

Sobre la última palabra en la interpretación constitucional y el alcance de la ley de caducidad: el choque de climas interpretativos en octubre de 2009*

Gianella Bardazano¹
Modera: Vania Markarian²

Introducción

Desde la restauración democrática en 1985, los uruguayos hemos buscado resolver las cuentas pendientes con el pasado reciente y, en particular, con el tratamiento penal de las violaciones a los derechos humanos cometidas durante la dictadura. Ese extenso y parsimonioso proceso estuvo atravesado por un desacuerdo profundo y persistente: ¿cómo debía responder el derecho frente a esas graves violaciones a los derechos humanos? La respuesta no fue lineal. En cuatro décadas de vigencia constitucional, recorrimos todos los canales institucionales disponibles para procesar ese desacuerdo: la producción legislativa,³ el control judicial de constitucionalidad⁴ y los mecanismos de democracia directa.⁵

En un primer momento, la solución adoptada fue la exoneración de responsabilidad penal a través de la ley de caducidad (LC), cuya legitimidad se sostuvo en su origen en el procedimiento

¹ Universidad de la República, Uruguay.

* Este texto desarrolla algunas de las ideas que abordé en mi tesis «*Cuando nos muramos todos*». Interpretación, derechos y democracia en el Uruguay contemporáneo, para el doctorado en Derecho, que fue defendida en la Universidad Nacional del Litoral bajo la dirección de Roberto Gargarella y publicada por la Fundación de Cultura Universitaria (Bardazano, 2024).

² Universidad de la República, Uruguay.

³ La ley 15.737 (Ley de Amnistía) de 8 de marzo de 1985 incluyó un artículo que excluía a militares y policías de la amnistía de los delitos políticos y de los delitos comunes conexos con los políticos, la ley 15.848 (Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado [LC]) de 26 de diciembre de 1986 y la ley 18.831 (Ley de Restablecimiento de la Pretensión Punitiva del Estado) de 27 de noviembre de 2011.

⁴ La constitucionalidad de la LC fue impugnada y la Suprema Corte de Justicia (scj) la consideró constitucional hasta 2009, cuando se apartó de su jurisprudencia anterior. La constitucionalidad de la Ley de Restablecimiento de la Pretensión Punitiva del Estado también fue impugnada entre 2011 y 2022 en numerosas ocasiones y la scj tuvo, siempre con votaciones divididas, respuestas contradictorias y cambiantes con cada cambio de integración.

⁵ El referéndum contra los artículos 1 a 4 de la LC en 1989 con resultado favorable a confirmar el texto aprobado por el Parlamento, y la iniciativa popular de reforma constitucional plebiscitada en octubre de 2009 que culminó en el rechazo de la propuesta de anulación de la LC.

democrático: fue aprobada por el Parlamento y luego confirmada por la ciudadanía en un referéndum. Más de veinte años después, la respuesta fue diametralmente opuesta: se afirmó la obligación de castigar, con argumentos que reivindicaban la competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales en materia de derechos humanos y descalificaban como jurídicamente inexistentes las decisiones tomadas por el Parlamento y por la ciudadanía.⁶ Lo peculiar es que, entre esas dos etapas con soluciones jurídicas opuestas, no hubo cambios sustanciales en los textos normativos que regulaban la cuestión, ni en las competencias institucionales. Si las soluciones jurídicas cambiaron, pero los textos normativos permanecieron estables, la clave está en aquello que media entre ambos planos: la interpretación. Examinar las razones públicas que justificaron esas decisiones institucionales es, entonces, indispensable para comprender cómo se produjo el viraje.

Mi sugerencia es que el cambio fue posible porque se transformó el clima interpretativo dominante. Llamo *clima interpretativo* al conjunto de elecciones que los intérpretes del derecho realizan. Se trata de elecciones de los textos normativos relevantes, de las reglas de interpretación aplicables y del propósito central que atribuyen a la práctica jurídica. Esas elecciones, hechas bajo la influencia de las ideas, agendas y visiones políticas dominantes en cada época, determinan qué fundamentaciones se consideran aceptables en una cultura jurídica y, por tanto, son decisivas en sus transformaciones. En el caso uruguayo, sostengo que el cambio obedeció al desplazamiento del clima interpretativo del constitucionalismo débil hacia el constitucionalismo fuerte. En líneas generales, el primero tiene como rasgo esencial una comprensión de las estructuras constitucionales uruguayas que hace de la interpretación constitucional una actividad compartida, confiada a la legislación y a la decisión democrática directa. El segundo, el constitucionalismo fuerte, privilegia la supremacía judicial en la interpretación constitucional.

Este artículo analiza ese tránsito de un clima interpretativo a otro a partir de un evento institucional bisagra: la sentencia de la Suprema Corte de Justicia (scj) en el caso Sabalsagaray, que declaró inconstitucional la LC y revirtió veinte años de jurisprudencia en sentido contrario.⁷ El análisis de la sentencia permite advertir una tensión particularmente reveladora: en una misma decisión, la Corte sostuvo que el Parlamento estaba a la vez habilitado y desautorizado por la Constitución para amnistiar las violaciones a los derechos humanos cometidas durante la dictadura. Esta contradicción no solo resulta jurídicamente inquietante, sino que también se inscribe en un momento institucional de altísima densidad democrática. Apenas seis días después de dictada la sentencia, la ciudadanía rechazó por vía plebiscitaria la anulación de la LC, en una consulta promovida por iniciativa popular.⁸ Pocas veces la superposición y el choque (real, no teórico) entre visiones opuestas del constitucionalismo

6 Para estudiar la serie completa de eventos institucionales he propuesto su agrupación diferenciando tres etapas con base en los climas interpretativos que caracterizaron las sucesivas decisiones institucionales acerca de la LC: etapa de la aprobación (1985-1989), etapa de vigencia (hasta 2009) y etapa de inexistencia o derogación tácita (desde 2009) (Bardazano, 2024).

7 scj. Sentencia n.º 365/2009, 19 de octubre de 2009. En 1988, la scj, en una votación dividida, consideró que el Parlamento había ejercido la facultad de dictar amnistías que le confiere el artículo 85 numeral 14 de la Constitución y, por tanto, que la LC no era incompatible con el texto constitucional (scj. Sentencia n.º 184 de 02 de mayo de 1988).

8 La propuesta, que consistía en anular y declarar inexistentes los artículos 1, 2, 3 y 4 de la LC, se canalizó a través del mecanismo de iniciativa popular previsto en el literal A del artículo 331 de la Constitución. La enmienda propuesta disponía que se retomara, de oficio, el trámite judicial de las causas alcanzadas por la LC, sin que pudiera invocarse la cosa juzgada. También disponía que no pudiera computarse a efectos de la prescripción de los delitos, el período transcurrido entre el 22 de diciembre de 1986 y la fecha de entrada en vigencia de la reforma que se plebiscitaba. El resultado de la votación del 25 de octubre de 2009 fue ajustado. El apoyo a la reforma constitucional obtuvo el 47,36 % de los votos emitidos.

se expresan con tanta nitidez. El problema del alcance y los límites de la interpretación constitucional en contextos de desacuerdo profundo y la coexistencia de dos climas interpretativos en tensión quedaron planteados con inusitada claridad en octubre de 2009.

El interés de esta lectura acerca del cambio jurídico no supone negar la incidencia de actores sociales, políticos o corporativos (como las organizaciones de derechos humanos, los grupos militares o las fracciones partidarias), sino subrayar el papel de los intérpretes cuyas decisiones tienen consecuencias institucionales. Por lo tanto, en la reconstrucción de los climas interpretativos privilegio la incidencia de jueces y juristas como agentes de la transformación de la cultura jurídica. Las instituciones creadoras de derecho son los espacios donde se albergan nuestros desacuerdos y donde, a pesar de ellos, definimos cursos de acción común (Waldron, 2005). Comprender el cambio interpretativo en torno a la LC permite, así, iluminar una cuestión más amplia: cómo la cultura jurídica uruguaya va configurando la tensión entre democracia y derechos, y cómo cada configuración se traduce en argumentos jurídicos.

En la sección siguiente, desarrollaré tres puntos: la relevancia de la actividad interpretativa de los jueces y juristas; la noción de clima interpretativo y sus tipos, y la distribución del poder de interpretar en la Constitución de 1967. Luego de ese panorama teórico, me detendré en el análisis de la trama argumental de la decisión de la scj en octubre de 2009 y, por último, dejaré planteadas algunas conclusiones.

