de las leyes, la ley era válida y aplicable a los casos en que las sentencias de la Corte fueron dictadas.

y —lo más relevante a los efectos de este artículo— por razones que tienen que ver con considerar como parte del derecho uruguayo, los instrumentos internacionales de derechos humanos, las normas de *ius cogens*¹⁸⁶ y las decisiones de órganos de contralor del sistema de protección de los derechos humanos (tanto sean órganos jurisdiccionales como la CIDH). La sentencia hace referencia a las decisiones de la Corte IDH en *Barrios Altos vs. Perú*, *Almonacid Arellano vs. Perú* y *La Cantuta vs. Chile*, así como al informe 29/92 de la CIDH. Pero, además, la decisión incluye entre sus fundamentos, esto es, entre los elementos que considera fuentes, decisiones de la Corte Suprema de la Nación Argentina (casos *Poblete* y *Riveros*) referidos a las leyes de Punto Final y Obediencia Debida, considerándolos un antecedente. Si pensamos que la ideología normativa de los tribunales, está asociada al modo en que los tribunales identifican las fuentes que constituyen el fundamento de sus decisiones, la descripción de esa ideología normativa de los tribunales es una tarea de la doctrina de las fuentes, una tarea de la ciencia jurídica, que se encarga de decirnos cuáles son las fuentes en cada época. Desde hace mucho tiempo, en nuestro país, esa doctrina de las fuentes, está dividida teniendo en cuenta cuál es el rango o la jerarquía normativa que se le atribuye a los instrumentos

186 Según la doctrina internacionalista, dichas normas no necesitan ratificación del Estado y prevalecen sobre las normas internas de cualquier jerarquía, en tanto no admiten prácticas de los Estados en contrario y se imponen por encima de su consentimiento. Las normas de *ius cogens* solo pueden ser modificadas por otra norma general que tenga el mismo carácter (Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados). La determinación del elenco de normas de *ius cogens* es, como se señaló en la Introducción, una tarea de la doctrina y, ya que la noción remite al consenso mínimo de la humanidad sobre la protección de determinados bienes, es una lista históricamente determinada y sobre la cual se presentan desacuerdos que son consecuencia de la indeterminación de la propia noción, así como de la formulación lingüística de las fuentes convencionales de origen internacional. Esa misma falta de acuerdo, indeterminación y condicionamiento histórico puede postularse de lo que se ha denominado «esfera de lo indecible» o «coto vedado» en la teoría constitucional, referida a un elenco de derechos indisponibles. Argumentos que presuponen esta noción de esfera de lo indecible fueron esgrimidos en oportunidad de fallar la SCJ la inconstitucionalidad de la ley 15.848 en 2009 haciendo referencia a la decisión del cuerpo electoral en 1989 (nos remitimos al considerando III.3 de la sentencia). También esos argumentos fueron invocados luego del plebiscito de 2009, en ocasión de la discusión en el Parlamento de iniciativas legislativas «interpretativas de la ley de caducidad». En el mismo sentido se pronunciaron la Corte IDH y varios actores nacionales, incluido el presidente Vázquez, legisladores y miembros de la SCJ, que afirmaron que los derechos humanos no se plebiscitan. La Corte IDH —como se verá más adelante— sostuvo que las decisiones alcanzadas en las instancias de democracia directa (referéndum de 1989 y plebiscito de 2009) son atribuibles al Estado y por tanto, sus efectos deben ser eliminados porque contradicen la Convención (párrafo 238). Se señala al respecto que esa afirmación desconoce «las razonables desavenencias que encontramos, dentro de cualquier sociedad democrática (no solo en torno a qué derechos merecen protección, sino más particularmente [...]) en torno al significado, contenido y alcance de los derechos que protegemos y, a partir de allí, acerca del modo en que proteger a esos derechos. [...] los profundos y sensatos desacuerdos que tenemos en materia de derechos exigen de formas más dialógicas (y por tanto, menos autoritativas) de acercarnos a la cuestión» (Gargarella, 2012: 2).

internacionales de derechos humanos, y mucho más dividida se encuentra esa doctrina, si tomamos en cuenta la cuestión de la jerarquía o el carácter vinculante de las decisiones de órganos jurisdiccionales o de contralor del sistema internacional o regional de protección. La doctrina no está dividida, en cambio, en cuanto a que las decisiones de las cortes de otros Estados no pertenecen al derecho nacional, sin embargo en este caso vemos que son tomadas como un elemento vinculante para la decisión.¹⁸⁷ La Corte toma la doctrina que se ha llamado del «bloque de constitucionalidad» y, citando a Nogueira a través de Risso, sostiene que

en América Latina hay una poderosa corriente cada vez más generalizada que reconoce un bloque de derechos integrado por los derechos asegurados explícitamente en el texto constitucional, los derechos contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos y los derechos implícitos, donde el operador jurídico debe interpretar los derechos buscando preferir aquella fuente que mejor protege y garantiza los derechos de la persona humana (Risso Ferrand, 2006, p. 114).

