



## Derechos humanos: imprescriptibilidad de crímenes de lesa humanidad cometidos en Uruguay entre 1968 y 1985; algunas cuestiones de contexto que no fueron analizadas por las sentencias de la Suprema Corte de Justicia

Alicia Castro Rivera

Doctora en derecho y ciencias sociales por la Facultad de Derecho de la Udelar; especialista en argumentación jurídica por la Universidad de Alicante; exmagistrada judicial, exministra del Tribunal de lo Contencioso Administrativo y exprofesora agregada de Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho de la Udelar.

### Resumen

Setenta años después de las declaraciones que reconocieron a todo ser humano derecho a la vida, la libertad y la seguridad, prohibieron la tortura y otros tratos, o penas crueles, inhumanas o degradantes, y exigieron un recurso efectivo contra cualquier acto que violente esos derechos, Uruguay no termina de resolver el problema de la impunidad de los delitos cometidos en el marco del terrorismo de Estado. Tras la declaración de inconstitucionalidad de la ley 15.848, de 22.12.1986, que había declarado la caducidad de la pretensión punitiva del Estado, su juzgamiento tropieza con la prescripción extintiva de los delitos opuesta por los indagados y aceptada por mayoría por la Suprema Corte de Justicia. Me propongo aquí analizar la incidencia y peso de razones de moral política que no han sido articuladas en las sentencias.

Palabras clave: *terrorismo de Estado, delitos de lesa humanidad, imprescriptibilidad, justicia transicional, argumentación judicial.*

### Abstract

Seventy years after the declarations that recognized the right to life, freedom and security to every human being, prohibited torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment and demanded an effective remedy against any act that violates those rights, Uruguay does not achieve success in solving the

problem of impunity for crimes committed within the framework of State terrorism. After the declaration of unconstitutionality of Law No. 15.848, of 22.12.1986, that had declared the expiration of the punitive claim of the State, its judgment stumbles upon the extinction of the offenses opposed by those investigated and accepted by the majority of the Supreme Court of Justice. I propose here to analyze the incidence and weight of political moral reasons that have not been articulated in the sentences.

Keywords: *State terrorism, crimes against humanity, imprescriptibility, transitional justice, judicial argumentation.*

### Resumo

Setenta anos após as declarações que reconheceram todo ser humano o direito à vida, liberdade e segurança, proibiram a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes e exigiram um remédio eficaz contra qualquer ato que viole esses direitos, o Uruguai não termina de resolver o problema da impunidade por crimes cometidos no âmbito do terrorismo de Estado. Após a declaração de inconstitucionalidade da lei 15.848, de 22.12.1986, que havia declarado a expiração da reivindicação punitiva do Estado, seu julgamento encontra a prescrição de ofensas oposta pelos investigados e aceita pela maioria do Supremo Tribunal de Justiça. Proponho aqui analisar a incidência e o peso de razões morais políticas que não foram articuladas nas sentenças.

Palavras chave: *terrorismo de Estado, crimes contra a humanidade, imprescritibilidade, justiça de transição, argumentação judicial*

## 1. Antecedentes y estado de la cuestión

En 2018 recordamos que setenta años atrás, la naciente comunidad internacional ya había comprendido la necesidad del reconocimiento universal del valor de la condición humana y de ciertos derechos inherentes a esa condición. Tanto la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en abril de 1948 por la Organización de Estados Americanos, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada en diciembre por la Organización de Naciones Unidas, reconocieron expresamente a todos los seres humanos el derecho fundamental a la vida, la integridad física y psíquica, la libertad y la seguridad, prohibieron la tortura y cualquier otro trato o pena cruel, inhumano o degradante, y exigieron un recurso rápido y efectivo por la violación de esos derechos ante los tribunales nacionales.

Uruguay, que votó ambas declaraciones en las respectivas asambleas generales como integrante del sistema regional y universal (OEA y ONU) y más tarde adhirió a los pactos y convenciones internacionales de derechos humanos, se encuentra con serias dificultades para resolver el problema de la impunidad de los actos que violaron esos derechos en el marco del terrorismo de Estado que se instaló gradualmente desde mediados de 1968, subvirtiendo, y luego arrasando, el orden constitucional por un período de casi doce años.

En el período comprendido entre el 13.6.1968 y el 28.2.1985, distintos agentes del Estado uruguayo —civiles, policías y militares— incurrieron, en forma deliberada y sistemática, en prácticas violatorias de los derechos humanos de los habitantes, tales como prisión indebida, tortura, agresiones a su integridad sicofísica, homicidio, desaparición forzada, acoso, estigmatización, exclusión del trabajo y de otras formas de vida social, exilio forzoso, privación de sus bienes, quebrantando definitivamente el «Estado de derecho»; todo esto se hizo en el marco de la nefasta doctrina de la seguridad nacional de entonces, que calificaba como enemigos públicos a quienes sostenían posiciones ideológicas, políticas o gremiales que esta considerara inadmisibles.<sup>1</sup>

Desde el 1.3.1985, formalmente restablecido el gobierno democrático y el Estado de derecho, sucesivos obstáculos han bloqueado los avances de la investigación judicial tendiente a la investigación, identificación y juzgamiento de los responsables de los crímenes contra la condición humana cometidos en aquel período.

El primer obstáculo fue la ley 15.848, de 22.12.1986, que declaró la caducidad de la pretensión punitiva del Estado contra militares y policías por delitos cometidos antes del 1.3.1985 y confirió al Poder Ejecutivo la facultad de decidir si las denuncias penales que fueran presentadas podían o no ser investigadas por los jueces.<sup>2</sup>

Veintitrés años más tarde, cuando la Suprema Corte de Justicia declaró la inconstitucionalidad de esa ley y habilitó el juzgamiento de un caso, dando señales inequívocas sobre el camino a seguir (sentencia de la SCJ 365/2009, de 19.10.2009, caso Sabalsagaray), los jueces reanudaron sus investigaciones. Y surgió entonces un segundo obstáculo: las normas penales nacionales que establecen la prescripción de los delitos. Dado el largo tiempo transcurrido entre el momento en que se cometieron aquellos actos sin recaer sentencias de condena, la defensa de los indagados comenzó a sostener que hacia fines de 2011 operaría la extinción de los delitos que la ley de caducidad había impedido investigar.

Para impedirlo y cumplir la sentencia dictada el 22.2.2011 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (caso Gelman vs. Uruguay), el 27.10.2011 el Parlamento dictó la ley 18.831, que restableció el ejercicio de la pretensión punitiva para los delitos comprendidos en la ley 15.848; los declaró crímenes de lesa humanidad y dispuso que no se computaría plazo de prescripción o caducidad desde el 22.12.1986 hasta el 11.11.2011.