La distribución constitucional del poder y su relevancia en la interpretación constitucional

La interpretación jurídica

En el razonamiento jurídico, la interpretación ocupa un lugar primordial. De un modo básico, interpretar es darles sentido a unas expresiones lingüísticas preexistentes que se relacionan con una particular forma de la normatividad de ciertos textos que reconocemos como derecho. A la vez, ese reconocimiento de autoridad jurídica reposa en la propia práctica interpretativa. Por eso, importa que los fundamentos de las decisiones interpretativas puedan ser reconocidos como expresiones legítimas del significado de los textos normativos (Sunstein y Vermeule, 2002). Es importante, pues, en sociedades plurales, aun cuando existen discrepancias profundas acerca de cuáles deberían ser los resultados concretos de cada interpretación, que las razones ofrecidas por los intérpretes tengan conexión con los textos normativos. Ello nos permitirá —o no— reconocer en sus decisiones expresiones de nuestro derecho. Expresado de un modo más rotundo: en esa conexión reposa la posibilidad de sentirnos autores del derecho, en la medida en que contribuye a prevenir la alienación constitucional y legal en sociedades marcadas por el desacuerdo (Post y Siegel, 2013, p. 53). A pesar de la inevitable discrepancia sobre las decisiones concretas, en la actividad de los intérpretes principales y las razones públicas que ofrecen (*i. e.*, en su fundamento) se define la posibilidad de reconocer, en cada una de esas decisiones concretas, al menos algún vestigio de nuestras decisiones institucionales pasadas. Que las decisiones puedan ser reconocidas como concreciones de posibilidades disponibles del significado de esos textos es lo que las hace derecho y no pura acción política (Kahn, 2001, p. 104; Waldron, 2005, p. 14, 2016, p. 5). La legitimidad de las decisiones de los intérpretes institucionales reposa, entonces, en la calidad de sus justificaciones. A su vez, la interpretación que realizan los juristas (*i. e.*, la doctrina o la dogmática) también desempeña un papel fundamental en la construcción del derecho y en la determinación de su contenido normativo. Esta relación entre textos, intérpretes y comunidad jurídica

es precisamente la que permite pensar el cambio de respuesta jurídica, en un contexto de estabilidad de los textos, como resultado de la transformación del clima interpretativo.

Los climas interpretativos

Como adelanté, propongo entender al constitucionalismo débil y al constitucionalismo fuerte como dos climas interpretativos distintos. Es decir, como formas de demarcar qué fundamentaciones son aceptables para las decisiones institucionales dentro de una determinada cultura jurídica. Cada clima refleja una determinada orientación en el ejercicio de la interpretación constitucional: ya sea desde la centralidad de la declaración de derechos (y, en especial, de la cláusula de derechos implícitos)⁹ o desde las cláusulas que organizan el poder. Esa orientación revela el propósito que los intérpretes atribuyen a la práctica jurídica y, por tanto, incide en la configuración de la tensión constitutiva de las democracias constitucionales entre derechos y democracia. La interpretación opera como un fuelle judicial capaz de insuflar de contenido o de asfixiar las competencias constitucionales de las ramas políticas y la ciudadanía, en la medida en que determina los márgenes de aquello de lo que puede ocuparse el debate democrático.

Los climas interpretativos se configuran, entonces, por tres variables: (1) qué fuentes normativas se priorizan (qué textos se consideran relevantes), (2) qué reglas de interpretación se aplican (cómo y quién atribuye significado a los textos) y (3) qué propósito general se asigna a la práctica jurídica.

El criterio central para distinguir entre el constitucionalismo débil y el fuerte es la relación que cada uno establece entre derechos y democracia. Esa relación está en el centro de una conocida objeción teórica al diseño institucional del control judicial de constitucionalidad: la «objeción contramayoritaria» (Bickel, 1962). ¿Cómo justificar que órganos no electos, no representativos, que no rinden cuentas y que toman sus decisiones empleando la regla de la mayoría, como es el caso de los tribunales, tengan la última palabra sobre el contenido sustantivo de los derechos constitucionales en sociedades democráticas donde existen desacuerdos razonables? Para John Ely (1997), el control constitucional solo es legítimo si se limita a asegurar el funcionamiento del proceso democrático y a corregir los problemas de participación (*i. e.*, la Corte como árbitro del proceso democrático) y no interviene en «los méritos sustantivos de la opción política» adoptada por la legislación al reglamentar cláusulas constitucionales abiertas (p. 215).

9 La interpretación de la cláusula de derechos implícitos o cláusula de reserva (el artículo 72 del texto constitucional vigente) despertó tardíamente el interés de los juristas. Ese interés fue activado, podría decirse, por la publicación del argentino Arturo Enrique Sampay (1957). Esa demora puede encontrar parte de su explicación en la inexistencia del control de constitucionalidad hasta 1934. A su vez, el comentario doctrinario más completo de la Constitución (elaborado por Justino Jiménez de Aréchaga y centrado en la Constitución de 1942 y sus reformas de 1952) destinaba apenas algunos comentarios generales a esta cláusula (Jiménez de Aréchaga, 1946/1991, p. 378). Alberto Ramón Real y Oscar Sarlo resaltan lo escueto de los comentarios y que, al menos por cuarenta años, la cláusula en cuestión había estado ausente en la elaboración doctrinaria (Real, 1958/2001, p. 40; Sarlo, 2011, p. 1071). En efecto, la cláusula se incorporó en la Constitución de 1917, pero la doctrina constitucional uruguaya, hasta la década del cuarenta, no le prestó atención. Tampoco había sido asunto de especial discusión en la Asamblea Constituyente. La interpretación que propuso Real fue que la redacción uruguaya se había apartado de los modelos estadounidense y argentino «en cuanto incluye en su letra, clarísima, la evidente recepción del iusnaturalismo personalista, que aquellos solo suponen implícita en su espíritu» (Real, 1958, p. 46). Reseñaba, a su vez, los derechos que la interpretación jurisprudencial había alojado en esa cláusula hasta fines de la década del 50. Estrictamente, se trataba de desarrollos de otras cláusulas constitucionales que refieren expresamente a la igualdad, la libertad personal y la seguridad, entre otras (Real, 1958/2001, pp. 57-73). Para un estudio de la interpretación evolutiva de la cláusula de reserva (Bardazano, 2018).

Desde esta perspectiva, las formas débiles de constitucionalismo se justifican por el reconocimiento de desacuerdos persistentes y razonables sobre el contenido de las cláusulas abiertas, lo que torna problemático que una sola institución —el Poder Judicial— sea la que define, en última instancia, su significado normativo (Bayón, 2003, 2004; Tushnet, 2003, 2008; Waldron, 2005). En este marco, Jeremy Waldron (2005) considera el derecho a la participación política como el «derecho de los derechos». Esta prioridad no niega la importancia de los derechos sustantivos, sino que destaca que, en circunstancias en que existen desacuerdos razonables sobre su alcance entre los titulares de los derechos, debe prevalecer el principio de igualdad política y, junto a él, la dignidad de la legislación (p. 277). En este sentido, la objeción contramayoritaria se justifica en los derechos, en la medida en que es el derecho a la participación en la toma de decisiones que nos afectan el que queda comprometido con la institución del control judicial de la constitucionalidad de la legislación.

Por el contrario, las formas fuertes del constitucionalismo conceden a los tribunales la última palabra sobre el contenido de los derechos y desconfían de los resultados del debate democrático. El correlato de una visión fuerte del constitucionalismo es una visión débil de la democracia y, a su vez, el correlato de una visión débil del constitucionalismo es una visión fuerte de la democracia (Bayón, 2004; Gamarra Antes, 2023; Roa, 2015). La conocida expresión de Roberto Mangabeira Unger (1996) acerca del «pequeño y sucio secreto» del pensamiento jurídico contemporáneo es adecuada para calificar las consecuencias del clima interpretativo del constitucionalismo fuerte. La «incomodidad con la democracia» y el «miedo a la acción popular», sostiene, son pasiones que se manifiestan en la cultura jurídica contemporánea, no solo en las «variantes conservadoras» de la doctrina jurídica, sino también en el pensamiento jurídico progresista. Esas pasiones se traducen en la práctica a través de «la incesante identificación de restricciones al gobierno de la mayoría [...]; la responsabilidad dominante de jueces y juristas [...]; el esfuerzo por obtener de los jueces los avances que la política no logra» (Mangabeira Unger, 1996, p. 72).