El reconocimiento del hecho de la discrecionalidad judicial, consecuencia tanto de la variabilidad del elenco de fuentes identificado, como de los diferentes cánones interpretativos adoptados, permite afirmar la presencia de una ambivalencia en las prácticas de los tribunales con relación a la recepción o no de argumentos normativos del derecho internacional de los derechos humanos. Es posible que en estos temas, la ambivalencia o la consolidación de cambios en la regla de reconocimiento no tengan que ver solamente con un cambio en la ideología normativa de los tribunales sino que el legislador incide intencionalmente buscando una modificación de las prácticas. Sin perjuicio de ello, en el grado de «sintonía» entre las directrices políticas —explicitadas en textos legales o en otro tipo de mensajes— y las decisiones de la SCJ, inciden grandemente el peso de las tradiciones jurídicas y la formación de los jueces (Sarlo, 2012). En el caso de la ley de caducidad, el criterio de la SCJ establecido en el fallo de 2009, que podría haberse interpretado como el inicio de una modificación en la regla de reconocimiento, acaba perdiendo protagonismo en el cambio de las prácticas judiciales, y son los criterios de la Corte IDH en *Gelman vs. Uruguay* y la sanción de la

187 De acuerdo a la noción de fuentes que este trabajo adopta, el recurso a la jurisprudencia mencionada podría habilitar alguna reflexión acerca del lugar de la analogía en el derecho penal; cuyo empleo (sea que se la considere una vía de integración o de interpretación extensiva) está desaconsejado por la dogmática penal mayoritaria. Del mismo modo que ocurre con los principios de legalidad (y la inclusión o no de la prescripción como uno de sus componentes) y de irretroactividad de la ley penal más gravosa, la prohibición de la analogía en la determinación del reproche penal, admite excepciones conforme la dogmática del derecho penal internacional. Luego, la opción por el mejor derecho (consecuencia o paráfrasis del principio *pro homine*), también reposa en la elección de una determinada reconstrucción del derecho, a partir de los elencos de fuentes y criterios interpretativos ofrecidos a los tribunales por la dogmática (García, Juliano y Pérez Galimberti, 2011).

ley 18.831¹⁸⁸ los eventos que inciden como directivas concretas al juez, intentando acelerar los procesos de cambio en la ideología normativa de los tribunales. Pero, esa voluntad de acelerar procesos de cambio choca con condicionamientos políticos y tradiciones jurídicas que no han sido debidamente considerados en los caminos jurídicos elegidos para la eliminación de la impunidad. Seguramente las dificultades en el avance de la justicia penal retroactiva también obedezcan a que

no existe una interpretación compartida de los hechos que nos trajeron a esta instancia; siguen vigentes narraciones fuertemente enfrentadas acerca del pasado ya no de la dictadura y sus causas, sino de circunstancias mucho más recientes, como las que rodearon la sanción de la ley de caducidad; esto dificulta las operaciones institucionales, que requieren de consensos interpretativos para ser más eficientes (Sarlo, 2010: 6).

La sentencia de la Corte IDH en el caso Gelman: 24 de febrero de 2011

La sentencia establece la invalidez de la ley 15.848 y, declara, en consecuencia, que la misma carece de efectos jurídicos, dada su incompatibilidad con la CADH y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. También considera que no constituía un impedimento para dejar sin efecto a la ley, que la misma hubiera sido aprobada por procedimientos constitucionales y durante un gobierno democrático, y luego respaldada popularmente a través de dos mecanismos de democracia directa, en la medida que la participación de la ciudadanía a través de los procedimientos de ejercicio directo de la democracia es entendida por la Corte como un hecho atribuible al Estado y generador, por tanto, de responsabilidad internacional. Analizando en el terreno comparado las relaciones entre el problema de la validez de las leyes de amnistía y las posibilidades de justicia retroactiva, varios autores han marcado las particularidades del caso uruguayo. Nino (1996), de acuerdo a su concepción epistémica de la democracia, señala que el caso de Uruguay es el más difícil

porque en este caso existía una sanción democrática que otorgaba la amnistía para las violaciones de derechos humanos. Cuando el proceso democrático resulta en un balance de derechos e intereses que señala en la dirección del perdón, se presume, a pesar de que siempre el disenso es posible, que este curso de acción es el correcto. Esto se sigue de la justificación del castigo que no se basa en la retribución sino en la protección prudencial de la sociedad y del rechazo del elitismo epistémico respecto de las precondiciones del castigo (2006: 235).

188 Recordemos que antes de la ley 18.831 hubo una iniciativa de declarar inaplicables los arts. 1.º, 2.º, 3.º y 4.º de la ley de caducidad, estableciendo, además, una interpretación constitucional que incorporaba todos los tratados de derechos internacionales, más la jurisprudencia y las normas de *ius cogens* al derecho uruguayo con rango constitucional. Esto es, buscando solucionar, de alguna manera, con fuerza de ley, la discusión que tiene la doctrina de las fuentes y que se reflejaba en la jurisprudencia.

Asimismo, las limitaciones que las «salidas negociadas» (como la uruguaya) pueden ejercer sobre las decisiones de fondo y de procedimiento de la justicia transicional, son tratadas por Elster (2006: 225 y ss). Más recientemente, Gargarella (2012) se ha referido al problema de la «gradación democrática», vinculado a la cuestión de la diferente legitimidad democrática¹⁸⁹ de las leyes de amnistía a las cuales hace referencia la Corte como antecedente de la decisión. Critica el modo con que el argumento es presentado en la sentencia, señalando el insuficiente esfuerzo argumental desplegado por la Corte (en tanto identifica como carentes de validez todas las leyes de amnistía, igualando el caso uruguayo con antecedentes de autoamnistías ya resueltos por el mismo órgano, y que también son tenidos en cuenta por la SCJ en 2009). Para la Corte IDH las amnistías se encuentran prohibidas en todos los casos. La incompatibilidad con la CADH no se limita a las «autoamnistías» sino que alcanza a todo tipo de amnistías, en la medida que lo que se considera relevante no es «el proceso de adopción» de la norma o «la autoridad que emitió la Ley de Amnistía», sino la «ratio legis». ¹⁹⁰ Y la «ratio legis», de acuerdo a la Corte IDH consiste en «dejar impunes graves violaciones al derecho internacional» (considerando 229).