Desde entonces, la defensa de los indagados plantea reiteradamente la inconstitucionalidad de esa ley, y la Suprema Corte de Justicia muestra un persistente desacuerdo, con mayorías circunstanciales que dan fallos opuestos, aunque en los últimos tiempos tiende a

consolidarse una mayoría que declara inconstitucionales los artículos 2.º y 3.º de la ley y acepta que esos delitos son prescriptibles (sentencia de la SCJ 680/2017, de 25.9.2017).

## 2. El propósito de este trabajo

Me he propuesto rebatir esa tesis actualmente mayoritaria en la Suprema Corte de Justicia, cuya fundamentación —como la posición de los discordes en cada decisión— está expresada *in extenso* en la sentencia 680/2017, de 25.9.2017, a la que invariablemente se remiten las decisiones posteriores.

En un trabajo reciente analicé la sentencia con un enfoque crítico de la argumentación jurídica que sustenta el fallo. Relevé los argumentos ofrecidos por quienes admiten la prescripción de esos delitos y analicé críticamente el razonamiento judicial y las razones esgrimidas, mostrando las ostensibles falencias argumentativas de la tesis mayoritaria (Castro, 2018, pp. 7-34).

En ese empeño advertí cierta limitación en las razones aducidas en el debate —tanto en la mayoría como en las discordias—, advirtiendo que no aparece mención alguna a otras razones que reiteradamente son invocadas en el debate público que existe sobre la impunidad.

En efecto, en el discurso de los distintos actores sociales que han confrontado sobre el tema, se emplean argumentos jurídicos, morales y políticos, y estando a lo expresado en las sentencias, los magistrados no tuvieron en cuenta razones morales o políticas bien conocidas por todos; en particular, no aparece el argumento moral de justicia —como exigencia de conocimiento de la verdad e imposición de castigo— ni dos argumentos que ocupan un lugar central en el discurso a favor de la impunidad: el del pacto cívico-militar que precedió la salida de la dictadura y el del resultado de sendas consultas al cuerpo electoral realizadas en 1989 y 2009.

Este comentario intenta analizar brevemente la posible incidencia de esas otras razones para adoptar una decisión correcta del tema e intenta alguna explicación acerca del motivo de su exclusión del discurso judicial.

## 3. Sumarísimo marco teórico

El marco de trabajo son las teorías de la argumentación jurídica que, si bien ofrecen actualmente versiones diferentes, mantienen fuerte coincidencia en sus aspectos centrales.

Desde esa perspectiva común, se entiende que una decisión jurídica debe estar justificada por un razonamiento lógicamente correcto, a partir de premisas que, a su vez, han sido aceptadas o correctamente justificadas. Por ello es necesario —en primer lugar— mostrar que el fallo se infiere de las premisas seleccionadas (justificación interna), para luego

dar cuenta también de las razones de la elección de esas premisas como presupuestos de la mejor decisión posible en el marco del derecho vigente aplicable al caso (justificación externa).<sup>3</sup>

Ante un caso difícil —controvertido, sobre el que disputan soluciones contrarias apoyadas por razones que compiten entre sí—, la propuesta de un destacadísimo teórico del derecho como Dworkin consiste en intentar construir la mejor respuesta posible desde el derecho, la que lo represente en su mejor versión y haga así que nuestro mundo común sea un poco mejor. La respuesta que se ofrezca tendrá que ser consistente con el sistema jurídico vigente aplicable al caso, pero también coherente con los valores que ese sistema jurídico sustenta, y deberá valorar las consecuencias que la decisión pueda tener sobre el sistema de justicia, sobre quienes resultan afectados por ella y sobre el resto de la sociedad (Dworkin, 1986, pp. 45, 59). Como ha dicho el teórico escocés MacCormick, queremos una decisión que tenga sentido en el derecho y en el mundo: «Legal decisions must make sense in the world and they must be also make sens in the context of the legal system [*Las decisiones jurídicas deben tener sentido en el mundo, pero también deben tenerlo en el contexto del sistema jurídico*]» (MacCormick, 1978, p. 103).

Por ello, cualquier justificación que se proponga como aceptable debería apuntar como idea regulativa a satisfacer el ideal de integridad jurídica y moral, que exige al agente institucional que considere su decisión desde una perspectiva que conjugue derecho, política y moral (Dworkin, 2014, p. 502).

En esa línea de pensamiento parece que a la fundamentación ofrecida por los jueces le faltara abordar esa visión integradora, y resulta interesante, como ejercicio, agregar al debate algunas razones de índole política y moral que los magistrados excluyeron en su fundamentación.

No se trata de atribuirles haber ocultado o reprocharles haber olvidado ciertas razones relevantes: se trata simplemente de que, dado que no las consideraron, podemos preguntarnos cómo podrían haber incidido en la decisión y por qué no las analizaron.

Esta aclaración es pertinente porque muchos teóricos proponen distinguir entre contextos *de descubrimiento* y *de justificación*. En el primero, se trata de descubrir los variados motivos que pueden incidir sobre las decisiones de los jueces (razones explicativas); en el segundo, de limitarse a analizar de forma crítica las razones con las que los jueces explícitamente justifican lo que han decidido (razones justificativas). Las teorías de la argumentación racional tienden a desentenderse de la motivación subjetiva o circunstancial que haya influido el ánimo del decisor para decantarse por determinada posición, dejándolo para estudio de la psicología judicial, la sociología del derecho o la ciencia política, y optan por centrarse en el análisis de la corrección de lo dicho en las sentencias.

Como señala Aguiló, en situaciones normales no es posible establecer un distingo tajante entre ambos contextos, dado que cabe esperar que en jueces independientes e imparciales, los motivos para decidir coincidan con las razones que se exponen para justificar la decisión (Aguiló, 2003, p. 48).

Compartiendo esa opinión, no me interesa situarme en el contexto del descubrimiento y no pretendo sugerir motivos subjetivos ni descubrir prejuicios ocultos, sino que asumo la buena fe de los magistrados en su justificación de la opción elegida y solo quiero analizar la posible incidencia que, de haber sido consideradas, pudieron haber tenido algunas cuestiones que tienen un lugar importante en el debate público sobre el tema.

Es preciso señalar también que las distintas teorías sobre el derecho y la argumentación discuten acerca de cuáles razones son admisibles para justificar una decisión judicial. El tema se relaciona con la afirmación de una separación tajante entre el derecho y las cuestiones morales y políticas, y con la restricción de las razones que pueden extraerse de los materiales positivos.<sup>4</sup>

En particular, nuestros jueces —a diferencia de los del *common law*— son reacios a incorporar consideraciones morales o de política institucional en la fundamentación de sus sentencias. Tienden a identificar las razones jurídicas con las que se infieren de las disposiciones aprobadas por la autoridad constituyente o legislativa.

Sin embargo, parece difícil negar que, de hecho, gravitan sobre sus decisiones razones de corrección moral y política, aunque no las articulen. En tanto son decisiones interpretativas del derecho vigente aplicable para resolver un caso, es inevitable que jueguen preferencias valorativas inadvertidas o ignoradas al motivar el fallo.

