

Debatando la revista: democracia y derechos humanos.

A propósito del artículo de Gianella Bardazano: «Sobre la última palabra en la interpretación constitucional y el alcance de la ley de caducidad»

Debaten: Lucas Martín,¹ Emilio Crenzel² y Gianella Bardazano³
Modera: Vania Markarian⁴

Vania Markarian: Abrimos por segunda vez este espacio nuevo de discusión de nuestra revista *Contemporánea* sobre un texto antes sometido a evaluación para contribuir a su lectura, a que los artículos tengan más circulación y lectores. En este caso, se trata de una contribución que tiene mucho que ver con el tema del *dossier* de este número y con los cuarenta años de transición de vuelta a la democracia en Uruguay. Convocamos a dos colegas argentinos, Lucas Martín, de la Universidad Nacional del Sur, y Emilio Crenzel, de la Universidad de Buenos Aires, con extensas trayectorias en los problemas planteados por las formas de procesar las violaciones a los derechos humanos durante la última dictadura en su país. El texto de Gianella, basado en su reciente tesis de doctorado, aborda desde la perspectiva del derecho esas temáticas para el caso uruguayo y ofrece una mirada polémica que queremos ahora proponer como eje de una conversación. Más precisamente, como dice el resumen, el artículo «examina el cambio en la interpretación jurídica uruguaya sobre la ley de caducidad, que en los años ochenta fue aprobada por el Parlamento y ratificada en referéndum, pero en 2009 fue declarada inconstitucional por la Suprema Corte de Justicia». Propone la noción de «clima interpretativo: el marco de elecciones acerca de qué textos son relevantes, qué reglas de interpretación se aplican y cuál es el propósito de la práctica jurídica». Con base en esa noción, sostiene que en Uruguay se pasó «del constitucionalismo débil, que reconoce un papel central al Parlamento y a la ciudadanía, hacia un constitucionalismo fuerte, que privilegia la supremacía judicial». Dejamos entonces la palabra a los comentaristas y escuchamos luego las reacciones de la autora. Gracias a todos por su buena disposición para el encuentro de hoy.

Lucas Martín: Gracias por la invitación, gracias a la revista *Contemporánea*, al comité académico y a la autora del artículo. Además de los agradecimientos, querría subrayar el hecho de que la autora sea abogada porque, en las discusiones y conversaciones sobre estos temas, uno de los oficios en los que he encontrado mayor receptividad para debatirlos abiertamente ha sido en el ámbito del derecho.

¹ Universidad Nacional del Sur, Argentina.

² Universidad de Buenos Aires, Argentina.

³ Universidad de la República, Uruguay.

⁴ Universidad de la República, Uruguay.

Tal vez porque, más en Argentina que en Uruguay, temas que se zanan de una manera más clara, rápida y tajante en otras disciplinas, los abogados necesitan presentarlos en términos jurídicos y legales. Entonces, hay una especie de búsqueda de la argumentación permanente. Pienso en los fallos, que en Argentina han sido herramientas de lo que se llama *justicia transicional*, pero con mojonos permanentes en el ámbito jurídico.

Pensé distribuir mi intervención en tres comentarios: primero, uno que tiene que ver con la política, la politización, la división política de los derechos humanos; el segundo respecto al tema de los derechos fundamentales o los derechos humanos; y el tercero al derecho internacional.

Yendo al primero, me interesa interrogar la relación o la tensión que hay entre derechos humanos y división política. Lo que yo prefiero llamar división política tiene un costado de división partidaria pero no necesariamente. A veces la entendemos en términos de politización de los derechos humanos o de la respuesta a las violaciones a los derechos humanos en el pasado. En Uruguay, tengo la impresión de que la causa de los derechos humanos no se asoció históricamente con una división política permanente y clara. Me refiero, en particular, a la reparación de las violaciones a los derechos humanos bajo la dictadura. Esto lo puedo explicar por dos o tres eventos que tienen que ver con lo que me sugiere el artículo de Gianella.

En primer lugar, quiero mencionar el contraste que aparece en el período que va de las conversaciones de Club Naval a la aprobación de la ley de caducidad en 1986. Me pueden corregir, porque soy un argentino hablando de Uruguay, lo que me da un poco de temor escénico. En el Pacto del Club Naval no participa el Partido Nacional, pero sí el Frente Amplio, mientras que, en el momento de aprobar la ley de caducidad, el Partido Nacional presta su apoyo y el Frente Amplio se convierte en el primer opositor. Esa geometría, esa variación de los partidos políticos, hace que la causa de los derechos humanos —en el sentido reparador, como señalé antes, y a la luz de lo que estaba sucediendo en Argentina, donde esa reparación fue judicial—, esa variación con respecto a qué hacer frente a lo que sucedió, no se superpone con la división partidaria. Entonces, no es fácil apropiarse de la causa de los derechos humanos. Esto llega hasta el 2009 con la iniciativa popular para la anulación de la ley de caducidad, que pierde por muy poca diferencia de votos mientras gana la presidencia Pepe Mujica. Ahí hay una diferencia que hace que la división política en el momento electoral no coincida con la división partidaria. Esa es mi interpretación general de la experiencia uruguaya, la de una división en torno de los derechos humanos que no se deja superponer plenamente a la división político-partidaria.