En el contexto institucional uruguayo, el clima interpretativo del constitucionalismo débil se caracterizó por la centralidad del Parlamento y la legislación, la ausencia de cuestionamientos jurisdiccionales al alcance de sus facultades respecto del otorgamiento de amnistías, la incidencia de juristas del campo del derecho penal (un campo dogmático en el cual ocupan un lugar fundamental la legislación y la indagación de sus alcances) tanto en el asesoramiento técnico al Parlamento como en los argumentos dogmáticos empleados en la justificación de las decisiones judiciales, la adopción de una forma débil de ejercicio del control de constitucionalidad expresado en la deferencia hacia la legislación, el reconocimiento de la relevancia de la participación política de la ciudadanía en la función legislativa y la prioridad de las cláusulas constitucionales que organizan el poder en la orientación de la actividad de los intérpretes.

El predominio de la doctrina constitucionalista (campo dogmático en el cual las cláusulas constitucionales de la declaración de derechos son el centro de la construcción jurídica) en la asistencia técnica al Parlamento y en los argumentos dogmáticos empleados en la justificación de las decisiones judiciales, el trasplante de la doctrina de la indecidibilidad democrática de cuestiones relativas a derechos, una visión que considera que la autoridad final y definitiva para la interpretación de la Constitución es exclusiva de la rama judicial (supremacía judicial), el vaciamiento de contenido normativo de las cláusulas constitucionales que organizan el poder y la preferencia por las cláusulas abiertas en la fundamentación de las decisiones, son los rasgos que caracterizan el constitucionalismo fuerte en el contexto institucional uruguayo.

¿Quién tiene la última palabra en la interpretación constitucional según la Constitución de 1967?

En términos de distribución del poder, la Constitución uruguaya se distingue por su apertura a la participación ciudadana, tanto en la función legislativa como en la función constituyente (Cajarville, 2005). Este rasgo, relativamente excepcional en el constitucionalismo latinoamericano, ha sido destacado por diversos estudios comparativos (Hübner Mendes et al., 2022). A diferencia de los modelos que concentran la autoridad interpretativa en los tribunales constitucionales, el ordenamiento uruguayo prevé una pluralidad de actores con competencia para interpretar la Constitución, con diferentes alcances. En primer lugar, el Parlamento tiene atribuida expresamente la competencia de interpretar la Constitución, sin perjuicio de la competencia que corresponde a la scj en los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad de las leyes.¹⁰ En este esquema, la legislación que concreta las cláusulas constitucionales relativas a los derechos cumple una función interpretativa general y obligatoria del alcance del derecho en cuestión, en tanto traduce, con fuerza de ley, una determinada lectura de la Constitución. Las discrepancias en la interpretación constitucional que puedan tener lugar en ocasión de la aplicación de las leyes por los jueces deben dirimirse, caso a caso, por la scj. La scj puede avanzar una interpretación de la constitución distinta de la realizada por la ley, y ordenar su desaplicación para el caso concreto.

A su vez, la ciudadanía, que tiene iniciativa legislativa y la posibilidad de intervenir para rectificar o ratificar lo aprobado por los representantes, participa en la interpretación constitucional cuando ejerce esas herramientas de democracia directa.¹¹ Al participar en la función legislativa en forma directa ejerce una forma de interpretación constitucional con alcance general, semejante a la del Parlamento. El protagonismo de la participación política de la ciudadanía en la tarea de interpretación constitucional puede captarse en las previsiones constitucionales relativas a la elaboración legislativa y la reforma constitucional. Así, el referéndum contra las leyes fue la herramienta de democracia directa que los uruguayos usamos por primera vez en 1989, propició la intervención de la ciudadanía en el proceso de aprobación de la LC. En general, las decisiones legislativas en las cuales la ciudadanía se abstiene de participar de manera directa cuentan con su deferencia tácita; cuando participa, el resultado de su intervención en el proceso de elaboración de la legislación agrega a la decisión parlamentaria un apoyo expreso, o corrige la forma en que los legisladores ejercieron la representación, y frustra la aprobación del texto sometido a referéndum (Cassinelli, 1989). Además, la rigidez de la Constitución uruguaya es mínima: los procedimientos previstos para su reforma son accesibles. La efectiva posibilidad de ciudadanos y legisladores de «razonablemente promover una reforma permite calificar al constitucionalismo [uruguayo] como débil», a la luz del modelo denominado de «última palabra de un constituyente asequible» (Gamarra Antes, 2023, pp. 115-116).

En resumen, el carácter asequible de los mecanismos de reforma constitucional y la capacidad de la ciudadanía para tomar decisiones constitucionales a través de su participación en la función legislativa o en la función constituyente, alientan formas «debilitadas» del control de constitucionalidad (Dixon, 2007, 2019). Esa orientación parece coincidir con el sentido normativo del sistema jerarquizado de pautas interpretativas establecidas desde el siglo XIX en el título preliminar del Código

¹⁰ Artículo 85 n.º 20 y 256 a 261 de la Constitución Nacional (CN).

¹¹ El artículo 82 CN, referido a la forma democrática republicana de gobierno faculta a la ciudadanía a ejercer directamente la función legislativa a través de la iniciativa y el referéndum y el artículo 79 CN fija las condiciones para su ejercicio.

Civil.¹² Ello así, porque, en el contexto institucional del control judicial de constitucionalidad, el juicio de la scj acerca de la compatibilidad de disposiciones legislativas con el texto constitucional involucra, como es obvio, no solo la interpretación constitucional, sino también la interpretación de las disposiciones legislativas cuya regularidad constitucional se discute (Waldron, 2018a, p. 218).

En los sistemas en los que los jueces no tienen la palabra final en la definición de los desacuerdos sobre la interpretación constitucional, entre los cuales podemos situar al uruguayo, que la reforma de la Constitución sea asequible incentiva a que el cambio constitucional sea resultado del debate democrático. La participación de la ciudadanía en la modificación de los contenidos constitucionales a través de la iniciativa popular y el plebiscito de salida, a la vez, permite rechazar, por considerarlas lecturas que no están justificadas en el texto constitucional, las interpretaciones judiciales y doctrinarias que identifican el control judicial de constitucionalidad con la supremacía judicial. Por el contrario, las mayorías democráticas están en condiciones de proveer, en un proceso que es facilitado por las estructuras constitucionales concretas, nuevos apoyos textuales para decisiones interpretativas futuras (Dixon y Stone, 2016, p. 99).

Las contradicciones en la interpretación constitucional de la Suprema Corte de Justicia en 2009

Paso ahora a presentar un análisis jurídico de la decisión de la scj que protagonizó el choque de climas interpretativos. Las razones que dio el máximo tribunal para un caso concreto fueron determinantes en la posterior condena a Uruguay por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con efectos generales, en su condena internacional a Uruguay.¹³ Es decir, esas razones posibilitaron que se concretara jurídicamente el castigo, a pesar de que la vigencia de una ley votada por el Parlamento y la ciudadanía a través de un mecanismo constitucional de democracia directa sugería lo contrario. El análisis se organiza en torno a tres contradicciones internas de la sentencia, en las que está implicada la consideración que reciben el proceso democrático y la dignidad de la legislación en la interpretación constitucional. En primer lugar, la inclusión de los poderes representativos como partes del proceso judicial. En segundo lugar, el despliegue de un escrutinio riguroso de los aspectos procedimentales de la elaboración de la LC. En tercer lugar, la afirmación de que su contenido es indecible por las mayorías democráticas.

12 La existencia de un sistema jerarquizado de pautas interpretativas establecidas en el Código Civil (arts. 17-20) desde el siglo XIX es otra particularidad de la cultura jurídica uruguaya. Esas pautas establecen que el sentido literal tiene prioridad en la interpretación, y que la intención del legislador o el espíritu de la ley solo pueden invocarse en caso de oscuridad del texto. A su vez, las pautas para la asignación del significado literal privilegian el «uso general» de las palabras. Este énfasis literalista es excepcional en las jurisdicciones de Derecho Civil, donde suele predominar el método de interpretación de la ley sobre la base de la intención del legislador, y donde el sentido literal es uno entre otros insumos de la tarea interpretativa. Tanto la doctrina como la jurisprudencia de la scj han reconocido en esas reglas, incluidas en el título preliminar «De las leyes», una guía para la interpretación más allá de la materia civil. Caffera, en su estudio sobre el «literalismo sudamericano», señala que este conjunto de disposiciones fue tomado por el codificador uruguayo del Código Civil chileno que, a su vez, lo había tomado del Código Civil de la Luisiana. La fuente de inspiración de Narvaja y Bello fue el modelo de interpretación legal inglés, centrado en la importancia que en esa cultura jurídica tiene la ley de origen parlamentario, y en la cual aún hoy rige la llamada *plain meaning rule*. Lo fue, indirectamente a través del código de la Luisiana, los *Comentarios sobre las Leyes de Inglaterra* de Blackstone y los *Comentarios sobre las Leyes Americanas* de Kent (Caffera, 2017).