La discusión moral no es una práctica frecuente entre nosotros —aunque sea frecuente la existencia de desacuerdos sobre cuestiones moralmente relevantes—; al menos no lo es entendida como deliberación racional acerca de lo que moralmente corresponde hacer en determinada situación. No estamos familiarizados con ese tipo de debates y nos cuesta dar razones en apoyo de nuestras convicciones morales más firmes, y mucho más cuesta encontrarlas en las decisiones de los jueces.

Ambas consideraciones podrían explicar la resistencia a abordar tópicos como los que me propongo señalar.

Sin embargo, algunas teorías sostienen, acertadamente, que la interpretación constitucional necesariamente es valorativa. Sea por la frecuencia con que aparecen en el texto constitucional expresiones con significado valorativo más o menos indeterminado o porque ese texto expresa el acuerdo ciudadano sobre un gobierno justo, los intérpretes somos convocados a «esforzarnos al máximo, dentro de las limitaciones de la interpretación, para hacer de la ley fundamental de nuestro país lo que nuestro sentido de la justicia aprobaría» (Dworkin, 2014, p. 503).

#### 4. Análisis de razones no consideradas en las sentencias

De modo muy sintético: la posición hoy mayoritaria en la Suprema Corte de Justicia sostiene que los artículos 2.º y 3.º de la ley 18.831 son inconstitucionales; los delitos cometidos con anterioridad al 1.3.1985 eran prescriptibles según las normas penales nacionales

vigentes al momento en que se cometieron, por lo que declarar ahora su imprescriptibilidad significaría dar efecto retroactivo a una norma penal que perjudica a los indagados o imputados, e implicaría aplicar retroactivamente una ley penal más severa, lo que es violatorio de los principios de legalidad y de seguridad jurídica, ambos recogidos por la Constitución nacional en sus artículos 10 y 72.

Complementando su argumento central, la mayoría descarta que la sentencia de la Corte Interamericana dictada el 22.2.2011 en el caso *Gelman vs. Uruguay* obligue a la Suprema Corte de Justicia a rechazar la prescripción de estos delitos; sostienen que la cosa juzgada no alcanza a otros casos, y objetan dos tesis fuertes de esa Corte: el efecto vinculante de sus interpretaciones y el control de convencionalidad del orden jurídico interno que se exige a jueces y tribunales nacionales.

#### 4.1. Los términos del debate

Más allá de las críticas que puedan hacerse desde la perspectiva de las normas jurídicas vigentes y aplicables —crítica que hice en el trabajo mencionado—, para muchos uruguayos el tema se resume como un dilema moral muy simple: se trata de optar entre verdad y justicia, o ignorancia e impunidad. Otros, en cambio, advierten que la cuestión tiene mayor complejidad y exigen una decisión de justicia *transicional*, y tal decisión es, en definitiva, una decisión política que exige sopesar un ideal moral con sus posibilidades de realización concreta.

Como señalan Olasolo, Galain y Engelhart, la idea de una «justicia transicional» está aún en construcción, pero, de modo genérico, se trata de «un modelo de justicia, asociado a períodos de cambio político, que pretende encontrar respuestas políticas y legales para enfrentar los crímenes cometidos por regímenes represores anteriores» (Olasolo et al., 2016, pp. 31 y 36).

El objetivo es muy claro: procura poner punto final a prácticas inaceptables desde la perspectiva de los derechos humanos y alcanzar la pacificación social, y se entiende que la forma de lograr este segundo objetivo es procesando lo ocurrido en el pasado reciente mediante reconstrucción de la verdad, juicios de responsabilidad, reparación de las víctimas y garantías de no repetición. Ocurre que el conflicto del pasado no termina con el cambio de gobierno, sino que lo ocurrido tiene repercusiones que perduran, y la idea es que solo mediante soluciones de justicia transicional puede afirmarse una paz duradera, con el fortalecimiento de las instituciones democráticas y del Estado de derecho (Galain, 2016, p. 26).

Obviamente, no hay un único modelo de justicia transicional, porque como destaca Galain, siempre es preciso balancear el ideal con las posibilidades reales, y cada transición tiene sus propias características, las que exigen decidir cuánto debe investigarse y sancionar, y también cuánto es preciso olvidar para asegurar, a la vez, la institucionalidad y la convivencia pacífica (Galain, 2016, pp. 31-32).

Según este observador, el caso uruguayo es, en cierto sentido, especial, porque

el pueblo no parece sentir responsabilidad por los crímenes del pasado reciente cometidos en nombre de la «seguridad nacional para el desarrollo económico», no comparte el sufrimiento de las víctimas y no tiene mucho interés en la investigación y el castigo de los responsables.

Galain conjetura que esa falta de sensibilidad pueda deberse, tal vez, al éxito de cierto discurso impuesto desde el inicio de la transición, que explicó la dictadura como consecuencia de la acción revolucionaria de grupos de izquierda y atribuyó a las víctimas la responsabilidad de la violencia generalizada. Ese discurso exhortaba a «no mirar hacia atrás» para poder tener un «cambio en paz» (Galain, 2016, pp. 29-30), y al plantear la necesidad de «una salida honorable para los militares» y «afirmar que no habrá revancha», proponía la impunidad y el olvido de todo lo que hubiera ocurrido (Pereira, 1985, p. 79).

Todos recordamos que hacia el final de la dictadura uruguaya se concertó un pacto político entre altos mandos militares y algunos dirigentes políticos en el cual se habrían acordado condiciones para el ansiado retorno a la democracia; ese acuerdo hizo posible que a fines de 1984 se hicieran elecciones, aunque con exclusión de algunos partidos y candidatos, y a comienzos de 1985 asumiera un gobierno electo y comprometido a respetar la Constitución de la República. A partir de entonces se planteó el problema de la transición y, en particular, del juicio sobre los hechos criminales cometidos por quienes habían ejercido el poder durante el período de quiebre institucional.

Lo cierto es que un cúmulo de circunstancias peculiares de nuestro proceso ha dado lugar a dos argumentos particularmente interesantes para quienes defienden la impunidad que, entiendo, deben ser revisados. Mucho se ha escrito sobre lo ocurrido en ese período, lo explícito y lo implícito, con diversas interpretaciones controversiales ampliamente conocidas.

#### 4.2. El argumento de la salida pactada

Se ha sugerido que la impunidad fue una de las condiciones exigidas por los militares en la negociación previa al final de la dictadura, concretada en el Pacto del Club Naval. Siguiendo la lógica del discurso militar de la guerra interna contra un enemigo encubierto —la subversión armada—, pudo argumentarse que debía haber amnistía para ambos bandos, y eso habría sido implícitamente aceptado por los negociadores políticos.