Con relación al argumento acerca de la «esfera de lo indecible», la Corte IDH recoge algunos pasajes de la sentencia 365/2009 de la SCJ y, tal como sostiene Gargarella, con esas afirmaciones

oscurece la dificultad que identificáramos como el 'problema del desacuerdo', basada en el hecho de que tenemos (y seguiremos teniendo) desacuerdos radicales y razonables en relación con los derechos que queremos proteger. Por supuesto, sería muy tranquilizador para todos nosotros si pudiéramos acordar primero, entre todos, una lista de derechos; para consagrarlos inmediatamente luego en la Constitución o en una Carta de Derechos Humanos, con carácter de irrenunciables, incondicionales e inviolables por cualquier decisión mayoritaria (e incluso unánime, agregaría la Corte IDH). Empero, ocurre que disintimos, razonablemente, sobre cuáles son esos derechos, y cuáles sus contenidos y contornos. Fundamentalmente de ello se trata lo que el jurista Jeremy Waldron definiera como el hecho del desacuerdo: nuestra vida en sociedad se encuentra decisivamente marcada por razonables y persistentes desacuerdos en materia de justicia y derechos.

Al ocuparse del papel de los desacuerdos vinculados a la política y la determinación del derecho,¹⁹¹ sostiene que «existe una congruencia natural entre los derechos y la democracia» y que

189 Asocia la legitimidad (democrática) de una norma, con el grado de inclusividad y debate público que haya rodeado a la misma, al momento de su dictado (Gargarella, 2012: 7).

190 En 1988 la *ratio legis* atribuida por la SCJ fue la pacificación nacional.

191 El hecho del desacuerdo y que, por la existencia de desacuerdo, las personas invoquen una autoridad no implica asumir el subjetivismo o el relativismo moral: «podemos reconocer la existencia de desacuerdos sobre cuestiones de derecho y justicia, podemos incluso reconocer que tales desacuerdos son insolubles a efectos políticos prácticos, sin apostar por la tesis metafísica de que no hay ninguna verdad en la cuestión por la que los participantes están enfrentados» (Waldron, 2005: 291).

cuando identificamos a alguien como portador de derechos expresamos algún tipo de confianza en las capacidades morales de esa persona, en especial sobre su capacidad para pensar responsablemente sobre la relación moral entre sus intereses y los intereses de los demás (Waldron, 2005: 337);

de manera que considerar a las personas como titulares de derechos y, a la vez, considerarlas incapaces de pensar acerca de sus derechos, no parece consistente. Considera, además, que el derecho a la participación puede entenderse como «el derecho de los derechos» (Waldron, 2005: 277).

Por resolución n.º 903 del Presidente de la República (14/6/2011), en cumplimiento de lo dispuesto por la Corte IDH,¹⁹² se dispone la publicación de la sentencia en el *Diario Oficial*, así como la publicación del resumen oficial del fallo en un diario de amplia circulación nacional, y la publicación de la sentencia y su resumen en las páginas web de Presidencia y el Ministerio de Relaciones Exteriores, con disponibilidad por un año. El 30 de junio siguiente, también en cumplimiento de la sentencia en *Gelman*, y orientado a eliminar los efectos de la ley de caducidad que eran consecuencia de la interpretación¹⁹³ del art. 3.º antes del 1.º de marzo de 2005, el Ejecutivo resuelve revocar

por razones de legitimidad todos los actos administrativos y mensajes del Poder Ejecutivo, en aplicación del art. 3.º de la ley 15.848 [...], que consideraron que los hechos denunciados estaban comprendidos en las disposiciones del art. 1.º de la referida ley, y en su lugar declárase que dichos hechos no estaban comprendidos en la citada norma legal.

El Estado también dio cumplimiento a la sentencia a través de la realización de un acto de reconocimiento público de responsabilidad internacional por las violaciones de derechos humanos denunciadas en el caso *Gelman*; y colocó una placa en memoria de María Claudia García Iruretagoyena de Gelman y otras víctimas que pasaron por el edificio donde funcionaba el Servicio de Información de Defensa (SID), cuyo destino fue afectado para que allí funcionara la Institución Nacional de Derechos Humanos.¹⁹⁴ Dicho reconocimiento debía producirse en el plazo de un año a partir de la decisión de la Corte. El presidente Mujica en representación del Estado uruguayo cumplió con la obligación impuesta por el órgano judicial el 21 de marzo de 2012, en un acto realizado en el Palacio Legislativo.

192 El numeral 14 de la parte dispositiva establece que en un plazo de seis meses el Estado debe publicar la sentencia.

193 Esa interpretación de los arts. 1.º y 3.º de la ley de caducidad configura, para la Corte IDH el incumplimiento del Estado uruguayo de su obligación de adecuar el derecho interno a la CADH, especialmente respecto de los derechos establecidos en sus arts. 8.º y 25 sobre garantías y protección judiciales. Esa interpretación del Poder Ejecutivo desde la sanción de la ley hasta 2005, de acuerdo a la Corte, no resiste el control de convencionalidad de la ley de caducidad en tanto contraría lo dispuesto en la CADH y en la Convención Interamericana sobre la detención forzada de personas, por lo cual carece de efectos jurídicos.