13 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gelman vs. Uruguay. Sentencia de 24 de febrero de 2011.

La apertura al diálogo institucional

La scj comenzó abriendo el diálogo sobre la interpretación constitucional a las otras ramas del poder. Luego restó relevancia a esas opiniones. Hasta entonces, el Poder Legislativo había evitado participar en este tipo de procesos al responder, cuando era consultado, que carecía de legitimación pasiva.¹⁴ Esta fue la primera y única vez que el Poder Legislativo cambió su actitud: resolvió allanarse.¹⁵ El Poder Ejecutivo también se allanó. Sin embargo, una vez incorporadas esas posiciones, la Corte declaró que los allanamientos «carecen de incidencia en la suerte de la pretensión», ya que la decisión sobre la constitucionalidad de una ley «está reservada exclusivamente» a la scj.¹⁶ ¿Cómo interpretar esa aparente contradicción? Podría sostenerse que la estrategia dialógica impulsada por la propia Corte indica un especial compromiso democrático en el ejercicio del control constitucional (Tushnet, 2003; Waldron, 2004). Pero ese compromiso resulta difícil de conciliar con el declarado desinterés que la propia Corte expresó —como se verá más adelante— por las credenciales democráticas del proceso de aprobación de la LC. Otra posible interpretación es que la apertura al diálogo buscó, más que un intercambio institucional genuino, obtener respaldos políticos explícitos para una decisión que se anticipaba trascendente, tanto por su contenido como por sus efectos. De ese modo, la Corte lograba que el Frente Amplio, a través de su mayoría parlamentaria, hiciera visible su voluntad de dejar de lado una ley aprobada por la ciudadanía.¹⁷ Ese respaldo político tendría un correlato en la expansión del poder de la scj en el ejercicio del control de constitucionalidad.

El escrutinio al proceso de elaboración de la ley: ¿qué aprobó el Parlamento y qué votó la ciudadanía?

En la sentencia, la scj desarrolló un minucioso escrutinio de los aspectos procedimentales de la aprobación de la LC. Aunque reconoció que el Parlamento tenía la facultad de otorgar amnistías, concluyó que esa no era la naturaleza jurídica de la LC. Las objeciones fueron dos: por un lado, la supuesta existencia de una prohibición constitucional que impedía tratar proyectos de ley de amnistía durante 1986; por otro, la falta de las mayorías requeridas para su aprobación. Su apreciación de los hechos (*i. e.*, el procedimiento legislativo de 1986) le permitía a la scj concluir que «el Poder Legislativo excedió el marco constitucional para acordar amnistías».¹⁸

La primera objeción se basó en una controvertida interpretación de una de las disposiciones constitucionales que regulan el trámite legislativo. Se trataba del artículo que establece que, en ciertas circunstancias, un proyecto desechado por una Cámara no se puede volver a presentar hasta la

14 Informe de la Dirección Jurídica del Poder Legislativo del 19 de febrero de 2009, en A. G. Diario de Sesiones n.º 56, tomo 88, 25 de febrero de 2009, p. 281.

15 Si bien en la discusión expresaron su opinión legisladores de todos los partidos políticos, al momento de la votación, solo se encontraban en sala los legisladores del Frente Amplio, un legislador del Partido Independiente y uno del Partido Colorado. La moción de que el Parlamento se allanara a la solicitud de inconstitucionalidad de la LC por las mismas razones que aducía la fiscal penal obtuvo 69 votos en 71 legisladores presentes. A. G. Diario de Sesiones n.º 56, tomo 88, 25 de febrero de 2009.

16 Sentencia scj 2009: Resultando IV y Considerando II.4 y III.4.

17 Durante el debate, se preguntaba el senador Michellini: «¿Y si contestamos tiene efectos jurídicos? No los tiene [...] ¿Tiene efectos políticos? Sí, los tiene, no somos tontos y lo sabemos», y hacía referencia a la «magnitud» y el «interés especial» del caso (Asamblea General. Diario de Sesiones n.º 56, tomo 88, 25 de febrero de 2009, p. 283).

18 scj. Sentencia n.º 365/2009, Considerando III.2.

siguiente legislatura.¹⁹ La Corte entendió que esa norma se aplicaba al tratamiento de la LC, aunque el proyecto enviado por el Poder Ejecutivo²⁰ no había llegado a ser tratado por la Cámara de Representantes, sino que fue rechazado por el Senado en el marco del trámite de urgente consideración. De acuerdo con la doctrina y la práctica legislativa, esa secuencia no encuadra (*i. e.*, no puede ser subsumida) con claridad en la hipótesis de la prohibición.²¹ Además, la Corte optó por una lectura extensiva de la prohibición: consideró que el Parlamento tenía prohibido volver a discutir un mismo tema, no solo un mismo proyecto, dentro de un mismo período legislativo. Esta elección interpretativa, entre varias posibles, privilegió una visión restrictiva de las competencias legislativas. En ese gesto, la scj abandonó sin anunciarlo su tradicional doctrina de la presunción de constitucionalidad de la ley y adoptó la postura inversa: la presunción de inconstitucionalidad.²²

La segunda objeción aducida por la scj para descartar que el contenido normativo de la LC fuese el otorgamiento de una amnistía fue que su artículo 1 no se había aprobado en ambas cámaras con la mayoría absoluta que exige la Constitución para acordar amnistías.²³ Aunque esa mayoría se alcanzó en el Senado, la Corte afirmó que en la Cámara de Representantes había obtenido un voto menos de los requeridos. Esta afirmación era incorrecta. El Diario de Sesiones muestra que, si bien en una primera votación del artículo no se alcanzó la mayoría absoluta, esa votación fue rectificada

19 El artículo 142 de la Constitución dispone que «cuando un proyecto hubiese sido desechado al principio por la Cámara a quien la otra se lo remita, quedará sin efecto por entonces, y no podrá ser presentado hasta el siguiente período de la Legislatura». La regla de trámite refiere a casos en que la cámara que deshecha un proyecto es la segunda en intervenir.

20 La scj sostuvo que esa inhibición se configuraba porque el Senado había rechazado tres meses antes de sancionar la LC el proyecto de ley de «amnistía», remitido por el Poder Ejecutivo (C. SS. «Amnistía de delitos cometidos por funcionarios militares y policiales. Mensaje y proyecto de ley del Poder Ejecutivo». Carpeta n.º 608/1986. Distribuido n.º 391/1986, setiembre de 1986).

21 La scj no mencionó que el artículo 142 nunca fue de interpretación unánime. Una de las interpretaciones, respaldada por prestigiosa doctrina, sostiene que esa norma se refiere a la relación entre el Senado y la Cámara de Representantes, y no meramente a volver a tratar un tema durante la misma legislatura: «determina los efectos del rechazo general de un proyecto por la segunda cámara. Para tal caso, prohíbe que la cámara remitente pueda insistir en presentarlo de inmediato». A esa interpretación literal del texto, difícil de objetar, el constitucionalista agregaba el propósito que podía inferirse de la disposición: «Sería perturbador del trabajo parlamentario que una cámara pudiera estar insistiendo ante la otra con un mismo proyecto que ha sido ya rechazado recientemente» (Jiménez de Aréchaga, 1946, pp. 184-187).