Esa exigencia militar, por más que luzca verosímil, nunca ha sido confirmada documentalmente ni siquiera por quienes pactaron. Sin embargo, aun si fuera verdad, no parece haber razones para sostener la validez de esa renuncia respecto de las víctimas, concepto que incluye a todos quienes sufrieron la represión: privados de libertad, abusados sexualmente, torturados, desaparecidos y muertos, así como sus familiares y allegados.



¿Hasta qué punto sería posible diferenciarla de una autoamnistía si resulta ser una condición impuesta por quienes llamaron para negociar la entrega del poder? La eventual decisión no se tomó en un marco democrático, sino en un ámbito cerrado, creado por los mandos militares con representantes políticos de ciertos sectores partidarios elegidos por ellos como interlocutores y excluyendo a líderes políticos indiscutibles de dos de los cuatro partidos invitados, sin que nada indique que la ciudadanía —y en particular, los afectados por las violaciones de sus derechos— hubiera sido consultada o siquiera informada de la pretensión de impunidad.

Los derechos conculcados a esas víctimas se reconocen como irrenunciables, por lo que nunca pudieron ser objeto de una transacción que deba ser respetada, y menos aún de un arreglo entre terceros que implique su renuncia. Adhiero a la tesis de quienes sostienen que los derechos fundamentales son un reducto especialmente protegido por su especial relevancia, lo que justifica que sean protegidos incluso ante las decisiones políticas que pudiera adoptar un gobierno legítimo (Ferrajoli, 2018, p. 4).

#### 4.3. El argumento de los plebiscitos de 1989 y 2009

El argumento sería «la objeción democrática» que sostiene que la expresión de la voluntad ciudadana en el plebiscito que desestimó el recurso de referéndum contra la Ley de Caducidad (1989), y luego, en el que no aprobó la propuesta de reforma constitucional que pretendía anular esa ley (2009), debe interpretarse como voluntad nacional de aceptar la impunidad.

Así parece entenderlo el prestigioso teórico argentino Roberto Gargarella, en su crítica a la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Gelman vs. Uruguay*. En alusión a esa misma sentencia, también otros observadores del proceso uruguayo han señalado que «la decisión de una comunidad democrática, aunque para muchos activistas es cuestionable, no puede ser modificada del modo en que se pretende hacerlo a través de decisiones judiciales» (Malumud y Beade, 2016, p. 293).

Gargarella adhiere al ideal habermasiano de la democracia deliberativa y rechaza con determinación cualquier pretensión de sustraer derechos a la decisión de las mayorías, como son la esfera de lo «no decidible» de la que habla Ferrajoli o el «coto vedado» de Gargón Valdés. La fuerza moral de su objeción se comprende mejor si se comparte la idea de que la democracia es el mejor modo posible de tomar decisiones colectivas, respetando la igualdad política de los ciudadanos y sus legítimas discrepancias. Sin desconocer la pluralidad de concepciones sobre *democracia*, personalmente entiendo que la legitimidad de las decisiones democráticas reposa en el diseño de un procedimiento de decisión en el que cada uno tenga oportunidad de participar en la discusión en igualdad de condiciones para defender su punto de vista sobre los temas controvertidos. Como señala el propio Gargarella, «solo a partir de una discusión inclusiva, entre iguales, puede maximizarse el carácter imparcial de las decisiones públicas en juego» (Gargarella, 2016, p. 419).

La democracia deliberativa es un ideal regulativo difícilmente cuestionable, y admito que no conozco un sistema mejor en términos de igualdad de tratamiento de intereses diversos de los ciudadanos. Como hace tiempo lo advirtió el recordado Carlos Santiago Nino, un procedimiento de intercambio de argumentos entre ciudadanos libres e iguales es el más confiable para poder identificar principios morales, lo que significaría una apuesta a la deliberación ciudadana como vía de acceso a cierta «verdad» o «corrección» moral (Nino, 2003, pp. 154-182).<sup>5</sup>

Sin embargo, creo que el argumento de la consulta popular, que, según se sostiene, habría decidido en favor de la impunidad, merece una consideración más cuidadosa.

Lo primero es que en esas consultas populares, la ciudadanía se expidió sobre un recurso de referéndum para dejar sin efecto la ley que declaraba la caducidad de la pretensión punitiva del Estado (1989), y luego, sobre un proyecto de reforma constitucional que proponía anular esa misma ley (2009). Nunca fue consultada si derechamente aprobaba la amnistía para los funcionarios militares y policiales que habían incurrido en violaciones graves de los derechos humanos; la consulta nunca se planteó en esos términos, y los mensajes que recibieron los ciudadanos aludían a otros tópicos a los que me refiero más adelante. En cuanto al plebiscito del 2009, cabe señalar que, de acuerdo con nuestra Constitución, el cuerpo electoral puede aprobar reformas constitucionales, aprobar iniciativas legislativas y también suprimir leyes mediante referéndum, pero ninguna disposición constitucional establece que pueda ser convocado para anular leyes fuera de alguno de esos supuestos.

Por otra parte, el argumento de la voluntad ciudadana no puede invocarse contra la ley 18.831, que aunque revirtió lo decidido por la ley 15.848 (Ley de Caducidad) y declaró que los delitos amparados por esa ley son delitos de lesa humanidad, nunca fue objeto de ningún recurso de referéndum, y por tanto, no hubo un pronunciamiento ciudadano contra esa decisión. La ciudadanía no se movilizó contra la decisión legislativa que iba contra otra decisión legislativa de 25 años atrás. En el referéndum de 1989, el voto contra la Ley de Caducidad obtuvo el 42,4 %, y en el plebiscito de 2009, los votos a favor de la reforma alcanzaron el 47,36 %, mostrando un aumento del porcentaje de ciudadanos contrarios a la impunidad. En 2011 no hubo resistencia ni movilización alguna de la ciudadanía contra la ley 18.831: la resistencia se limita a la defensa de los indagados y a la mayoría de la Suprema Corte de Justicia.

En segundo lugar, es preciso reconocer que las democracias reales no alcanzan a satisfacer las exigencias del modelo ideal de democracia deliberativa, y precisamente, su calidad puede evaluarse por el mayor o menor grado de aproximación a ese ideal regulativo, que requiere ciudadanos formados en el ejercicio del sentido crítico y, a la vez, sensibles a los intereses de todos y que estén bien informados sobre las cuestiones de interés público sobre las que deben decidir. Requiere, además, ámbitos adecuados de discusión donde todas las personas afectadas puedan participar en igualdad de condiciones. Ese ideal democrático, altamente valioso, no puede ser satisfecho solo con el hecho de que el

cuerpo electoral vote, especialmente cuando se trata de cuestiones complejas que no han sido objeto de un debate amplio y participativo.

Quienes vivimos aquellos dos plebiscitos sabemos que en el primero fuimos llamados a elegir entre «verde» o «amarillo», y en el segundo se nos propuso incluir una pequeña papeleta rosada con un «sí» a una reforma constitucional confusa, dado que no incluir la papeleta contaba como voto en contra de la iniciativa. Ninguna de esas consultas fue precedida del necesario debate público y participativo centrado en el análisis de las razones para decidir.