Hay una distancia entre lo que es activar los derechos humanos, de un lado, y la competencia electoral y la división partidaria, del otro. Sin embargo, el otro elemento que aparece en el texto de Gianella es que, esta apropiación por parte de la Suprema Corte de Justicia con la decisión de este problema, la sustrae a la discusión sobre la división partidaria porque se convierte en el intérprete excluyente de la constitucionalidad de las leyes, que es lo que está en el fallo Sabalsagaray.

Para los que no leyeron el artículo, el fallo dice esto: la interpretación sobre la constitucionalidad compete a la Suprema Corte, no al Poder Legislativo, no al Poder Ejecutivo, no a la opinión pública o electoral. Si esto es así, aparece la otra división importante para nuestra democracia, que ya no es la partidaria o la horizontal de la lucha política, sino la división vertical entre representantes y representados. Ahí surge una sustracción del espacio público político por parte de una élite. Aparece en el texto la palabra *elitismo* y me recordaba al término «elitismo epistémico» que usa Carlos Nino para criticar a las decisiones sobre derechos que no se abren a la discusión público política y que descartan el elemento democrático. Considero que ahí, a pesar de que no se partidiza la decisión, sí aparece una apropiación en otra división política, en otra división de la democracia que queda del lado de

los representantes no partidarios, de lo que puede llegar a representar la Suprema Corte de Justicia a nivel institucional. Esto, como sugiere el artículo, tiene un precio en elitismo.

El segundo punto, que será más breve, es sobre el tema de lo que en el artículo se llama la «delimitación de la esfera de lo indecible». Es decir, existen ciertos asuntos relativos a los derechos fundamentales que no se pueden someter a la opinión de la mayoría o la opinión de la ciudadanía porque son aspectos fundamentales. En ese sentido, el Poder Judicial tiene un poder de representación. Esto lo dice Pierre Rosanvallon cuando explica que el Poder Judicial tiene un aspecto representativo porque representa los acuerdos fundamentales de una comunidad política en términos de unanimidad. Somos una comunidad que defiende los derechos humanos y los derechos fundamentales que aparecen nuestras constituciones, eso no lo vamos a poner en discusión y los jueces garantizan eso. Obviamente, hay que interpretar de qué manera se garantizan esos derechos en cada caso concreto, histórico y político, y ahí está la dificultad. Sin embargo, lo que a mí me parece que no está enfatizado en el artículo es que lo que sustrae a la discusión la Suprema Corte de Justicia no son los derechos fundamentales, salvo tal vez el de acceso a la justicia, sino qué se hace con aquellos que violaron los derechos fundamentales. Porque no estaba sometido a consideración del Parlamento ni de la ciudadanía en los momentos plebiscitarios si los uruguayos estaban de acuerdo con el derecho a la vida, a la libertad de opinión, a la circulación, a los derechos fundamentales. Salvo tal vez, insisto, en el del acceso a la justicia y eso supone interpretar qué tipo de justicia y qué tipo de «reproche» de un Estado o de una sociedad frente a los crímenes que, como dice Gargarella (que está citado en el texto), en cada Estado hay una variedad de «reproches» posibles frente a los crímenes de lesa humanidad o crímenes de derecho internacional penal en general.

A mí me gustaría abrir esa puerta para la conversación: ¿qué sucede si pensamos este tema en términos de lo que es el derecho penal? ¿Es el derecho penal, tal como está en los códigos penales, un derecho fundamental? Es decir, mal por mal, una sanción, dar un castigo a alguien que produjo un mal. ¿Por qué no están en las convenciones o en los derechos fundamentales el derecho de ver castigado o sancionado al responsable de un daño sufrido? Sí está el acceso a la justicia, por supuesto. Entonces, la pregunta de qué hacer con los responsables de las violaciones a los derechos humanos y los crímenes del derecho penal internacional es un tema que no está zanjado y no está decidido en la legislación nacional o internacional de una manera clara que permita no tener esa discusión a un nivel de ciudadanía. Claramente, sí hay fallos, pero han ido variando. El fallo más conocido es el fallo Barrios Altos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que dice que hay que investigar y dar acceso a la justicia. Ahí ya no tengo tan claro que se pueda extender la idea de sancionar, pero eso es un debate judicial que un poco me excede, aunque tal vez también podríamos referirnos a eso.