22 Ahora bien, es interesante tener presente que pocos días antes la scj había reafirmado su apego a la doctrina de la presunción de constitucionalidad de las leyes: «Esta Corporación, en forma reiterada, ha señalado que [...] debe partirse de la consideración que las leyes cuentan con una presunción de regularidad constitucional [...]. Debe regir el principio de regularidad de la ley, como expresión de la seguridad jurídica, pues los órganos públicos y salvo que se demuestre lo contrario, actúan —deben actuar— dentro del ámbito de sus atribuciones». Y agregaba que «las Leyes gozan del amparo de presumírselas ajustadas a la normativa constitucional siendo de excepción su ilegitimidad: presunción de la que solo procede apartarse en caso de que quien la invoca demuestre, de manera fehaciente e indiscutible, que existe una real e inequívoca inconciliabilidad u oposición con textos o principios de la Carta (cf. Sentencias. n.ºs 212/65, 64/67, 114 y 900/95, entre otras; cf. Vescovi, E. (1967). El proceso de inconstitucionalidad de la ley. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de la República, pp. 130-131) (cf. Sentencia n.º 256/1997)» (scj. Sentencia n.º 348/2009, 02 de octubre de 2009, Considerando II). Consideradas ambas sentencias, el cambio en el caso Sabalsagaray podría ser nada más que una expresión del decisionismo del máximo tribunal del país que, haciendo gala del poder de quien tiene la palabra final en los casos concretos, lo ejerce discrecionalmente.

23 Artículo 85 numeral 14 de la Constitución: «A la Asamblea General compete [...] acordar amnistías en casos extraordinarios, por mayoría absoluta de votos del total de componentes de cada Cámara».

de inmediato, y en la rectificación se alcanzó la mayoría absoluta requerida por la Constitución.²⁴ En suma, el argumento, por más curioso que pueda parecer, estaba basado en una lectura incompleta del Diario de Sesiones, lo que sugiere tanto una lectura precipitada como un sesgo en la evaluación del procedimiento legislativo.²⁵ La omisión de este dato y la interpretación restrictiva de la disposición constitucional sobre el trámite parlamentario confluyen en una estrategia argumental para sostener la inconstitucionalidad por razones de forma de la ley. Frente a opciones interpretativas razonables que habrían permitido sostener la validez del procedimiento legislativo, la scj no exploró el camino de la deferencia hacia el legislador.²⁶ Con ello, se apartó de su jurisprudencia previa sin reconocerlo expresamente e invirtió la lógica de su doctrina tradicional.

El tratamiento que la scj dio al referéndum de 1989 refuerza esta orientación. Sostuvo que la ratificación de la ley por la ciudadanía no podía «sanear» los vicios formales del procedimiento legislativo. Además, declaró que la cuestión sometida al pronunciamiento ciudadano pertenecía a la «esfera de lo indecible»²⁷. Ambas afirmaciones reflejan una comprensión restrictiva del derecho a la participación política. La scj no consideró siquiera la interpretación que ve en el referéndum una etapa del proceso de aprobación de una ley, activada por la ciudadanía en ejercicio de su derecho a participar en la función legislativa. Una lectura más respetuosa de los compromisos constitucionales con los derechos y la democracia habría reconocido que, si la ciudadanía opta por pronunciarse sobre

24 En efecto, de las actas parlamentarias surge que el artículo 1 fue votado por 57 diputados en 84 presentes (C. RR. Diario de Sesiones n.º 1923, tomo 627, 21 de diciembre de 1986, p. 255), cumpliéndose la exigencia de mayoría absoluta del total de componentes de la Cámara.

25 Las objeciones a la regularidad constitucional del procedimiento de elaboración de la ley alcanzan en la sentencia al valor normativo que le atribuye la Corte a la participación directa en la función legislativa que el artículo 82 asigna a la ciudadanía: «es opinable que [...] haya saneado el vicio formal de la falta de mayoría especial [...] [porque] el Soberano no fue convocado para pronunciarse sobre la naturaleza jurídica ni sobre las mayorías con las que fue dictada la ley» (scj. Sentencia n.º 365/2009, Considerando III.3). La pregunta por la incidencia de la ciudadanía era pertinente, pues más allá de los defectos en que pudieran haber incurrido los representantes, el pronunciamiento directo de los representados (que deciden de nuevo —si aprueban o no un texto— lo que antes decidieron los legisladores), se podía entender como una instancia de aprobación del texto de la ley que los tornaba irrelevantes. La Corte no dijo que la ciudadanía no podía subsanar los problemas en cuestión, sino que no fue eso, en sentido estricto, lo que se le preguntó. Vale decir, que la ciudadanía en 1989 fue interrogada sobre si deseaba confirmar la ley y no si deseaba subsanar los defectos que la scj detectó, veinte años después, en el procedimiento de aprobación de la ley.

26 En rigor, tanto la ausencia de la palabra *amnistía* en el texto finalmente aprobado (expresamente consignada, en cambio, en el texto rechazado por el Senado) como la rectificación de la votación para alcanzar la mayoría especial requerida por el artículo 85 numeral 14 CN son datos que, al contrario de lo que sostuvo la Corte, podrían ser interpretados afirmando que la intención del legislador fue votar una amnistía expresada en los problemáticos términos: «ha caducado la pretensión punitiva del Estado». En efecto, el artículo 17 del Código Civil establece que cuando el tenor literal de la ley no es claro puede recurrirse para interpretarla a la intención del legislador manifestada en la propia ley o en la «historia fidedigna de su sanción» que, básicamente, se encuentra en los diarios de sesiones (C.SS. Amnistía de delitos cometidos por funcionarios militares y policiales. Mensaje y proyecto de ley del Poder Ejecutivo. Carpeta n.º 608/1986. Distribuido n.º 391/1986, setiembre de 1986; C.SS. Diario de sesiones, n.º 132, t. 300 [02 de setiembre de 1986], n.º 135, t. 301 [09 de setiembre de 1986], n.º 140, t. 301 [24 de setiembre de 1986], n.º 142, t. 302 [28 de setiembre de 1986], n.º 146, t. 302 [07 de octubre de 1986]; C.SS. Comisión Especial de Amnistía. Proyecto Preclusión de la pretensión punitiva del Estado y clausura de procedimientos contra funcionarios policiales y militares. Carpeta n.º 710/1986; C.SS. Comisión Especial de Amnistía. Proyecto Previsiones legales para el caso en que militares y policías, asimilados o equiparados, podrían someterse a juicio conforme a la ley. Carpeta n.º 711/1986 [18 de diciembre de 1986]; C.SS. Diario de Sesiones, n.º 165, t. 304, [18-19 de diciembre de 1986], n.º 166, t. 304 [19-20 de diciembre de 1986], n.º 167, t. 304 [20-21 de diciembre de 1986]; C.RR. Diario de sesiones, n.º 1923, t. 627 [21.12.1986]).

27 scj. Sentencia n.º 365/2009, Considerando III.3.

una ley aprobada por el Parlamento, esa participación merece un peso normativo relevante en la interpretación constitucional.

¿El Parlamento y la ciudadanía habían decidido sobre lo indecible?

Tras un escrutinio minucioso —aunque no exento de errores e interpretaciones discutibles— sobre el procedimiento legislativo, la scj avanzó un paso más y sostuvo que el contenido de la LC no podía haber sido objeto de decisión democrática. Para justificar esta afirmación, incorporó en su razonamiento la doctrina de la «esfera de lo indecible» y la vinculó al significado normativo del artículo 72 de la Constitución (la cláusula de derechos implícitos).²⁸

Citando a Ferrajoli (2008), la scj afirmó que los derechos fundamentales están «sustraídos a la esfera de la decisión política» (p. 55) y consideró que esa concepción reflejaba el «aumento del peso de la jurisdicción en el sistema de los poderes públicos» (pp. 212-213). Esta doctrina ha sido objeto de críticas por su carácter paternalista, al expresar «desconfianza [...] hacia las capacidades morales de las personas en la determinación y defensa de sus derechos» (Alterio, 2011, p. 35), y también por su elitismo, al reforzar la idea de que los asuntos importantes deben quedar en manos de expertos y no del debate público (Gargarella, 2016a, 2016b, 2016c). En su mejor luz, sin embargo, se trata de una afirmación doctrinaria que, en términos muy fuertes, ofrece un fundamento para afirmar la supremacía constitucional frente a decisiones legislativas que comprometen garantías individuales. La Corte empleó, entonces, una justificación de la supremacía constitucional para afirmar la supremacía judicial. A esta línea interpretativa, la Corte sumó la doctrina del «bloque de derechos humanos» al significado normativo de la cláusula de derechos implícitos.²⁹ Ambas doctrinas proveyeron el apoyo para la cancelación de la relevancia del desacuerdo democrático frente a la indisponibilidad democrática del derecho de acceso a la justicia penal de las víctimas y sus familiares.