Por más orgullosos que estemos de nuestro modelo político, no podemos soslayar que nuestra democracia debió soportar presiones políticas ejercidas por quienes defendieron la causa de los militares valiéndose de formas de persuasión inaceptables desde la perspectiva de un debate racional.

Ambas consultas al electorado tuvieron lugar en contextos marcadamente condicionantes.

En la primera, fuimos convocados a votar bajo la presión de un persistente desacato militar —hacía casi cinco años que los militares ignoraban las citaciones de los jueces—, y todo hacía pensar que no era, de hecho, posible obligarlos a comparecer ante los tribunales a dar testimonio sobre sus actos, lo cual significaba una clarísima crisis institucional que, a la vez, permitía suponer una grave amenaza a la recién reconquistada democracia; todo, en el marco de un insistente discurso que nos incitaba a no mirar hacia atrás («no tener los ojos en la nuca»).

En el segundo plebiscito se planteaba una reforma constitucional para anular una ley específica que había sido varias veces declarada inconstitucional.

Ya es difícil aceptar una reforma constitucional para anular una única ley —no era que se incorporaba al texto constitucional un procedimiento para anular leyes en general—; tampoco se explicó a la ciudadanía la necesidad de aprobar ese proyecto tan singular. Más aún: luego del fracaso del proyecto de reforma constitucional, sobre el cual hubo disidencias en la coalición de gobierno, el sector entonces mayoritario expresó públicamente su disculpa por no haber «ensobrado» la «papeleta del sí» junto con sus listas, dando por cierto que, de ese modo, habrían podido obtenerse los votos necesarios. Esto seguramente es cierto, pero desnuda la idea subyacente: como otras veces, el ciudadano votó lo que había dentro del sobre del sector político que elegía para gobernar. ¿Dónde queda entonces la deliberación racional sobre la propuesta plebiscitada?

Por ello, sinceramente, creo que tales instancias no cuentan como «producto de un debate social amplio y libre», y menos todavía como un ejemplo de democracia deliberativa, por su sideral distancia con cualquier ejemplo de acción comunicativa (Gargarella, 2016, p. 428).

No hay duda de que desde lo político —en particular, desde ciertos sectores con fuerte gravitación en los grupos ciudadanos menos informados— hubo especial empeño en leer el resultado del referéndum de 1989 como un respaldo del cuerpo electoral a la amnistía de

militares y policías, y leer el fracaso de la reforma constitucional como ratificación de aquella voluntad. Sin embargo, podemos preguntarnos si esa es la única lectura posible. Sin duda, los ciudadanos de 1989 querían defender las instituciones, pero ¿querían renunciar a toda forma de justicia transicional? ¿No les interesaba ni siquiera conocer la verdad? ¿O acaso confiaban en que el Poder Ejecutivo la iba a investigar e informar según preveía la Ley de Caducidad?<sup>6</sup>

De todos modos, aun suponiendo que los uruguayos hubiéramos optado por la impunidad, ¿puede la voluntad mayoritaria del cuerpo electoral derrotar al argumento de que se trata de hechos que la comunidad internacional considera crímenes contra la humanidad y, por esa razón, nos exige investigarlos, juzgar a sus autores y reparar a sus víctimas, aun cuando no fueran delitos en el orden nacional, cualquiera sea el tiempo que haya transcurrido?<sup>7</sup>

Gargarella defiende la tesis afirmativa con singular fuerza y critica la posición de la Corte Interamericana en el caso Gelman como un ejercicio de autoridad contrario a la autonomía colectiva de los uruguayos.

Puede tener razón en cuanto a que se trata de ejercer autoridad dictando una decisión jurisdiccional que desconoce valor a la consulta popular de 1989; tiene razón, sin duda, en cuanto a la posibilidad de desacuerdo moral sobre la interpretación de los derechos fundamentales protegidos por el derecho internacional, y quizás también la tenga desde una perspectiva práctica, en cuanto se trata de investigar y juzgar hechos que ocurrieron hace más de treinta y tres años, con escasas posibilidades de indagar y probar. Pero desde mi punto de vista, y sin cuestionar que «la decisión política democrática tiene un valor intrínseco y proporciona una clase de legitimidad que no puede encontrarse en otras formas de gobierno» (Marquisio, 2016, p. 189), y que, en definitiva, el alcance y los límites de la justicia transicional son una cuestión de índole política, mantengo algunos reparos a la tesis de la decisión mayoritaria que laudaría el conflicto.

Creo que el supuesto respaldo de la ciudadanía nunca habría podido convertir en legítima una ley violatoria de la Constitución: el fracaso del referéndum revocatorio no podía impedir —y no impidió— la revisión judicial de la ley por la Suprema Corte de Justicia, que finalmente la declaró inconstitucional, por razones formales y sustantivas, adhiriendo a la idea garantista de que los derechos humanos deben ser asegurados a todos y constituyen un reducto que debe quedar blindado ante las decisiones políticas que puedan tomar mayorías contingentes. No estoy haciendo un argumento dogmático ni circular, sino dando cuenta de un hecho político ocurrido y de un límite no controvertido a las decisiones del cuerpo electoral.

También el reconocido constitucionalista uruguayo Martín Risso señala que en nuestro sistema constitucional, ningún pronunciamiento popular afecta la competencia de los órganos jurisdiccionales, ni siquiera de los nacionales, para proceder al análisis jurídico de la Ley de Caducidad o de cualquier otra norma, porque todos conservan intacto su marco de competencias sin que ese hecho implique ninguna restricción (Risso, 2016, p. 169).

Como lo ve Engelhart, a veces, como en este caso, «el principio democrático parece entrar en conflicto con la obligación de persecución penal», pero debe admitirse que «la voluntad de la mayoría está siempre limitada por la regla del Estado de derecho (*rule of law*) [...] por la protección de los derechos humanos de las víctimas» (Engelhart, 2016, p. 49). En un Estado de derecho, es inaceptable que la voluntad de la mayoría pueda suprimir derechos fundamentales de las víctimas, que constituyen una minoría.

Por demás, cabe preguntarse si la objeción democrática que se hace a la decisión de la Corte Interamericana puede usarse para cuestionar una ley: la 18.831 fue adoptada por un parlamento democrático uruguayo para revertir aquella Ley de Caducidad, admitiendo que amparaba delitos de lesa humanidad, lo cual era obvio. ¿Puede sostenerse que los plebiscitos de 1989 y 2009 impiden al Poder Legislativo uruguayo, como poder representativo de la ciudadanía, dejar sin efecto aquella ley porque fracasaron dos intentos anteriores? ¿Es suficiente el argumento de que en esas dos oportunidades el cuerpo electoral no la quiso suprimir? Nadie ha abordado este problema en términos de democracia deliberativa, pero tampoco la ciudadanía ha cuestionado la nueva voluntad parlamentaria resistiendo esta ley mediante los recursos a su alcance; particularmente el recurso de referéndum, usado contra la primera.