El tercer punto es relativo al derecho internacional. De nuevo, asumo más la visión de alguien desde el punto de vista de Argentina, donde tenemos mucha más elaboración porque la respuesta ha sido más judicial que en Uruguay. Ahí aparece la cita del fallo Simón de 2005 en Argentina en el fallo Sabalsagaray en 2009, y que va a servir, como dice Gianella después, para el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 2011 para solicitar a Uruguay, al declarar nula la ley de caducidad, que se retomen los juicios que habían sido anulados o suspendidos a raíz de esa ley, porque se declara dicha ley carente de valor jurídico. Esto en Argentina aparece zanjado, con mucha elaboración a partir del fallo del juez Cavallo en 2001 hasta llegar al 2005 y que la Corte Suprema fue adelantando en fallos sucesivos, un poco probando, declarando la imprescriptibilidad y la inamistiabilidad de los crímenes de derecho internacional. Está zanjado desde el punto de vista de la continuidad del derecho internacional, del derecho de gentes, es decir, no mirando al derecho local, quiero decir, el derecho producido por el Parlamento.

En Uruguay, por lo que yo entiendo en lo que he leído del texto de Gianella, aparece como una interpretación constitucional, mientras que la cita de Argentina aparece como una analogía. Ahí, luego de leer el fallo, no entiendo del todo por qué citan un fallo de otro país, aunque es cierto que siempre se citan fallos de Estados Unidos para elaborar argumentos. La primera cosa, entonces, respecto a eso, es cuál es la relación con el derecho internacional, el derecho penal internacional, y con el caso Barrios Altos, si se quiere, no solamente a nivel internacional de lo que fue después del Estatuto de Roma, sino en términos del sistema interamericano de derechos humanos.

A la par de eso, la segunda cuestión dentro de este tercer tema que tiene que ver con el derecho internacional es cómo juegan —más allá de que en Argentina hubo una especie de interpretación de continuidad del derecho— los principios generales del derecho y los principios del derecho penal, es decir la idea de prescripción, que en Uruguay fue muy discutida, o la de cosa juzgada, la irretroactividad de la ley penal o la ley favorable al reo que sea aplicable para el caso, que ya mencioné. O también (y sobre esto se escuchó poco en Argentina, salvo en el ámbito jurídico, por eso digo que es interesante la perspectiva de los abogados), lo que se llama la razonabilidad del tiempo del proceso judicial o el principio del tiempo prudencial. Acá, ese tema lo planteó Marcelo Sancinetti, un jurista argentino muy reconocido, que fue muy crítico del cierre de los juicios hasta el 2009 o un poco antes, y que después de —durante mucho el tiempo— criticar toda decisión que obstruyera los juicios, argumentó y dijo: ya pasó demasiado tiempo como para que sea justo hacer un juicio respecto a crímenes que sucedieron tanto tiempo atrás; el Estado no puede tener una facultad o poder de sanción ilimitado contra un individuo.

Hay una tercera cosa dentro de esto, con la que cierro, que es la dimensión política. El derecho penal internacional, con el Estatuto de Roma, extiende la jurisdicción a tiempo y espacio prácticamente sin límites, a lo que son crímenes de derecho internacional, que son de los que estamos hablando. Son crímenes de derecho internacional, pero a partir de 2002. En 1998 se redactó el Estatuto, y en 2002, se obtienen las firmas suficientes para su puesta en vigencia. Ese Estatuto se aplica a hechos del pasado o del futuro y está frente a eso el tema de los principios del derecho. Pero a mí me interesa detenerme en la dimensión política: eso que el Estatuto de Roma extiende universalmente en tiempo y espacio tiene también excepciones, que son las excepciones políticas, es decir, vamos a hacer esto y perseguir sin fin salvo que haya temas políticos importantes como lograr la paz, por ejemplo.

Y ahí está Colombia, donde se dice no vamos a lograr ningún acuerdo de paz si no tenemos garantías de La Haya de que no van a amenazar *ad infinitum* a los perpetradores porque si no, no bajan las armas. Para nosotros, una vez terminado el tema es más fácil mirarlo, pero, como dice Gianella en el texto: dar una respuesta jurídica, significa dar una respuesta en términos públicos con argumentos que consideramos válidos. No podemos decir: «A ustedes no se lo vamos a aplicar porque ya perdieron, a ustedes sí se los explicamos porque todavía tienen las armas en la mano». Así, por ejemplo, el Consejo de Seguridad puede suspender procesos en vistas a la paz o el fiscal [de la Corte Penal Internacional] mismo puede suspender, según el Estatuto de Roma, el procedimiento judicial en tanto y en cuanto sirva a los fines de la Justicia, así escrito, con mayúscula. Puede suspender el proceso de justicia por el objetivo de la Justicia, una Justicia más amplia. Ahí reconocemos las decisiones políticas. Entonces, de nuevo, es una pregunta y, a la vez, esto de la Suprema Corte, tengo la impresión de que, como en Argentina, aplica de una manera más radical que lo que deja entender, o lo que está en el texto del Estatuto de Roma, que es la norma que recoge la experiencia histórica sobre crímenes del derecho internacional y que dejaba en adelante una ley fundamental para prevenir y juzgar este tipo de crímenes.