194 Creada por la ley 18.446 de 24 de diciembre de 2008, modificada en 2011 por la ley 18.806.

La decisión de la Corte en *Gelman*, por otra parte, aborda la cuestión de la persecución penal del delito de desaparición forzada, recogiendo la doctrina de las fuentes y los cánones interpretativos del campo del derecho penal internacional y el derecho internacional de los derechos humanos. Señala que tal tipificación debe emplearse por los tribunales y que, en tanto se trata de un delito de ejecución permanente, le son aplicables soluciones normativas posteriores al período del terrorismo de Estado. Especialmente, es aplicable la tipificación del delito de desaparición forzada, sin que ello configure una lesión a las garantías individuales de irretroactividad de la ley penal más gravosa o el principio de legalidad. En ese sentido —y esta cuestión será profundizada en el apartado siguiente— a través de la aplicación del derecho penal internacional y del derecho internacional de los derechos humanos (especialmente en cuanto al art. 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y los instrumentos acerca de la desaparición forzada y la tortura), aun cuando las obligaciones estatales puedan determinarse como vinculadas a un origen de fuente convencional posterior o de fuente consuetudinaria o doctrinaria anterior, según sea el elenco de fuentes que se tenga en cuenta en la doctrina recibida por los tribunales nacionales, estos están en condiciones de juzgar los delitos de lesa humanidad, sin necesidad de contar con instrumentos normativos de fuente nacional, en la medida que el derecho de fuente internacional es directamente aplicable por los tribunales locales sin que ello constituya una aplicación retroactiva. Pero en la práctica política nacional suele recurrirse a la aprobación de leyes como gesto político o simbólico.¹⁹⁵

La ley 18.831, los delitos de lesa humanidad y la declaración de inconstitucionalidad de la ley

Apuntes sobre los argumentos dogmáticos de derecho penal internacional

Una de las particularidades del derecho penal internacional es la estrecha conexión entre la fuente convencional y la fuente consuetudinaria. Conforme la doctrina de las fuentes de derecho penal internacional, el elenco de fuentes es el mismo que en el derecho internacional. De acuerdo al art. 38 del estatuto de la Corte Internacional de Justicia¹⁹⁶ dichas fuentes son las convenciones (reglas), la costumbre internacional (prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho) y los principios generales del derecho (reconocidos por las naciones civilizadas). La jurisprudencia y la doctrina más recibida (la producida por «los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones») —sigue diciendo la disposición— constituyen un medio auxiliar para

195 Véase entrevista a Felipe Michelini.

196 Es el órgano judicial principal de la ONU (art. 1.º del Estatuto).

determinar las reglas de derecho. Desde la perspectiva de la teoría de la interpretación jurídica, la toma de decisiones por los órganos judiciales (tanto nacionales como internacionales) aplicando derecho internacional, reposa en la interpretación que del art. 38 hace la doctrina que el mismo texto establece como medio auxiliar. Los efectos de sentido (y antes la redacción de las disposiciones) son resultado de la actividad de la dogmática. Qué entienden los tribunales por «costumbre internacional» o cuáles son «los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas» depende fundamentalmente del discurso dogmático recibido por los tribunales. Lo mismo puede decirse de la identificación de la fuente consuetudinaria para un caso. No existe en el pensamiento jurídico una única teoría de la costumbre, si se piensa en las diferentes respuestas teóricas y doctrinarias a la pregunta sobre en qué casos una costumbre es una norma jurídica (Celano, 2000). En otras palabras, la noción dogmática de «costumbre» en tanto fuente de producción jurídica y su extensión es un asunto medular en el derecho penal internacional, que incide directamente en la determinación de cuáles son los delitos a que se refiere el art. 15.2 del PIDCP como campo de acciones para el cual se admiten excepciones a las garantías penales sustantivas y procedimentales (principio de legalidad, irretroactividad de la ley penal más gravosa, imprescriptibilidad, juez natural, etcétera). Recordemos que dicho artículo, empleando una expresión fuertemente indeterminada que da lugar a la prevalencia de distintas interpretaciones, según sea el tiempo y las condiciones de persecución penal concretas, establece:

Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.

Esa es la excepción a la regla que establece el primer inciso de la misma disposición (y al art. 14):

Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

El meollo dogmático en cuestión es, entonces, determinar cuáles son esos delitos reconocidos por la comunidad internacional de acuerdo a los principios generales del derecho y cuáles son las penas que están establecidas. En definitiva, las disposiciones acerca de las fuentes, al igual que las reglas interpretativas contenidas en las disposiciones convencionales son, a su vez, objeto de interpretación y requieren un principio interpretativo extrajurídico.¹⁹⁷ La

197 Una proposición no puede referirse a sí misma o conferirse a sí misma fuerza vinculante.

noción doctrinaria más extendida define la costumbre de acuerdo a dos elementos constitutivos (externo e interno): la repetición de un comportamiento y el reconocimiento de ese comportamiento como algo que debe ser realizado (es decir, la convicción de que se trata de algo vinculante, jurídicamente obligatorio o lo que es lo mismo, que ese comportamiento obligatorio es conforme a una norma jurídica válida).