Desde otra perspectiva, quizás deba concluirse que algunas cuestiones concernientes a la protección de derechos humanos han quedado excluidas del ámbito de decisión política de las comunidades nacionales porque su regulación ha sido legítimamente transferida a la comunidad internacional. No se trata de una apropiación compulsiva por parte de agencias internacionales a nivel regional o mundial, sino del resultado de decisiones acordadas por los Estados, aprobadas internamente por procedimientos democráticos y con la finalidad de reforzar la protección de los intereses de sus ciudadanos. No hay duda de que podría ser la mejor decisión para defender valores ampliamente compartidos sobre la dignidad de la persona humana contra agresiones que provengan de autoridades estatales o sean indebidamente toleradas por esas autoridades.

Una vez que adoptamos una decisión soberana de adhesión al sistema normativo regional o universal, ratificamos todos los instrumentos sobre derechos humanos y aceptamos la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ¿con qué argumento podemos sostener luego que nos compete exclusivamente decidir esos asuntos como nos plazca? Como se pregunta Risso, «¿puede el Estado uruguayo someterse a la jurisdicción de órganos internacionales? Y si puede hacerlo, ¿los pronunciamientos internacionales no son obligatorios?» (Risso, 2016, p. 167).

Coincido con Galain en que

la justicia de transición no es una instancia exclusivamente local que pueda ser resuelta por las autoridades de los Estados nacionales o directamente por sus ciudadanos según principios democráticos de resolución de conflictos graves (consultas populares, ejercicio de democracia directa, etc.), sino que ella se enmarca en diversos procesos o procedimientos que permanecen ligados a determinadas obligaciones estatales con la

comunidad internacional y la agenda (supranacional) de los derechos humanos. [Galain, 2016, p. 25]

En el mundo globalizado en que vivimos hoy, como observa, entre otros, el historiador Yuval Noah Harari,

cada vez más gente cree que toda la humanidad es el origen legítimo de la autoridad política, y no los miembros de una nacionalidad concreta, y que para salvaguardar los derechos humanos y proteger los intereses de toda la especie humana debiera ser el foro que guía la política. [Harari, 2014, s/p.]

La conciencia de la universalización de ciertos derechos fundamentales es ampliamente compartida entre muchos juristas que destacan ese hecho como necesario y muy positivo.

La idea de la transferencia de ciertos aspectos de la protección de esos derechos a la comunidad internacional la convierte en la comunidad relevante y, en definitiva, la autoridad legítima en estas cuestiones. Eso plantea algunos problemas de distinta índole. Por ejemplo, Gargarella, citando a Duff, se pregunta si es posible asumir un «nosotros universal de un modo que no sea puramente retórico» (Gargarella, 2016, p. 413), y, seguramente en la misma línea, Nancy Fraser expresa su preocupación por la participación democrática en esas instancias supranacionales, preguntándose cómo alcanzar paridad participativa en cualquier ámbito globalizado en que se toman decisiones que nos conciernen.

Como observa la autora norteamericana, la cuestión del marco empieza a ser una preocupación desde fines de la Guerra Fría, asociada a la emergencia de un mundo en el que proliferan organizaciones transnacionales de muy diversos tipos, gubernamentales o no, que pueden verse como «estructuras de gobernación» que toman decisiones relevantes para nuestras vidas, lo que nos obliga a plantearnos el hecho de la superación del marco estatal y preguntarnos por la representación adecuada de los afectados en esas instancias. La idea es que «todo el que está sujeto, en cualquier parte del mundo, a una estructura de gobernación (transnacional, nacional o subnacional) que genera normas que se aplican coercitivamente tiene que poder tomar parte en la toma de las decisiones» (Fraser, 2008, s/p.).

Indudablemente, son cuestiones que afectan la legitimidad de esas decisiones y que debemos plantearnos, aunque hacerlo lleve la discusión a un plano que excede las pretensiones de este aporte.

## 5. A modo de reflexión y cierre

He querido señalar mi discrepancia con la posición hoy mayoritaria en nuestra Suprema Corte de Justicia sobre la prescripción de los delitos de la dictadura, sin dejar de reconocer que, en definitiva, se trata de un caso difícil de justicia transicional cuyo alcance es una

cuestión moral que involucra aspectos que conciernen tanto a la moral institucional como a sus posibilidades políticas.

No puede soslayarse que desde las distintas versiones de justicia transicional se hacen oír voces contrarias a la idea de «juicio y castigo», que argumentan con un grado de sensatez que merece reflexión.

Algunos, como el penalista alemán Dirk Fabricius —pensando en la experiencia del Tercer Reich—, sostienen que desde la perspectiva estrictamente penal no tiene sentido una obligación de perseguir y sancionar, porque no existiría una finalidad legítima para la imposición de una pena en tales casos, máxime cuando esa pena llevaría a una intromisión en derechos fundamentales de muchas personas que participaron en los hechos sin clara conciencia del injusto ni posibilidades de evitarlo (Fabricius, 2016, pp. 209 y 225).

También Malumud y Beade afirman que «se espera demasiado de los juicios y condenas penales» (Malumud y Beade, 2016, p. 295) y, junto con Lessa y Flores Mejía, defienden la prioridad del derecho a la verdad y la memoria que, a su juicio, representa la mejor alternativa al juicio penal, por entender que el objetivo es que haya una toma de conciencia colectiva de la real dimensión del problema vivido por los uruguayos en esos años oscuros y creen que para ese propósito sirven mejor comisiones de verdad que puedan hacer eficazmente su trabajo, de modo exhaustivo y sin restricciones. Reproduciendo expresiones del relator especial para la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, al finalizar su visita a Uruguay en 2013, se espera que la recopilación y organización de una información completa sobre lo ocurrido habrá de operar como catalizador y como guía de «procesos de reforma tendientes a superar los vicios y defectos de instituciones que, se supone, protegen los derechos de los ciudadanos; en particular, los servicios de seguridad y el Poder Judicial» (Lessa y Flores Mejía, 2016, p. 277).

Desde la perspectiva penal se han planteado problemas de justificación del castigo de estos crímenes. El destacado penalista Eugenio Zaffaroni, que fue integrante de la Corte Suprema de la Nación Argentina (2003-2014) y hoy integra la Corte Interamericana de Derechos Humanos (desde 2016), ha sostenido que el castigo de estos «crímenes de masa» responde a la necesidad de reducir la violencia: el castigo estatal se justificaría, porque rescata a los criminales masivos de actos de venganza de las víctimas, que no podrían ser penados por sus actos por la pérdida de «eticidad» para sancionarlos (Zaffaroni, 2010, p. 70). Este argumento, de tipo consecuencialista, se basa —a mi juicio— en una afirmación empírica discutible cuya justificación no se ofrece y parece desmentida por los hechos, por lo menos en el caso uruguayo.<sup>8</sup>

Sin embargo, otras voces, a las que me sumo, destacan que la impunidad como principio, sin esclarecimiento y condena judicial, no es una decisión admisible como política de justicia transicional.