Emilio Crenzel: Buenas tardes a todos y todas. Agradezco, como Lucas, la invitación de la revista a intervenir en la discusión del texto de Gianella, un texto que me pareció muy exhaustivo, detallado y erudito en el sentido de —por lo menos para mí, no sé para ustedes, uruguayos y uruguayas— la puesta en conocimiento de una serie de procesos que, expuestos en detalle, brindan un panorama bastante ajustado de estos cambios que ella analiza. Yo tengo algunos comentarios concentrados en algún punto conceptual del análisis del texto, pero sin un orden como el que planteó Lucas en su exposición.

La primera cuestión que quisiera señalar como problema a discutir es la noción de los «climas interpretativos» y en lo que parecen basarse y que Gianella enfoca desde un punto de vista de la elección de los textos normativos relevantes, de las reglas de interpretación aplicables y del propósito central que atribuyen a la práctica jurídica. A mí me parece que la noción de «clima interpretativo» está muy encapsulada en el ámbito jurídico y presupone cierta autonomía del derecho en relación con la política. En algún momento reemplacé, leyendo el texto, «climas interpretativos» por «relaciones de fuerza», vinculando esta relación de fuerza a una dimensión política. Las propias facturas de las leyes, las maneras de leer la ley no se pueden explicar a partir de reglas, normas, textos que se consideran relevantes, reglas que se piensan aplicables y la práctica jurídica en sí misma, sino que devienen de una relación de fuerzas políticas.

A partir de esto pensé en el caso argentino: la Corte Suprema en Argentina validó en su momento la constitucionalidad de las leyes de impunidad, tanto de la Ley de Punto Final como la de Obediencia Debida, leyes cuya inconstitucionalidad declaró la Corte en 2005, más o menos veinte años después de promulgadas. El Parlamento votó esas leyes y también las anuló y las derogó. Esos «climas interpretativos», en el caso argentino y en el de la ley de caducidad, me parece que obedecen, por supuesto, a ciertas reflexiones, avances, cambios, en el ámbito del derecho, pero indudablemente tienen como variable determinante relaciones de fuerza políticas, diferentes en cada uno de los casos. Creo que en el caso argentino tenían que ver con la fuerza y el grado de movilización que había alcanzado el movimiento de derechos humanos, la diseminación de los derechos humanos y la necesidad de hacer justicia con los perpetradores de violaciones a los derechos humanos. No ha sido igual en el caso uruguayo en el cual ha tenido que ver con la actuación de un actor que a mi juicio está poco presente en el texto: los diversos actores del campo del derecho internacional de los derechos humanos y las consecuencias que, en el plano económico, tenía para Uruguay no ajustarse a determinadas formulaciones de este ámbito internacional, ya que se asomaban probables sanciones en el plano económico por infringir esos pactos y disposiciones.

En cuanto a esto, pensaría otra de las cuestiones que están presentes en el texto, como la cuestión de lo indecidible, que aparece en relación con la voluntad popular, pero también a la del poder político porque fue el poder político que, en el caso uruguayo, puso en dos oportunidades la posibilidad de poner en discusión a partir de la determinación de la voluntad popular la vigencia o no vigencia de una ley. Diría que hay un juego con relación a las voluntades populares, las del poder político y a esta decisión de la Corte, porque de algún modo la pelea y la puja sigue después de la decisión de la Corte porque se establece una serie de restricciones que van a entorpecer, en gran medida, no solo la sanción de los responsables, sino las búsquedas por saber, conocer y determinar el destino de los desaparecidos. Habrá algunas políticas que van de la mano de una voluntad de investigación que en el plano jurídico se ve muy maniatada. Esto implica un juego entre poder constitucional y poder jurídico que no se va a resolver solamente en el momento de transformación de la decisión de la Corte.