Empleando una cita de Real, la Corte recordó que en esa cláusula hay una «clarísima recepción [...] del iusnaturalismo liberal» y, en consecuencia, dijo compartir

la línea de pensamiento según la cual las convenciones internacionales de derechos humanos se integran [a la Constitución] por la vía del art. 72, por tratarse de derechos inherentes a la dignidad humana que la comunidad internacional reconoce en tales pactos.³⁰

Apoyada en esa premisa, recurrió a la opinión de Martín Riso (2006), a través de una cita indirecta del constitucionalista chileno Humberto Nogueira Alcalá (2003, 2006), que afirma la existencia «en América Latina [de] una poderosa corriente cada vez más generalizada que reconoce un bloque de derechos» que se integra con los derechos expresamente establecidos en la Constitución, los derechos contenidos en el derecho internacional de los derechos humanos y los derechos implícitos. Si bien la afirmación es empírica y, en ese sentido, que existiera esa corriente no la hacía obligatoria para la scj, la doctrina recibida trae consigo una directiva interpretativa. El «bloque de derechos» que se propone como contenido normativo implícito en una cláusula constitucional abierta se debe interpretar, según esta doctrina elaborada en el contexto institucional de la Constitución chilena de 1980, siguiendo una «directiva de preferencia». Esa directiva exige a los jueces preferir «la fuente que mejor protege y garantiza los derechos de la persona».³¹ Dejando de manifiesto que se proponía una interpretación evolutiva en sintonía con el llamado «nuevo constitucionalismo latinoamericano»

28 scj. Sentencia n.º 365/2009, Considerando III.3.

29 scj. Sentencia n.º 365/2009, Considerando III.8.

30 scj. Sentencia n.º 365/2009, Considerando III.8.

31 scj. Sentencia n.º 365/2009, Considerando III.8.

(Bonilla, 2016; Gargarella, 2014; Uprimny, 2011), la SCJ sostuvo que, «analizada la cuestión en su contexto [...] no puede ahora invocarse» como defensa que el derecho (la Constitución y las leyes) de los Estados puede restringir «derechos inherentes a la dignidad humana». Ello así porque, «los derechos humanos han desplazado el enfoque del tema» y «ya no se puede» tomar como punto de partida en la interpretación constitucional que los derechos pueden ser objeto del debate democrático.

Así, la SCJ en 2009, afirmaba que en 1986 (al momento de sancionarse la LC), en 1988 (al momento de dictarse la primera sentencia de la SCJ) y en 1989 (al decidirse si la ciudadanía respaldaría o no el texto aprobado por el Parlamento) «debían tenerse en cuenta los derechos expresamente mencionados por el texto constitucional más los que progresivamente se fueron agregando por la ratificación de diversos tratados internacionales de derechos humanos». En la extensa enumeración de insumos que debían tenerse en cuenta incluyó, además de los pactos internacionales de derechos humanos, las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (IDH) que «declaran nulas leyes de amnistía dictadas para impedir el castigo de los responsables de violaciones graves de derechos humanos»³² y la sentencias de la Corte Suprema argentina en las cuales, en 2005 y 2007, había considerado «inválidas e inconstitucionales» las leyes de Punto Final y Obediencia Debida. El argumento de la Corte argentina que la Corte uruguaya consideró pertinente fue articulado del siguiente modo: «Esas leyes de amnistía —similares a la nuestra— no tienen en cuenta la jerarquía constitucional de los derechos humanos, conforme al artículo 75 numeral 22 de la Constitución argentina a partir de la reforma constitucional de 1994».³³ En ese pasaje, la SCJ equiparó el efecto normativo de una reforma constitucional explícita con el de una construcción doctrinaria basada en la interpretación dinámica de una cláusula abierta. Lo que se reprochó, entonces, no fue una omisión imputable a los actores institucionales de los años ochenta, sino su incapacidad para anticipar un giro interpretativo que sería consolidado dos décadas más tarde. Esta expectativa retrospectiva, sin embargo, no parece jurídicamente exigible, sino más bien reveladora de un cambio en el modo en que los derechos humanos comenzaron a ser utilizados como fundamento último de las decisiones judiciales después (Markarian, 2006; Moyn, 2010).³⁴

32 Casos Barrios Altos vs. Perú (2001), Almonacid Arellano y otros vs. Chile (2006), La Cantuta vs. Perú (2006). Es importante tener en cuenta que esos mismos precedentes, entre otros, serán citados por la Corte IDH en 2011 en el caso Gelman vs. Uruguay.

33 Desde 1994, el texto constitucional argentino establece que los tratados de derechos humanos tienen, en el ordenamiento jurídico argentino, jerarquía constitucional.

34 En 1985 y 1986 existieron proyectos de ley que adoptaban el lenguaje de los derechos humanos y no obtuvieron respaldo parlamentario, ni aun de organizaciones como Familiares de Detenidos Desaparecidos. El proyecto Zumarán Batalla, por ejemplo, en cuya inspiración estaba el Estatuto del Tribunal de Nuremberg no fue apoyado por la organización de familiares de las víctimas, ni tuvo apoyos en las fracciones partidarias interesadas en juzgar las violaciones de los derechos humanos. En efecto, el proyecto denominado «Derechos humanos. Se establecen normas para la investigación de violaciones graves» (C. SS. Comisión de Constitución y Legislación. Distribuido n.º 155/1985) fue presentado por los senadores Gonzalo Aguirre, Hugo Batalla, Enrique Martínez Moreno y Alberto Zumarán y enviado a la Comisión el 30 de mayo de 1985 (C. SS. Diario de Sesiones n.º 32, tomo 289, 30 de mayo de 1985, p. 289; Comisión de Constitución y Legislación, Carpeta n.º 214/1985. Distribuido n.º 151/1985, junio de 1985). El contenido de ese proyecto fue luego incluido en el proyecto de ley presentado por Zumarán y Batalla (C. SS. «Derechos humanos. Normas para su defensa». Comisión de Constitución y Legislación, Carpeta n.º 433/1985. Distribuido n.º 621/1985, diciembre de 1985). La iniciativa ingresó el 12 de diciembre de 1985 (C. SS. Diario de Sesiones n.º 83, tomo 295, 12 de diciembre de 1985, p. 195). En setiembre de 1986, la primera iniciativa, fue retomada en algunos de sus aspectos, por un proyecto presentado por legisladores del Partido Nacional. Ninguno de los dos primeros proyectos consiguió pasar de la comisión al pleno de la Cámara de Senadores. El último fue votado negativamente a comienzos de octubre de 1986. Otro ejemplo que ilustra la falta de sustento normativo del reproche de la SCJ de 2009 a las decisiones tomadas en los primeros años de democracia, es la iniciativa que promovía sancionar una ley que tipificara los delitos de lesa humanidad, que no fue siquiera discutida.

En definitiva, la tensión entre derechos y democracia fue resuelta por la scj al retirar la cuestión del castigo de las violaciones de derechos humanos de la esfera de lo que podía ser tratado en el debate democrático. La doctrina de la «esfera de lo indecible» y la interpretación dinámica de la cláusula de derechos implícitos proveyeron, en palabras de Waldron (2018b), una forma de evitar la defensa de la decisión interpretativa de que «un derecho constitucional está en juego [sin] defender dicho razonamiento a la luz de la preocupación democrática» (p.24). En ese sentido, afirmar que un determinado derecho «se deriva implícitamente —en lugar de expresamente— del texto constitucional [...] debería suponer una carga argumentativa significativa al momento de explicar los movimientos interpretativos que fueron necesarios para arribar a dicha conclusión» (Waldron, 2018b, p. 25).

Consideraciones finales

En octubre de 2009 tuvieron lugar dos eventos institucionales de signo contrario, expresión del enfrentamiento entre climas interpretativos opuestos. Por un lado, la decisión de la scj que afirmó que la ciudadanía no podía intervenir en cuestiones que involucraran derechos. Por otro, el plebiscito mediante el cual esa misma ciudadanía culminaba el ejercicio de su potestad constituyente y decidía sobre una cuestión que, según la Corte, no podía decidir. Entre todos los eventos institucionales del período abierto en 1985, son estos los que permiten advertir con mayor nitidez la superposición, y al mismo tiempo el conflicto (real, no teórico ni doctrinario), entre los climas interpretativos del constitucionalismo débil y del constitucionalismo fuerte.