La aprobación de la ley

Luego del rechazo de la iniciativa de reforma constitucional que anulaba la ley de caducidad, plebiscitada en octubre de 2009, el Parlamento constituido de acuerdo a las elecciones realizadas simultáneamente a dicho plebiscito, discutió varios proyectos de ley interpretativa de la ley de caducidad.¹⁹⁸ Se afirmaba que la decisión que el sistema político uruguayo se disponía a tomar afectaría

principios que están siempre en tensión institucional, como son el derecho a la justicia, y la seguridad jurídica, los cuales nunca se prestan a una fácil armonización. Siendo una antinomia que ningún teórico ha podido resolver, es más que improbable que un Parlamento pueda hacerlo (Sarlo, 2010: 6).

El texto de la ley dice que «se restablece el pleno ejercicio de la pretensión punitiva del Estado»¹⁹⁹ para los delitos cometidos en aplicación

198 Esos proyectos, alguno de los cuales tuvo media sanción, establecían soluciones reactivas. En oportunidad de concurrir a la Comisión de Constitución, Legislación y Códigos, Martín Riso señalaba que «la norma interpretativa es aquella que opta por aclarar un texto, darle el sentido correcto, el sentido que se persiguió, el sentido que corresponde entender de la ley. Hoy no es posible entender que el propósito de los legisladores en 1986 era que este artículo no se aplicara y que se considerara radicalmente nulo. Entiendo que esta no será una ley interpretativa, lo cual no es grave, sino que es innovativa. Creo que esta es la calificación correcta. Si llegara a ser una ley innovativa, tendrá problemas [...] por los efectos retroactivos. Me parece que aquí hay problemas de inconstitucionalidad». Respecto de la sentencia en Gelman, Riso sostuvo en esa oportunidad que «la Corte Interamericana [...] no dice que el Estado uruguayo tenga que derogar o anular la ley de caducidad. Sí dice [...] que debe eliminar los obstáculos que derivan de la interpretación y aplicación de la ley de caducidad. Va a lo que realmente importa, al objetivo, es decir, la investigación y, eventualmente, la responsabilización de las personas involucradas en estos delitos. Inclusive, la Corte Interamericana reconoce que con la actual interpretación del Poder Ejecutivo y de la Suprema Corte de Justicia no se está violentando el derecho internacional. O sea, tenemos un problema de interpretación de la ley de caducidad». También se promovieron desde filas del Partido Nacional propuestas de derogación de la ley de caducidad. En el año 2011 el vicepresidente Astori propuso derogar la ley. «La validez de una ley puede resultar afectada desde su nacimiento cuando se la anula (efecto retroactivo) o solo para el futuro cuando se la deroga (efecto para el futuro)» (Sarlo, 2011b: 6).

199 El sentido de la expresión empleada, teniendo en cuenta el contexto político, la interpretación de la Corte en 2009 y las construcciones de la dogmática penal y de derechos humanos, en la redacción del texto es, sin duda, la derogación con efectos retroactivos de la ley de caducidad (que eso es, en definitiva, la anulación). Igual que el sentido de la expresión «caducidad de la pretensión punitiva del Estado» era el otorgamiento de una amnistía (sin perjuicio de lo afirmado en la nota 54 acerca de los vicios de forma de la ley), de acuerdo al contexto político, el debate legislativo, la interpretación de la Corte en 1988 y la dogmática nacional.

del terrorismo de Estado hasta el 1/3/1985, comprendidos en el art. 1.º de la 15.848; y la exposición de motivos señala:

El proyecto de ley que se presenta tiene como propósito adaptar la legislación nacional a los estándares internacionales de protección de los derechos humanos, en particular a los contenidos en la sentencia de la Corte IDH en el caso *Gelman vs. Uruguay*; ratificar por vía legal el compromiso del Estado uruguayo con la idea más avanzada de que ciertos crímenes afectan la dignidad humana de tal magnitud que integran la categoría contra la humanidad y clarificar en forma inequívoca que los términos procesales para este tipo de conductas no podrán ser computados mientras la pretensión punitiva no estuviese vigente.

Ahora bien, desde el punto de vista del cumplimiento de la sentencia de la Corte IDH, el art. 1.º es estrictamente innecesario porque, de acuerdo a la sentencia, la pretensión punitiva del Estado jurídicamente nunca se extinguió, ya que considera a la ley 15.484 manifiestamente incompatible con la CADH y, por ello, carente de efectos jurídicos. A lo que se agrega que, por ser una sentencia obligatoria para el Estado, lo es para todos sus órganos, entre ellos, los jueces y la administración. Con lo cual hay un procedimiento que es bastante usual en Uruguay, vinculado a considerar que a través del dictado de leyes se alcanzan soluciones totalizadoras o abarcadoras de los diferentes aspectos de un tema, echando mano a usos simbólicos y a veces hasta didácticos de la ley, perdiendo de vista su función normativa. En efecto —y ello fue señalado por el Dr. Pérez Pérez y también por el miembro de la Corte IDH García Sayán—²⁰⁰ la sentencia no exige al Estado que declare sin efecto la ley de caducidad o que declare que se restableció la pretensión punitiva del Estado, sino que aplique la sentencia que dice que esa ley carece de efectos jurídicos. Además del uso simbólico de la ley, el fragmento de la exposición de motivos citado ilustra lo que decíamos respecto a la intención legislativa de terminar con las discrepancias doctrinarias acerca del rango constitucional o no de los tratados sobre derechos humanos y su aplicabilidad preferente en caso de colisión con normas constitucionales. La ley intenta sanear la vieja discrepancia doctrinaria resolviendo los problemas de aplicabilidad directa del derecho internacional de los derechos humanos al orden interno y, a su vez, las discrepancias respecto del nivel jerárquico de aquél dentro del ordenamiento doméstico. Claramente, no es el camino que han seguido experiencias comparadas, por ejemplo, Argentina modificó su texto constitucional en 1994 incluyendo expresamente en el art. 22 del art. 75 a los tratados de derechos humanos con jerarquía superior a la ley y estableciendo que «tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos». El art. 2.º de la ley 18.831 establece que