Hay que pensar la relación entre lo que Gianella plantea: la relación entre un constitucionalismo que supone una visión débil de la democracia y su contrapartida, un correlato de una visión débil

del constitucionalismo con una visión fuerte de la democracia. ¿Qué sucede ahí? Aparentemente, triunfaría un constitucionalismo fuerte, pero otros poderes de la democracia vendrían a limitar ese constitucionalismo fuerte en especial en algo clave de esa decisión novedosa de la Corte que, supuestamente, vendría a derribar las murallas de la impunidad a través de la derogación de la ley. Ese juego siguió, no terminó y muestra, quizás, que la mirada dicotómica o binaria entre democracia y constitucionalismo debería buscar algún gris o algún punto intermedio donde ese juego se sigue desarrollando sin la victoria clara de uno sobre otro. Quizás, una transacción, un momento de acuerdo entre la posibilidad de plantearle al sistema internacional de los derechos humanos el ajuste de Uruguay a las reglas internacionales y, por otro, la prolongación de un, parcial o relativo, estado de impunidad, más allá de los cambios operados en materia de ajuste del país a los términos que los actores interestatales del sistema americano de derechos humanos fueron produciendo mediante sus presiones sobre los poderes del Estado de derecho en Uruguay.

Plantearía que la supremacía judicial no estaría dada por la Corte Suprema, sino por la supremacía judicial del derecho internacional de los derechos humanos. Y, si uno quisiera pensar a ese sistema judicial internacional no en términos de su autonomía, sino en términos de su vínculo y relación, podríamos decir que habría que pensar la supremacía del mundo del mercado internacional que es el que, en definitiva, termina siendo valorado y que, de alguna manera, conduce a la decisión de revisar la ley de caducidad porque interfiere con la posibilidad del país de hacer negocios en el mercado mundial. Entonces, tanto en el caso de la revisión de los climas de interpretación como en el de la relación de constitucionalismo y democracia, pensaría, o le propondría, a Gianella como comentario y posible terreno para pensar, su relación con la política y su relación con esta dimensión del mercado que juega a la decisión de no quedar fuera de los marcos del derecho internacional de los derechos humanos, tanto internacional como americano.

De nuevo, muchas gracias por la invitación y por permitirme comentar un texto de mucha calidad, desafiante, y del cual aprendí mucho.

Gianella Bardazano: Quiero agradecer a la revista *Contemporánea*, a todo el comité académico y, por supuesto, muchísimas gracias a Lucas y a Emilio por la lectura y por los comentarios.

Empiezo diciendo alguna cosa con relación a esto último que decía Emilio. Este texto, como ustedes saben, es una parte de ese proceso que yo estudié en mi tesis: los cuarenta años de la discusión institucional acerca del régimen jurídico penal de las violaciones de los derechos humanos, desde la aprobación de las primeras leyes de la democracia, la de Amnistía y la de Caducidad, hasta el 2022, que es el año en que encontramos las últimas sentencias de la Suprema Corte de Justicia luego de declarada inexistente la ley de caducidad, tanto por la Corte Interamericana como por el Parlamento uruguayo. Estas últimas dos respuestas tuvieron en el 2009 el puntapié jurisdiccional que las hizo posibles, en la medida que el argumento de la indecibilidad democrática, que por primera vez usó la Corte uruguaya en el 2009, después apareció en la condena a Uruguay en el caso Gelman y, luego, en la discusión de la ley interpretativa de la ley de caducidad en el Parlamento. Lo anunció el presidente de la República a la mañana siguiente del plebiscito de 2009: los derechos humanos no se plebiscitan. Lo dice también el presidente de la Suprema Corte de Justicia después del plebiscito. Es decir, a pesar de que la votación para anular la ley de caducidad a través de una reforma constitucional había sido promovida por iniciativa popular, las principales autoridades institucionales le informaban a la ciudadanía que se habían ocupado de un asunto que no les incumbía. Mi interés era, fundamentalmente, indagar qué capacidad tenía el derecho uruguayo —entendiendo por derecho uruguayo nuestras instituciones constitucionales en ejercicio de sus competencias— para procesar la discusión acerca del tratamiento penal de las violaciones a los derechos humanos en la dictadura durante los cuarenta

años de democracia transcurridos. ¿Qué era lo que había pasado en esos cuarenta años, que habíamos comenzado estableciendo una amnistía y nos encontrábamos en el presente juzgando por delitos de lesa humanidad? ¿Qué fue lo que pasó jurídicamente? Al respecto, me parece muy importante lo que decía Emilio sobre los «climas interpretativos», la interpretación de los juristas y su elección de los textos normativos relevantes. Es decir: que un juez al decidir o un fiscal al acusar, encuentren el fundamento normativo último de cada decisión concreta en una ley uruguaya, en la constitución uruguaya, o en el estatuto del tribunal de Núremberg, da cuenta de una elección del pasado jurídico que dará fundamento a la decisión.