Intentar comprender el sentido jurídico de un desacuerdo moral y político persistente no equivale a desconocer que, tal vez, al final, para muchos actores institucionales, el derecho sea solo un recurso para legitimar públicamente sus opiniones circunstanciales, o el reflejo de decisiones adoptadas al influjo de los cambios políticos regionales del momento. No se me escapa, pues, que los desplazamientos en los climas interpretativos responden a factores que rara vez quedan registrados de forma expresa en las decisiones, y que la perspectiva de los gobiernos sucesivos ha incidido de maneras que los procedimientos aparentemente dialógicos y las doctrinas interpretativas adoptadas por la scj no alcanzan a esclarecer. Con todo, si la autoridad del derecho reside en su capacidad para proveer esquemas comunes que permiten planificar la vida y coordinar la acción en sociedades plurales, entonces el procedimiento y los fundamentos de las decisiones colectivas que posibilitan adoptar un punto de vista común revisten una importancia central. Aunque, por supuesto, la decisión institucional de un curso de acción no elimina el hecho del desacuerdo (Waldron, 2005).

En setiembre de 1986 el senador Manuel Flores Silva presentó un proyecto de ley que modificaba varios artículos del Código Penal a través de la incorporación a ese código de los delitos de lesa humanidad. Incluía el delito de tortura, el de ocultamiento de paradero y delitos contra la libertad política. Para los dos primeros se establecía la imprescriptibilidad y la prohibición de alegar causales de justificación. La exposición de motivos señalaba que si bien el Código Penal contaba con tipos penales adecuados para calificar las violaciones de los derechos humanos ocurridas durante la dictadura (abuso de autoridad contra los detenidos, lesiones, homicidio) se proponía actualizar para el futuro la normativa de acuerdo a la doctrina internacional que había inspirado en los cincuenta el «Proyecto de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad» de la comisión de derecho internacional de la ONU, que no había sido aprobado, pero tenía carácter de doctrina inspiradora. La frase final de la exposición de motivos es elocuente acerca de la comprensión de los derechos humanos. Permite colegir que la calificación como delitos de lesa humanidad de las violaciones a los derechos humanos ocurridas en la dictadura no estaba disponible: «el país puede abocarse a ubicar la trascendente cuestión del respeto a los derechos humanos en el territorio al que verdaderamente pertenece: el futuro». El proyecto no fue considerado (C. SS. Comisión especial. Carpeta n.º 639 de 1986. Distribuido n.º 459, setiembre de 1986). La inspiración de estas iniciativas no apareció de un modo normativamente determinante, sino hasta 2009.

El allanamiento de los poderes representativos puede parecer un dato meramente procesal, sin mayor peso político. Pero la excepcionalidad del trámite y la apertura de la scj al involucramiento del Parlamento y del Poder Ejecutivo ameritan atención. Esa apertura puede leerse como una forma de revisión dialógica, y en esa clave, como un reconocimiento de la «inevitable tensión que existe, dentro del constitucionalismo democrático, entre sus compromisos con el autogobierno popular y el establecimiento de limitaciones sobre las mayorías populares» (Tushnet, 2014, p. 106). Esta innovación podría haber servido como base para abandonar la jurisprudencia consolidada desde 1988 sobre la LC, en favor de una interpretación apoyada por diversos actores constitucionales y, a la vez, respetuosa del proceso democrático (Ely, 1997, pp. 128-131; Tushnet, 2014, p. 111). Sin embargo, al desestimar la relevancia de esas voces y caracterizar el objeto de la decisión como un asunto indecible por las mayorías, la scj terminó por consolidar una versión fortalecida del control constitucional: resolvió la tensión entre derechos y democracia mediante una ampliación significativa de los límites a la participación política y una afirmación contundente de la supremacía judicial.

La scj afirmó que el Parlamento podía otorgar amnistías, pero que lo había hecho en forma incorrecta en términos procedimentales. Para fundamentarlo, empleó una disposición no aplicable al caso y dio por probado un hecho de manera errónea. Sin embargo, las fuentes que la Corte tenía a disposición permitían concluir que en 1986 no era posible alcanzar la mayoría constitucionalmente requerida para acordar una amnistía a militares y policías, llamando a las cosas por su nombre.

El hecho de que la sentencia dedicara su desarrollo principal a un escrutinio formal riguroso del procedimiento legislativo sugiere que, en 2009, el clima interpretativo aún exigía que, aunque erróneas, se dieran razones que pudieran conectarse con las cláusulas constitucionales que organizan el poder y, en especial, con las que regulan el proceso legislativo y establecen las competencias del Parlamento. A pesar de haber dejado constancia del declarado interés político del partido de gobierno, aún era necesario que la decisión incluyera fundamentos interpretativos conectados con normas constitucionales que establecen competencias. Las tensiones internas de la sentencia, por tanto, revelan su carácter transicional: es una decisión situada en el pasaje de un clima interpretativo a otro.

La sentencia de 2009 constituye una instancia clave en el extenso debate sobre el castigo de las violaciones de los derechos humanos cometidas durante la dictadura. Las decisiones del Parlamento y la ciudadanía tomadas en los ochenta no fueron consideradas por la scj como decisiones pasadas con autoridad normativa para orientar el control de constitucionalidad hacia la protección del proceso democrático (Ely, 1997). Menos de una semana después, tendría lugar una votación en el marco del procedimiento de reforma constitucional, impulsada por iniciativa popular, que buscaba anular la LC. Es decir, veinte años después del ejercicio del derecho a la participación política en la función legislativa, estaba por concretarse su ejercicio en la función constituyente. Invocar como fundamento decisivo que la cuestión no podía ser tratada por mecanismos democráticos resultaba, en ese contexto, al menos inoportuno. Y más aún si no se reconocía que podía ser opinable, no evidente ni incontrovertible, que la voz jurisdiccional fuera la única autorizada para interpretar la Constitución.

El empleo de la doctrina de la indecidibilidad democrática como fundamento último puede ser leído, entonces, como la imposición enérgica de la supremacía judicial, que da un golpe en la mesa. Si la scj tiene la última palabra sobre «el contenido preciso de los límites al funcionamiento de la regla de la mayoría», entonces correspondía advertir a quienes desearan participar del debate democrático sobre cuestiones que involucran derechos que, por más serio e incluso que fuera su esfuerzo, ese tipo de cuestiones no dependían de ellos (Bayón, 2003, p. 220). El plebiscito por iniciativa popular volvió a poner sobre la mesa esa tensión entre la interpretación judicial y la disponibilidad democrática de la interpretación constitucional.

El deslizamiento hacia la doctrina de la supremacía judicial en la interpretación constitucional quedó también de manifiesto en el abandono de la doctrina de presunción de constitucionalidad de la legislación. Ensayar un escrutinio exigente del trámite parlamentario en un caso vinculado al castigo de las violaciones de derechos humanos durante la dictadura, podría representar un uso estratégico del control constitucional y de los derechos. Con la finalidad de legitimar un especial fortalecimiento del poder de la Corte en el ejercicio del control de constitucionalidad los derechos podrían funcionar como «sobornos» (Dixon, 2018). Adicionalmente, si la scj, también en octubre de 2009 y con la misma integración, presentaba en dos de sus decisiones doctrinas opuestas sobre la deferencia a la decisión mayoritaria, el decisionismo se confirmaría: lo que la Corte retira del debate democrático se define caso a caso (Post, 2003).

La decisión de la scj en el caso Sabalsagaray es una sentencia de transición, atravesada por tensiones internas. La he elegido como objeto de análisis con el propósito de aportar a la reflexión sobre el papel de los intérpretes jurídicos en las transformaciones de la cultura jurídica y, en particular, en el cambio de respuesta institucional en torno al castigo a militares y policías. Lo que esos intérpretes articularon puede leerse como una condena política a la dictadura y a las soluciones de impunidad adoptadas en los años ochenta, expresada en términos jurídicos décadas más tarde. Tal vez eso sea lo que vuelve especialmente difícil expresar, también de forma jurídica, qué hay en los fundamentos de estas decisiones —tomadas desde 2009— que, a pesar de juzgar con rigor acciones amparadas por el Estado, cometidas en contextos no democráticos, resultan incómodas para quienes privilegian los compromisos democráticos.

Espero haber logrado articular en este análisis las razones por las cuales resulta difícil identificar en los fundamentos interpretativos de la sentencia una conexión reconocible con decisiones institucionales pasadas que los uruguayos podamos reconocer como nuestras. Esa dificultad es el núcleo de la preocupación que motivó este trabajo: la posibilidad de que decisiones judiciales concretas, como las relativas al castigo por violaciones de derechos humanos durante la dictadura, debiliten la democracia uruguaya al disociarse del ejercicio del derecho a la participación política, que fue central en ese debate.