²⁰⁰ Entrevista en *Brecha*, 8 de julio de 2011.

no se computará plazo alguno, procesal, de prescripción²⁰¹ o de caducidad, en el período comprendido entre el 22 de diciembre de 1986 y la vigencia de esta ley, para los delitos a que refiere el art. 1.º de esta ley; y el art. 3.º declara que los delitos a que refieren los artículos anteriores, son crímenes de lesa humanidad de conformidad con los tratados internacionales de los que la República es parte.

Al respecto es interesante tener en cuenta que la sentencia de la Corte IDH no dice que se trate de crímenes contra la humanidad porque no le corresponde hacer calificaciones penales en la medida que no es un tribunal penal. De acuerdo a la sentencia, la no aplicación del instituto de la prescripción no es una consecuencia de la previa declaración como crímenes de lesa humanidad, sino de la incompatibilidad de la ley 15.848 con la CADH y la consiguiente carencia de efectos jurídicos, conforme establece la sentencia. El profesor Pérez Pérez²⁰² ha aclarado que es de allí que deriva la no aplicación de la prescripción, de modo que, si lo quisiéramos remitir a un principio jurídico general, sería más bien al de que «al impedido con justa causa, no le corre término», en la medida que mientras la ley se aplique no se puede avanzar en las causas penales, a menos que el Ejecutivo tome determinadas actitudes. En definitiva, la solución de acuerdo a las fuentes normativas internacionales, consideradas por la doctrina y jurisprudencia del campo del derecho internacional como de aplicación directa en el ámbito doméstico, supone privilegiar lo punitivo como respuesta a determinadas acciones, lo que supone que el principio de legalidad y las excepciones a la irretroactividad de la ley penal más gravosa para el imputado en un proceso penal vencen en la ponderación del conflicto de esas garantías individuales frente a la justicia penal con la obligación de perseguir penalmente esas conductas. Del mismo modo esa prioridad de lo punitivo respecto de determinadas acciones puede entenderse como una excepción a la interpretación *pro homine* de los derechos en juego. Luego, desde un ángulo ajeno a esa

²⁰¹ De acuerdo al derecho penal interno, que es el campo normativo tomado en cuenta por las decisiones de la SCJ los delitos prescribieron el 1.º de noviembre de 2011. Ese criterio del máximo órgano del Poder Judicial fue establecida en las sentencias 887 y 1501, ambas de 2011, citadas como antecedentes de las sentencias 20/2013 de 22 de febrero de 2013, 152/2013 de 8 de marzo de 2013 y sentencia de 8 de abril de 2013 (y es previsible que sigan produciéndose decisiones en el mismo sentido) de la Corporación sobre la inconstitucionalidad de los arts. 2.º y 3.º de la ley 18.831, rechazando la imprescriptibilidad de los delitos investigados. Estas decisiones rechazan la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte IDH (concretamente la sentencia en *Gelman vs. Uruguay*) en cuanto a la aplicación de principios internos del derecho penal y se inclinan por la tipificación de las violaciones de los derechos humanos cometidas durante la dictadura como delitos comunes y no como crímenes de lesa humanidad, no recepcionando la enunciaci3n del art. 3.º de ley 18.831, que en la pr3ctica concreta de producci3n de normas individuales por los tribunales queda reducida a una declaraci3n puramente simb3lica.

²⁰² C. S., Distr. 1078/2011, comparecencia a la Comisi3n de Legislaci3n y C3digos. El argumento fue expresamente recogido en la exposici3n de motivos de la ley: «... es obvio que al justamente impedido no le corre plazo. Este hecho justifica por s3 que haya una norma expresa en la legislaci3n uruguaya, para no computar el t3rmino de prescripci3n previsto por el C3digo Penal» (C. S., diario de sesiones, 18 de octubre de 2011: 149).

doctrina y esa jurisprudencia, pueden hacerse consideraciones acerca del valor y relevancia de los pronunciamientos populares en ejercicio de institutos nacionales de ejercicio de la democracia directa y del lugar institucional a que queda reducida la validez de la legislación interna y la competencia de la SCJ como intérprete último de la Constitución. El desempeño de esa competencia interpretativa y la determinación de su alcance dependerán de la doctrina de las fuentes que la regla de reconocimiento refleje, cuya explicitación última reposa en las prácticas de los tribunales. Y esa determinación constituye una función no solo del «estado del arte» de los diversos campos doctrinarios, sino de la integración de los tribunales en los diferentes momentos y la sintonía de cada integración con los sucesivos humores políticos. En ese sentido, alejándose de algunos argumentos implícitos en la sentencia 365/2009 (en el caso Sabalsagaray), la sentencia 1501/2011 de la SCJ²⁰³ establece que

la jerarquía constitucional del principio de legalidad formal significa que la única fuente de producción de la ley penal en el sistema patrio son los órganos constitucionalmente habilitados, y la única ley penal es la ley formal de ellos emanada [...]. Esta solución no admite que la doctrina, la jurisprudencia o la costumbre nacional o internacional puedan habilitar el poder punitivo del Estado. El principio de legalidad es, pues, granítico [...]. No admite la aplicación retroactiva de ninguna norma penal, salvo el principio de benignidad...