Esas elecciones, por supuesto, están condicionadas por ideas políticas, por las relaciones de fuerza políticas, pero también implican la puesta en marcha de un dispositivo técnico jurídico. Es decir, en la reconstrucción del sistema de fuentes del derecho de una manera o de otra, el intérprete se presta, de alguna manera, para tomar partido en esa disputa que podría estar, en efecto, condicionada políticamente, como si cualquier demanda política pudiera ser traducida jurídicamente sin restricciones propias del tipo de normatividad que está en juego. Lo que me propuse fue intentar reconstruir el sentido jurídico concreto del extenso tratamiento institucional del tema. Es decir, cómo podía describirse jurídicamente el cambio, teniendo en cuenta que la Constitución uruguaya no fue modificada, algo que sí pasó en Argentina. Argentina en 1994 incorporó al artículo 75 el valor de los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, que podría —aún con lo controversial del argumento— tener incidencia en las respuestas institucionales posteriores a esa reforma constitucional. En Uruguay, ese cambio normativo no tuvo lugar y ahí podría estar una respuesta a la pregunta de Lucas sobre el papel de la sentencia del caso Simón en la justificación de la decisión del caso Sabalsagaray. Es decir, que un argumento constitucional en Argentina es empleado en Uruguay, pero como un argumento de doctrina. Por eso, la Corte se lo imputa al sentido jurídico del artículo 72 de la Constitución, interpretado en forma dinámica. Lo transforma en una interpretación de la Constitución uruguaya por medio de una interpretación de la Constitución argentina por la Corte respectiva.

Es muy interesante como, finalmente, los argumentos jurídicos (que era lo que la idea de clima interpretativa intentaba capturar) van conformándose e incorporando nociones o tipos de razones que son las razones habituales del oficio jurídico, pero que son por completo novedosas porque toman de otras experiencias cuestiones que, sin mayor discusión, entran en el terreno uruguayo como si se tratase de sentidos evidentes de la Constitución nacional. Y eso era lo que a mí me resultaba más interesante: cómo en un tema en el cual existía un desacuerdo profundo, que estaba marcado desde la recuperación democrática, había sido posible llegar a afirmar que era jurídicamente evidente que la solución era la contraria a la que se había llegado por los procedimientos políticos establecidos en la Constitución. Lo evidente, precisamente, es que no se trataba de un asunto que podía ser decidido por el Parlamento y la ciudadanía. Dicho por un intérprete final de la Constitución, como es la Suprema Corte en los procesos de declaración de inconstitucionalidad de las leyes, es un argumento muy fuerte. Por eso, volviendo a la observación de Emilio acerca de los condicionantes externos a los climas interpretativos, parece claro que hay cosas que los intérpretes no explicitan, pero pueden inferirse de lo que hacen. Por ejemplo, el traslado de la demanda al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo en el proceso de declaración de inconstitucionalidad de la ley es un trámite muy peculiar, que en general no ocurre y que, cuando ocurre, se suele alegar falta de legitimación pasiva. En este caso, el Parlamento tomó una decisión expresa, se allanó a la demanda. Y lo mismo hizo el Poder Ejecutivo. Es decir, en ese trámite procesal que puede verse como una formalidad, tiene lugar lo que mencionaba Emilio: la Corte obtiene el respaldo político del partido de gobierno para dar vuelta una

jurisprudencia de veinte años. O sea, la incidencia del juego de las fuerzas políticas y de los partidarios, en ese caso, está claro y está expresado en ese traslado de la demanda a los dos poderes políticos que se allanaron.

En cuanto a la división política, horizontal o vertical, que mencionaba Lucas, es una clave para leer algunos momentos de este proceso de cuarenta años y qué era lo que estaba pasando en 2009. Porque es cierto, en el momento de la aprobación de la ley de caducidad, ¿cómo está el pacto del Club Naval también en la redacción de la Ley? El pacto del Club Naval está en el artículo 1 de la ley de caducidad y en «la lógica de los hechos». La lógica de los hechos es «ustedes tenían un acuerdo que decidieron no respetar y nosotros —poniéndome en la voz del Partido Nacional, que eran los redactores del proyecto que terminó siendo aprobado—, que no participamos en aquel acuerdo —por otras razones no por esta, pero no importa—, ahora somos los que venimos a dar una solución para la pacificación o para la estabilidad o para que la democracia se salve». Eso que, obviamente, resulta cínico por la forma en que se expresa, en las discusiones parlamentarias está consignado de una manera muy interesante, porque son esas expresiones de los legisladores del Partido Nacional las que, en 1988, la minoría de la Suprema Corte de Justicia en los votos discordes a la sentencia inicial del proceso de declaraciones de constitucionalidad la ley de caducidad emplea para fundamentar una interpretación de la ley de caducidad con base en la intención del legislador, que era, en definitiva, consagrar impunidad. Eso decía la discordia en 1988, y lo dice toda la Corte en el 2009.