La discusión persiste entre nosotros, porque en la sociedad uruguaya, el conflicto no ha sido laudado. De hecho, el porcentaje de ciudadanos que en 2009 pensaba que había que suprimir la Ley de Caducidad había crecido desde 1989 y se acercaba a la mitad del

padrón electoral (48 %); un parlamento democrático dictó la ley 18.831, al tiempo que se fueron abriendo brechas en la impunidad con el procesamiento y condena de dos expresidentes y un canciller del gobierno de facto, seguidos de la condena de un grupo importante de represores de siniestra fama; y los jueces siguen investigando y juzgando, aunque al final del camino aún se erige la sombra de la muralla de la prescripción.

Esta realidad de enfrentamiento persistente y duro parece demostrativa de la carencia de una política aceptable de justicia transicional, discutida y acordada en un ámbito de deliberación democrática, que es, como describe la teoría, un ámbito en que tengan participación «todos los posibles afectados» y se tome decisión a través de «un proceso amplio de discusión colectiva organizada bajo condiciones de igualdad» (Gargarella, 2016, p. 318).

Como eso no ha ocurrido realmente, seguimos en un conflicto que la sociedad uruguaya no ha podido hasta hoy resolver y superar: tras los plebiscitos que se mencionan con insistencia, un parlamento democrático dictó una ley orientada a la investigación y sanción de los delitos cometidos, y en la actualidad, ese conflicto se plantea entre la voluntad parlamentaria expresada en la ley 18.831 y el máximo órgano judicial, que tienen visiones distintas del alcance de la justicia a estos casos.

En todo caso, es claro que no compete a la Suprema Corte de Justicia laudarse un hipotético conflicto entre una supuesta voluntad política del cuerpo electoral que querría renunciar a juzgar esos delitos y la voluntad parlamentaria expresada en forma de ley que actualmente habilita su juzgamiento. Quizás la dificultad de justificar esto haya sido lo que indujo al máximo órgano judicial a plantear el asunto en términos de principios constitucionales —haciendo una ponderación muy peculiar— y eludir toda referencia a la presunta voluntad ciudadana.

No discuto la pertinencia de la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes y admito sin objeciones que, de acuerdo con las reglas de juego definidas por la Constitución nacional, nuestra Suprema Corte de Justicia está constitucionalmente habilitada para imponer, en definitiva, su punto de vista sobre la constitucionalidad de las leyes dictadas por el poder tradicionalmente visto como genuino representante de la voluntad general. El punto es que la ostensible debilidad de los argumentos que sustentan la decisión judicial permite dudar sobre su corrección jurídica y lleva a leerla como una decisión política que inclina la balanza hacia la impunidad.

No podemos renunciar a preguntarnos si la decisión mayoritaria es consistente con el conjunto del ordenamiento jurídico vigente, coherente con los valores que promueve, y si sus consecuencias contribuyen a mostrar que el derecho es una herramienta valiosa para proteger a la comunidad y las personas que la integran. La visibilidad actual del sistema de justicia exige la mayor conciencia de que la legitimidad institucional del Poder Judicial se juega fundamentalmente en la calidad jurídica y moral de sus decisiones (Castro, 2006, pp. 69-77).

Insisto en que esto ocurre por la señalada resistencia de los jueces uruguayos a asumir compromiso moral con sus decisiones, y lo atribuyo a la fuerte persistencia del para-



digma positivista formalista, esto es, una versión primaria del positivismo jurídico que nadie defiende actualmente en la teoría del derecho, pero que sigue impregnando nuestros estudios universitarios.

Desde mi punto de vista, tampoco estamos ante una buena decisión política. Como hace notar Olazolo, «la investigación y castigo penal, idolatrados por unos y demonizados por otros, constituyen, según el actual ordenamiento jurídico internacional, un elemento necesario del concepto restringido de *justicia de transición*» (Olazolo, 2016, p. 19).

Verdad, juicio, reparación y garantías de no repetición son exigencias mínimas de una transición hacia una paz sólida en un contexto problemático. Aunque puedan cumplirse en distinta medida, según lo posible en cada caso, lo que hemos hecho en cada uno de esos aspectos parece todavía demasiado poco.

Pero hay quienes nos recuerdan que la restauración de la dignidad humana exige, en última instancia, una efectiva inclusión social, política y económica de las víctimas, entendiendo como víctimas todos quienes han sufrido crímenes de lesa humanidad, exilio forzado o las consecuencias de la política económica, social y cultural instaurada mediante los procesos dictatoriales, para lo cual, además de medidas de marcado carácter simbólico, se hacen necesarias medidas estructurales de justicia económica, social y política para revertir sus causas y la profundización de la desigualdad y la exclusión social que impusieron (Olazolo, 2016, pp. 17 y 20).

Tal vez parezca que estamos lejos del propósito anunciado, pero no he hecho más de que desplegar el contexto en el que se insertan las decisiones judiciales que, como la que analizo, no van en el sentido de recuperar la dignidad humana ni de contribuir a una justicia de transición, sino que arriesgan ahondar grietas abiertas hace mucho tiempo en nuestra sociedad.

## 6. Bibliografía

### 6.1. Referencias bibliográficas

- Aguiló Regla, J. (1997). «De nuevo sobre la independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica». *Jueces para la Democracia*, 46, 47-55.
- Alexy, R. (1997). *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alles, N. (2016). «Verdad y democracia en Carlos Nino. Consideraciones sobre el constructivismo, el conocimiento moral y la deliberación». *Isonomía* (44), 99-126.
- Atienza, M. (2006). *El derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*. Barcelona: Ariel.
- (2013). *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trotta.
- Castro Rivera, A. (2006). «Los jueces en la mira». *Revista Judicatura* (44), 69-77.