Dicha sentencia comenta la normativa internacional constituida por la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada en la Asamblea General de la ONU y aprobada por la ley 17.347, la ley 17.510 que aprueba el Estatuto de Roma y la ley 18.026 que lo implementa y establece una serie de crímenes considerados de lesa humanidad, de carácter imprescriptible. En tal sentido, la SCJ expresó que

ni las normas que establecen la imprescriptibilidad de estos delitos, ni los tipos penales previstos por tales leyes pueden tener aplicación con relación a hechos acaecidos antes de su incorporación a nuestro ordenamiento —agregando que— proceder de otro modo supone violar el principio constitucional de legalidad en materia penal, el cual consagra un derecho humano básico.

El fallo del 8 de marzo de 2013 —dictado en el expediente penal en el cual se investiga el caso del maestro Julio Castro—, por ejemplo, decidiendo la inaplicabilidad de la ley 18.831 en el proceso, podría llevar a que no exista responsabilidad penal de los agentes del Estado que intervinieron en su desaparición en el año 1977.²⁰⁴ Sin embargo, por

203 Dictada en ocasión del recurso de casación en el proceso por el cual los militares retirados Gavazzo y Arab fueron condenados a veinticinco años de penitenciaría como autores responsables de veintiocho homicidios muy especialmente agravados (Sent. 36 de 26 de marzo de 2009 dictada por el juez penal de 19.º turno, confirmada por sentencia 1/2011 de 4 de febrero de 2010 del TAP 2.º turno).

204 Los restos de Julio Castro fueron encontrados como consecuencia de las excavaciones arqueológicas en el Batallón n.º 14 de Toledo en 2011.

sentencia 15/2010 de 3 de marzo de 2010 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1.º Turno fue confirmada la sentencia 25/2009 del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de 1.º turno, que condenó al Estado a pagar 200.000 dólares por concepto de daño moral a los hijos de Julio Castro. Pero volviendo a la consideración de la fuente de origen internacional, surge de la motivación de la Convención sobre imprescriptibilidad referida que —igual que ocurrió en Uruguay al acercarse la finalización del mes de octubre de 2011— el objetivo de su adopción era remover el obstáculo de la prescripción de los crímenes cometidos por el régimen nazi entre 1933 y 1945. Es así que el texto de la Convención establece su aplicación retroactiva explícitamente («Los crímenes siguientes son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido...»). Aceptadas que sean la aplicación directa de los tratados, su relativa primacía respecto del derecho interno y su interpretación de acuerdo a la doctrina recibida por los tribunales internacionales, el proceso de elaboración de la voluntad del Estado uruguayo en cuanto a lo dispuesto en la Convención se completó con la aprobación de la ley 17.347 en 2001. Allí se establece la persecución penal retroactiva de aquellas acciones que, de acuerdo con los tribunales competentes, constituyan crímenes de lesa humanidad. Y la definición de crímenes de lesa humanidad, también de acuerdo a la Convención, es la establecida por el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, suscrito el 8 de agosto de 1945 en Londres por

el Gobierno de los Estados Unidos de América, el Gobierno Provisional de la República Francesa, el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Gobierno de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas.

Hay en estas manifestaciones de las potencias vencedoras de la segunda guerra mundial la explicitación de que la guerra y algunas acciones cometidas tanto en tiempo de guerra como de paz iban a ser imputadas a los individuos. En el campo de la filosofía del derecho, desde entonces, sigue siendo válida la pregunta de si es compatible con la función judicial que solo los perdedores estén obligados a someterse a la jurisdicción de un tribunal penal. No es esa una pregunta que pueda responder la dogmática, por cierto.

La posición de la Suprema Corte de Justicia sobre los delitos de lesa humanidad

La sentencia 1501/2011 contiene la justificación que la SCJ mantiene en los procesos de inconstitucionalidad de la ley 18.831. Allí encontramos la doctrina de las fuentes que adopta y que era previsible que se mantuviera. El recurso de casación interpuesto por la fiscalía se agraviaba por la calificación delictual (la condena era por homicidio muy especialmente agravado y no desaparición forzada, como en primer término había solicitado en la acusación, sin perjuicio de que, para

el caso que se entendiera que dicha figura no procedía, la acusación refería al homicidio muy especialmente agravado). El texto legal cuya aplicación la fiscalía reclamaba es el art. 21 de la ley 18.026 de 25 de septiembre de 2006. De acuerdo a la Corte

al no existir la norma al momento de ejecutarse los hechos a juzgar, no corresponde su aplicación en forma retroactiva, pues ello resultaría en franca vulneración a lo dispuesto en el art. 15 inc. 1 del Código Penal y a los pilares básicos en que se fundan los principios que rigen el derecho penal.