Perdón si estoy siendo desordenada, pero tal vez en este punto haya otra cosa que tiene que ver con lo que señalaba Emilio acerca del «encapsulamiento de los climas interpretativos» y es que, en relación con la apelación a las intenciones en la interpretación de la ley, está una segunda variable que tomé en cuenta para construir la noción de «clima interpretativo». Es decir, cuáles son las reglas de interpretación que se invocan como determinantes del sentido normativo en cada caso. Por lo tanto, recurrir a las intenciones es una decisión que tiene que ver con las reglas de interpretación que, en Uruguay, a diferencia de Argentina u otros países, están establecidas de forma jerarquizada en el título preliminar del Código Civil, y la Corte recurre a ellas en la justificación de las decisiones. Durante bastante tiempo, la Corte se mantuvo bastante apegada en su justificación de las decisiones a lo que dicen esas reglas, incorporó razones referidas al significado que le atribuye el uso general a las palabras que están en el texto de la ley y fundamentó por qué es necesario acudir a las intenciones. Es decir, la discrecionalidad y los cambios de posición de la Corte fueron adecuando las razones públicas acerca de las reglas de interpretación para fundamentar soluciones distintas. Pero con relación al pacto del Club Naval y al sentido que se atribuía a los hechos mentados en el artículo 1, en las discordias de los ministros Balbela y García Otero en 1988 y en la sentencia de 2009, se recurre a las intenciones, que es el argumento interpretativo disponible frente a la insuficiencia de una interpretación apoyada en el significado de las palabras según su uso corriente. Entonces, ahí hay una elección de una regla de interpretación como apoyo para una atribución de sentido que es, de nuevo, una decisión del intérprete. Y las intenciones de la ley o las intenciones del legislador, son un elemento problemático para explicar el significado de un texto, o como para atribuirle un significado último a un texto, especialmente a textos que, como las leyes, son el producto de un procedimiento donde los desacuerdos son una característica fundamental y en los que se decide con base en la regla de la mayoría.

De manera que es problemático apelar a la intención del legislador para justificar una interpretación del artículo 1 de la ley de caducidad y emplear como prueba de esa intención las expresiones en el debate parlamentario de un sector (legisladores nacionalistas) que contribuyó a formar la mayoría, pero cuyos dichos fueron controvertidos por otros (legisladores colorados) que también formaron la mayoría. Entonces, volviendo a lo que mencionaba Lucas de la división política horizontal, el Frente

Amplio pasa de tener una vocación democrática —en el sentido más fuerte de la palabra— antes de 1985 y en el momento de la aprobación de la Ley de Amnistía, a encontrarse, a fines de 1986, cuando ya no había presos políticos y existía un Parlamento electo por la ciudadanía, en una posición en la que tiene menor costo ser oposición y, por lo tanto, apoyar su rechazo a un texto que iba a aprobarse, sosteniendo que no había obstáculos para la intervención de la justicia ordinaria. Esto está presente en algunos documentos en donde, incluso antes de la aprobación de la Ley de Amnistía de 1985, varios de los integrantes de la mesa política del Frente Amplio manifiestan estar conscientes de las limitaciones que tenía la justicia ordinaria para ocuparse de las violaciones de los derechos humanos y, en su lugar, expresaban sus expectativas respecto de la labor que pudiera hacer una comisión investigadora a nivel parlamentario. La significativa cantidad de proyectos que fueron presentados entre 1985 y diciembre de 1986 y, especialmente, el contenido de aquellos que no obtuvieron apoyos para su aprobación, ilustra la complejidad del escenario. Con relación a la división vertical y el elitismo, algunas veces algunos historiadores me han dicho que no entiendo cómo se usan algunas cuestiones, pero creo que, desde el punto de vista jurídico, es elocuente detenerse en el uso del artículo 72 de la Constitución, para apreciar la cuestión del elitismo o de la concentración del poder en quien se reserva la última palabra en la interpretación constitucional. El coronel Silva Ledesma, que era profesor de Derecho Constitucional mientras la Universidad estaba intervenida y que presidió el Supremo Tribunal Militar, elaboró una interpretación del artículo 72 para justificar el golpe de Estado, que dejaba la última palabra al Poder Ejecutivo para recurrir al estado de necesidad, que formaba parte del contenido de esa disposición. En el contenido de esa misma disposición la Corte en 2009 sitúa la imposibilidad de conceder amnistías, es decir, la imposibilidad de decidir a través de procedimientos políticos cuestiones que involucren derechos humanos, que solo pueden ser decididas por los jueces. Es dar un golpe en la mesa. Decir que las demás voces no están autorizadas es dar un golpe en la mesa, es una manifestación del elitismo interpretativo.