La discusión jurídica sobre el castigo de esas violaciones fue el escenario de un cambio más amplio en la cultura jurídica, expresado en el clima interpretativo. Ese cambio trasciende esa cuestión concreta. La trasciende porque incide directamente en la tensión normativa constitutiva del doble compromiso constitucional con los derechos y con la democracia, al favorecer una comprensión elitista de la distribución del poder en la Constitución uruguaya.

Referencias

- ALTERIO, M. (2011). La «esfera de lo indecible» en el constitucionalismo de Luigi Ferrajoli: un análisis crítico. *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, 13, 3–36.
- BARDAZANO, G. (2018). Los derechos y la interpretación constitucional: la mutación en construcción. *Anuario del Área Socio-Jurídica*, 10(1), 1–15. <https://www.indexlaw.org/index.php/AnuariodelAreaSocioJuridica/article/view/5055>
- BARDAZANO, G. (2024). *Interpretación, derechos y democracia en el Uruguay contemporáneo: cuando nos muramos todos*. Fundación de Cultura Universitaria.
- BAYÓN, J. C. (2003). Derechos, democracia y Constitución. En M. Carbonell (Ed.), *Neoconstitucionalismo(s)* (pp. 211–238). Trotta.
- BAYÓN, J. C. (2004). Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo. En J. Betegón, F. Laporta, L. Prieto y J. de Páramo (Eds.), *Constitución y derechos fundamentales* (pp. 67–138). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- BICKEL, A. (1962). *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*. Bobbs-Merrill.
- BONILLA, D. (Comp.). (2016). *El constitucionalismo en el continente americano*. Siglo del Hombre Editores.

- CAFFERA, G. (2017). Statutory interpretation in the civil codes: South American literalism and Blackstone. *Latin American Legal Studies*, 1, 1-50.
- CAJARVILLE, J. P. (2005). Poder público y participación ciudadana en el derecho uruguayo. *Revista de Derecho Público*, 14(28), 17-38.
- CASSINELLI, H. (1989). Alcance del recurso del referéndum sobre el capítulo 1 de la ley 15.848. En J. L. Bruno (Comp.), *El referéndum uruguayo del 16 de abril de 1989* (pp. 195-202). Centro de Asesoría y Promoción Electoral, Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- DIXON, R. (2007). Creating dialogue about socioeconomic rights. Strong-form versus weak-form judicial review revisited. *International Journal of Constitutional Law*, 5(3), 391-418.
- DIXON, R. (2018). Los derechos constitucionales como sobornos [Constitutional rights as bribes]. *Revista Derecho y Sociedad*, 51, 233-263.
- DIXON, R. (2019). The forms, functions, and varieties of weak(ened) judicial review. *International Journal of Constitutional Law*, 17(3), 904-930.
- DIXON, R. y STONE, A. (Eds.). (2016). Constitutional amendment and political constitutionalism. A philosophical and comparative reflection. En D. Dyzenhaus y M. Thorburn (Eds.), *Philosophical foundations of constitutional law* (pp. 137-154). Oxford University Press.
- ELY, J. (1997). *Democracia y desconfianza: una teoría del control constitucional*. Siglo del Hombre Editores; Universidad de los Andes.
- FERRAJOLI, L. (2008). *Democracia y garantismo*. Trotta.
- GAMARRA ANTES, D. (2023). Decisiones constitucionales sobre especificación de derechos. Contribuciones para un modelo más comprometido con la democracia. *Revista de Derecho del Estado*, 56, 103-130.
- GARGARELLA, R. (2014). *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Katz.
- GARGARELLA, R. (2016a). *Castigar al prójimo. Por una refundación democrática del derecho penal*. Siglo XXI.
- GARGARELLA, R. (2016b). Tribunales internacionales y democracia: enfoques deferentes o de interferencia. *Revista Latinoamericana de Derecho Internacional*, (4), 1-17.
- GARGARELLA, R. (2016c). Recuperar el lugar del «pueblo» en la Constitución. En R. Gargarella y R. Niembro (Coords.), *Constitucionalismo progresista. Retos y perspectivas* (pp. 15-61). Universidad Nacional Autónoma de México.
- HÜBNER MENDES, C., GARGARELLA, R. y GUIDI, S. (Eds.). (2022). *The Oxford Handbook of Constitutional Law in Latin America* (pp. 256-281). Oxford University Press.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, J. (1946). *La Constitución Nacional* (Vol. IV). Medina.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, J. (1991). *La Constitución Nacional* (Vol. I). Cámara de Senadores. (Obra original publicada en 1946)
- KAHN, P. (2001). *El análisis cultural del derecho: una reconstrucción de los estudios jurídicos*. Gedisa.
- MANGABEIRA UNGER, R. (1996). *What should legal analysis become?* Verso.
- MARKARIAN, V. (2006). *Idos y recién llegados. La izquierda uruguaya en el exilio y las redes transnacionales de derechos humanos, 1967-1984*. Ediciones de la Vasija/Correo del Maestro; Centro de Estudios Interdisciplinarios Uruguayos.
- MOYN, S. (2010). *The last utopia: Human rights in history*. Harvard University Press.
- NOGUEIRA, H. (2003). Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia. *Ius et Praxis*, 9(1), 403-466.
- NOGUEIRA, H. (2006). *Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos*. Librotecnia.
- POST, R. (2003). The Supreme Court 2002 term. Foreword: Fashioning the legal constitution: Culture, courts, and law. *Harvard Law Review*, 117(1), 4-27.
- POST, R. y SIEGEL, R. (2013). *Constitucionalismo democrático. Por una reconciliación entre Constitución y pueblo*. Siglo XXI.
- REAL, A. R. (2001). Los principios generales de derecho en la Constitución uruguaya: Vigencia de la estimativa jusnaturalista. En H. Barbé Pérez, A. R. Real, J. P. Cajarville Peluffo y D. H. Martins, *Los principios generales de derecho en el derecho uruguayo y comparado* (pp. 33-81). Fundación de Cultura Universitaria. (Obra original publicada en 1958)

- RISSE, M. (2006). *Derecho constitucional* (Tomo 1, 2.ª ed. ampliada y actualizada). Fundación de Cultura Universitaria.
- ROA, J. (2015). El modelo de constitucionalismo débil y la legitimidad de la justicia constitucional en Colombia. En M. Correa Henao y P. Robledo Silva, *Diseño institucional del Estado democrático en América Latina* (pp. 113-136). Universidad Externado de Colombia.
- SAMPAY, A. E. (1957). *La declaración de inconstitucionalidad en el derecho uruguayo*. Medina.
- SARLO, Ó. (2011). Derechos, deberes y garantías implícitos en la Constitución uruguaya. Un análisis de filosofía política y epistemología del derecho. En M. C. Vázquez Pedrouzo (Coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Juan Pablo Cajarville Peluffo* (pp. 1069-1099). Fundación de Cultura Universitaria.
- SUNSTEIN, C. y VERMEULE, A. (2002). *Interpretation and institutions* [Working Paper]. University of Chicago Public Law and Legal Theory. <http://www.law.uchicago.edu/academics/publiclaw/index.html>
- TUSHNET, M. (2003). New forms of judicial review and the persistence of rights and democracy-based worries. *Wake Forest Law Review*, 38, 813-838.
- TUSHNET, M. (2008). *Weak courts, strong rights. Judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. Princeton University Press.
- TUSHNET, M. (2014). Revisión judicial dialógica. En R. Gargarella (Comp.), *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática* (pp. 105-116). Siglo XXI.
- UPRIMNY, R. (2011). Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos. En C. Rodríguez Garavito (Coord.), *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico en el siglo XXI* (pp. 109-138). Siglo XXI.
- WALDRON, J. (2004). Some models of dialogue between judges and legislators. *Supreme Court Law Review*, 23(2), 9-21.
- WALDRON, J. (2005). *Derecho y desacuerdos*. Marcial Pons. (Obra original publicada en 1999)
- WALDRON, J. (2016). *Political political theory*. Harvard University Press.
- WALDRON, J. (2018a). *Contra el gobierno de los jueces. Ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales*. Siglo XXI.
- WALDRON, J. (2018b). Control de constitucionalidad y legitimidad política. *Dikaion*, 27(1), 7-28.