Descarta la viabilidad del argumento fiscal que afirma que, de acuerdo a lo previsto en el art. 28 de la Convención de Viena,²⁰⁵ no existe conflicto para aplicar el delito de desaparición forzada, ya que nuestro derecho no cuenta con norma alguna que consagre esa intención diferente de aplicar retroactivamente las mismas a las desapariciones no resueltas. También rechaza que pueda recurrirse a las normas del *ius cogens*, «porque [...] es recién a partir de la ratificación de la Convención Interamericana del año 1995, que se podía sostener su vigencia, siendo de aplicación para hechos acaecidos hacia el futuro». En definitiva, entiende²⁰⁶ que la figura de la desaparición forzada es un delito creado contemporáneamente y que la jerarquía constitucional del principio de legalidad formal significa que la única ley penal es la ley formal aprobada por los órganos constitucionalmente habilitados de acuerdo al procedimiento establecido por la Constitución, sin que la doctrina, la jurisprudencia o la costumbre nacional o internacional, puedan habilitar el poder punitivo del Estado.

Conclusiones

Hemos intentado ilustrar la trascendencia del discurso judicial en la determinación, en los diferentes contextos, de los límites y posibilidades del derecho y de la política, a través del reconocimiento de elencos más o menos amplios de fuentes e interpretaciones opuestas (normas jurídicas para el caso concreto) de las mismas disposiciones normativas. Ello sin perjuicio de las marcas textuales de «solución política» que exhibe la ley de caducidad. El art. 3.º reserva el balance de razones para la determinación del alcance de la impunidad penal al gobierno de turno. El art. 4.º deposita la recuperación de la memoria y la búsqueda de la verdad, también en la voluntad política del gobierno de turno. Hay en esa redacción legislativa una reserva de definición política en sentido estricto con miras a la atribución de significado normativo al texto, sujeta a las alternancias en la titularidad del Poder Ejecutivo. En la redacción de la ley de caducidad se explicita, de alguna manera, la relevancia de la afirmación teórica referida a la actividad de los intérpretes aplicadores en

205 El art. 28 establece que: «Las disposiciones de un tratado no obligan a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte, ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo».

206 Con el voto discordante de Leslie Van Rompaey.

la fijación del alcance normativo de las disposiciones legales como una actividad que no puede ser banalizada. Ese poder de los aplicadores en la determinación de los efectos de la ley es generalmente ocultado o descuidado por el discurso dogmático. Por el contrario, en algunos textos legales —como es el caso de la ley de caducidad— es claro que ese descuido no puede atribuírsele a quienes participan en la elaboración de las leyes. De modo que, más o menos explícitamente, la posibilidad de administrar los efectos de la ley tiene directa relación con la delimitación del margen de actuación judicial y la sujeción de los efectos a la autoridad ejecutiva. Esa reserva política y el grado de armonía que exista entre la voluntad de freno a la investigación y el impulso judicial han ido generando diferentes escenarios efectuales de la ley de caducidad.

En el reconocimiento de obligaciones de fuente internacional ha incidido, sin duda, el surgimiento de instancias judiciales internacionales y regionales que favorecen la consolidación de visiones técnicas fruto del pensamiento doctrinario que se ocupa del derecho penal internacional y el derecho internacional de los derechos humanos. Esas visiones surgen en las últimas décadas del siglo XX, y se consolidan en el ámbito nacional, fundamentalmente, gracias a las acciones de organizaciones locales e internacionales y de redes globalizadas de activismo en derechos humanos, que son quienes vehiculizan ante los tribunales locales o internacionales y ante organismos regionales de contralor de cumplimiento por los Estados de las obligaciones contraídas en los tratados y convenciones, las denuncias de las víctimas. Esas organizaciones y redes han ido constituyéndose en portadores privilegiados de esa nueva conciencia moral y jurídica cuyo nacimiento histórico es situado, por los discursos doctrinarios y judiciales aludidos, en el Tribunal de Núremberg,²⁰⁷ cuyas decisiones se presentan como fuente de derecho vinculante para los tribunales nacionales.²⁰⁸ De hecho, argumentos y

207 Los jueces de Núremberg relegan los principios de legalidad e irretroactividad de la ley penal menos favorable a partir de una jurisdicción *ad hoc* y tipos penales creados con posterioridad a las acciones juzgadas; y fundamentan sus decisiones en una elaboración teórica que pone en primer plano la justicia apelando a la noción de orden público internacional (Raffin, 2006: 214).

208 En la decisión del Juzgado Letrado en lo Penal de 7.º turno de 19 de abril de 2013 que rechaza la solicitud de clausura promovida por la Defensa, se afirma que «el concepto de delito de lesa humanidad se retrotrae a la Carta del Tribunal Militar Internacional de Núremberg y el Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945 [...] posteriormente recogido por todo el ordenamiento jurídico internacional y el derecho interno de nuestro país. [...] es admisible que los delitos de lesa humanidad son imprescriptibles por constituir el *ius cogens* internacional». Agrega que «sin perjuicio de la naturaleza que en definitiva se atribuya a los ilícitos que —eventualmente— pudieren emerger acreditados de esta investigación presumarial, no corresponde disponer la clausura por prescripción de las presentes actuaciones», en la medida que, aun si correspondiese aplicar un delito común, «el cómputo del plazo prescripcional debe iniciarse en 2009 desde que no corresponde tener en cuenta el tiempo de ruptura institucional ni el lapso de vigencia de la ley 15.848 hasta su declaración de inconstitucionalidad por constituir dicha norma un impedimento para la investigación de los hechos. Fue a partir de esa fecha que por la vía de declaración de inconstitucionalidad de la ley en cada caso, se pudieron iniciar las correspondientes investigaciones judiciales».