Y, a propósito de lo que mencionaba Lucas sobre los derechos: ¿qué es lo que sustrae la Corte de lo que puede ser decidido por las leyes? ¿Qué hacer con esas personas, con aquellos que violaron los derechos fundamentales? Me parece muy potente preguntarse si se está diciendo que el derecho penal es un derecho fundamental, porque de alguna manera la discusión sobre el tratamiento penal de las violaciones a los derechos humanos en la dictadura ha sido el escenario al que se han ido incorporado otras cuestiones que nos son locales ni regionales, como es el cambio en el fundamento filosófico del derecho penal, que dejó de entenderse como derecho penal liberal, sin mayor discusión. Es decir, que los derechos que el derecho penal considera son los del imputado, fue una fundamentación liberal que abandonamos sin discusión. Cuando una piensa en el uso del derecho penal en el presente, en el recurso a la imprescriptibilidad para determinados delitos, en la posición de las víctimas como titulares de derechos considerados por el derecho penal, encuentra un escenario que parece recepcionar el viraje operado en el marco del extenso debate sobre la justicia retroactiva o justicia transicional. Este cambio de comprensión es algo que por sí solo merece ser pensado con mucho más detenimiento.

Con relación al derecho internacional, en efecto, podría decirse que asumo una posición dualista. Es decir, que una cosa es el derecho internacional y otra cosa es el derecho interno y que esa continuidad que decía Lucas que en Argentina está más aceptada, creo que sigue siendo problemática por razones que tienen que ver con el texto de nuestra Constitución. De todos modos, el punto es que, en Uruguay, la cuestión de la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno ha sido asunto de discusión jurídica durante mucho tiempo y, finalmente, hay respuestas doctrinarias, pero que son eso mismo: respuestas doctrinarias. Entonces, tenemos un desacuerdo, al

interior de la comunidad jurídica, respecto a cuál es la relación entre el derecho interno y el derecho internacional y, en el caso del derecho interamericano de los derechos humanos, eso se muestra de manera muy clara en la discusión que abrió la condena en el caso Gelman y, luego, en las instancias de supervisión de cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana con relación al control de convencionalidad. Es decir, que la interpretación que hace la Corte Interamericana de la Convención sea obligatoria para todas las autoridades en el ámbito interno y que el control de convencionalidad es un procedimiento para desaplicar las leyes que está disponible en el ámbito interno, los juristas en Uruguay no lo tenemos saldado. Por eso, ese tipo de argumentos, cuando ingresan como una razón de fondo en temas que han sido tan discutidos y que han tenido tantas idas y vueltas, resultan fuertemente insatisfactorios si uno tiene alguna preocupación democrática, y no solo una preocupación vinculada a la justicia en el sentido retributivo.

Volviendo a la insuficiencia o el carácter encapsulado del «clima interpretativo» que plantea Emilio, estoy de acuerdo y creo que es un esfuerzo por tratar de aislar la incidencia de los jueces y los juristas para mostrar cuál fue su contribución al cambio de respuesta en Uruguay y cómo lo hicieron, con qué equipamiento técnico jurídico. Esto efectivamente tiene una explicación externa, pero a mí me interesaba en especial aislar eso como una forma de ver cuál ha sido la capacidad de nuestras instituciones constitucionales para canalizar el extenso debate y cómo jueces y juristas propusieron traducir esas externalidades. El rol de los actores del derecho internacional, como decía Emilio, también me parece que es interesante porque los actores del sistema interamericano, por ejemplo, en estos cuarenta años cambiaron mucho de opinión. Uruguay bastante antes de sancionar la ley de caducidad solicitó una opinión consultiva, que fue preguntarle a la Corte Interamericana qué significaba la expresión «leyes» en el artículo 30 de la Convención. La Corte Interamericana dijo entonces que la expresión se refiere a leyes en sentido formal, aprobadas en el Parlamento de acuerdo a los procedimientos previstos en la Constitución. Uruguay preguntó al intérprete de la Convención en el sistema interamericano: cuando dice que pueden limitarse derechos a través de leyes en el artículo 30 ¿de qué están hablando? Tiempo después, en 1992, luego de que la Comisión Interamericana había recibido varias denuncias de uruguayos, se expide el informe 29/92. Argentina tiene también un informe de la Comisión Interamericana (el 28/92). Si bien la Comisión considera que la ley de caducidad es incompatible con la Convención no lleva el caso ante la Corte Interamericana. Es decir, no elige el camino de la justicia a través de los tribunales, sino que le dice a Uruguay que, a través de su derecho interno, debería procurar subsanar aquella incompatibilidad. Sin embargo, después de que la Corte Interamericana, ya en el siglo XXI, había comenzado su jurisprudencia de que las amnistías son contrarias a la Convención, recién entonces, en el caso Gelman, la Comisión sí llevó la denuncia contra Uruguay ante la Corte y la Corte decidió sin hacer referencia tampoco a aquella opinión consultiva y el Estado tampoco se defendió haciendo referencia a los procedimientos internos que se habían seguido. O sea, no es casual que lo mismo que pasó adentro pasó afuera. Lo que le da la razón a Emilio acerca de los factores externos al derecho y a su vez permite ver cómo entienden el derecho los principales intérpretes institucionales.