- (2018). «Derechos humanos y delitos de lesa humanidad. Análisis de la jurisprudencia de la SCJ sobre la imprescriptibilidad de los delitos de la dictadura». *Revista de Derecho Público*, 54, 7-34.
- Braccacini, F. (2018). «La justificación del castigo por crímenes de lesa humanidad: ¿una cuestión de costos y beneficios? A propósito del argumento de Eugenio Zaffaroni». *Revista en Letra: Derecho Penal*, IV (6), pp. 88-123.
- Dworkin, R. (1993). *Los derechos en serio*. Barcelona: Planeta Agostini.
- (1986). *El imperio de la justicia*. Barcelona: Gedisa.
- (2014). *Justicia para erizos*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Engelhart, M. (2016). «Objetivos de la justicia de transición». En P. Galain Palermo (ed.), *¿Justicia de transición? Mecanismos políticos y jurídicos para la elaboración del pasado* (pp. 35-70). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Fabricius, D. (2016). «Uruguay just dessert: ¿Hay una obligación de castigar simplemente por haberlo merecido?». En P. Galain Palermo (ed.), *¿Justicia de transición? Mecanismos políticos y jurídicos para la elaboración del pasado* (pp. 205-282). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Ferrajoli, L. (2002). «Positivismos crítico, derechos y democracia». *Isonomía* (16). Recuperado de: <http://cervantesvirtual.com/nd/ark/59851>.
- Ferrajoli, L. (2010). *Democracia y garantismo*. Barcelona: Trotta.
- (2018). «Qué es el garantismo». Recuperado de: <https://www.palermo.edu>.
- Fraser, N. (2008). «Escalas de la justicia». Barcelona: Herder. Recuperado de: [www.amazon.com](http://www.amazon.com).
- Galain Palermo, P. (2016). «A modo de introducción». En P. Galain Palermo (ed.), *¿Justicia de transición? Mecanismos políticos y jurídicos para la elaboración del pasado* (pp. 25-32). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Gargarella, R. (2016). «Justicia penal internacional y deliberación democrática». En P. Santolaya Machetti e I. Wences (coords.), *La América de los Derechos* (pp. 409-433). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Harari, Y. N. (2014). *De animales a dioses*. Madrid: Editorial Debate. Recuperado de: [www.amazon.com](http://www.amazon.com).
- Lessa, F., y Flores Mejía, N. (2016). «Reflexiones sobre el derecho a la verdad y su aplicación en el caso Uruguay». En P. Galain Palermo (ed.), *¿Justicia de transición? Mecanismos políticos y jurídicos para la elaboración del pasado* (pp. 235-277). Valencia: Tirant lo Blanch.
- MacCormick, N. (1978). *Legal reasoning and legal theory*. Oxford: Clarendon Press.
- Malumud, J., y Beade, G. (2016). «El problema con la memoria: el caso de Uruguay». En P. Galain Palermo (ed.), *¿Justicia de transición? Mecanismos políticos y jurídicos para la elaboración del pasado* (pp. 279-295). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Marquisio Aguirre, R. (2016). «La idea de una autoridad democrática». *Revista de la Facultad de Derecho* (40), 177-207.
- Nino, C. S. (2003). *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa.
- Olasolo Alonso, H. (2016). «Prólogo: Condiciones de posibilidad para la aplicación de los conceptos positivos de paz y justicia de transición». En P. Galain Palermo (ed.), *¿Justicia de*

*transición? Mecanismos políticos y jurídicos para la elaboración del pasado* (pp. 13-23). Valencia: Tirant lo Blanch.

Pereira, M. (1985). *1980-1984. Operación Sanguinetti*. Montevideo: Centro Uruguay Independiente.

Risso Ferrand, M. (2016). «La ley de amnistía uruguaya, los pronunciamientos populares y las sentencias nacionales e internacionales». En P. Galain Palermo (ed.), *¿Justicia de transición? Mecanismos políticos y jurídicos para la elaboración del pasado* (pp. 151-169). Valencia: Tirant lo Blanch.

Wróblewski, J. (2013). *Sentido y hecho en el derecho*. Lima: Grijley.

Zaffaroni, E. R. (2010). *Crímenes de masa*. Buenos Aires: Ediciones Madres de Plaza de Mayo.

## 6.2. Normas citadas

Uruguay. Ley 15.848. Funcionarios militares y policiales. Se reconoce que ha caducado de la pretensión punitiva del Estado respecto de los delitos cometidos antes del 1.º de marzo de 1985. Recuperado de: <https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp2491400.htm>.

Uruguay. Ley 18.831. Pretensión punitiva del Estado. Restablecimiento para los delitos cometidos en aplicación del terrorismo de Estado hasta el 1.º de marzo de 1985. Recuperado de: <https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp7267677.htm>.

Uruguay. Ley 18.596. Actuación ilegítima del Estado entre el 13 de junio de 1968 y el 28 de febrero de 1985. Reconocimiento y reparación de las víctimas. Recuperado de: <https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp6384810.htm>.

## 6.3. Jurisprudencia citada

Uruguay. Suprema Corte de Justicia. Sentencia definitiva 365/2009, de 19.10.2009. Chediak, J. (redactor); Van Rompaey, L.; Larrieux, J.; Ruibal, J.;<sup>9</sup> Gutiérrez, D. (discorde parcialmente).

Uruguay. Suprema Corte de Justicia. Sentencia definitiva 680/2017, de 25.9.2017. Chediak, J. (redactor); Martínez, E.; Turell, E.; Hounie, F. (discorde); Minvielle, B. (discorde).

Organización de Estados Americanos. Corte Interamericana de Derecho Humanos. Caso Gelman vs. Uruguay. Sentencia de 24.2.2011. García Sayan, D. (presidente); Franco, L. A.; Ventura Robles, M. E.; May Macaulay, M.; Abreu, R.; Vio Grossi, E. (voto concurrente).

## 7. Notas

1. Conductas como las descritas constituyen, desde el Acuerdo de Londres de agosto de 1945, que aprobó el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, «crímenes contra la humanidad», que desde la convención internacional sobre imprescriptibilidad de ciertos crímenes aprobada en noviembre de 1968 son denominados «crímenes de lesa humanidad».

2. Ese extenso período, que abarca 16 años, 8 meses y 15 días, ha sido reconocido como de ejercicio de la violencia terrorista por parte del aparato estatal, como lo establece la ley 18.596, de 18.9.2009. Ese lapso puede ser subdividido —como lo hace esa ley— en dos: un primer período en el que se mantuvo el sistema institucional, desde el 13.6.1968 hasta el 26.6.1973, que duró 5 años y 13 días, y un segundo período, iniciado el 27.6.1973 con la disolución del parlamento y que se extiende hasta el 28.2.1985, día anterior al que asumió el Gobierno constitucional electo en 1984, con una duración de 11 años, 8 meses y 2 días. Las observaciones sobre la periodización y las diferencias entre los hechos acaecidos en el primer y segundo período son temas del mayor interés, pero escapan al objeto de esta reflexión.

3. El ámbito subjetivo de protección de la ley 15.848, de 22.12.1986, solo incluyó a funcionarios militares y policiales, por lo cual no fue impedimento para que se decidieran condenas a autores responsables que, con anterioridad al 28.2.1985, habían desempeñado cargos políticos —no militares ni policiales—, como el caso contra el excanciller Juan Carlos Blanco por el secuestro de Elena Quinteros (2003) y el caso en que también se lo condenó, junto con el expresidente Juan María Bordaberry, por los homicidios de los legisladores Zelmar Michelini y Héctor Gutiérrez Ruiz, y de los militantes William Whitelaw Blanco y Rosario Barredo Longo (2006). En consecuencia, no hago referencia a esos casos porque los imputados no resultaban amparados por la Ley de Caducidad, que fue el impedimento que se utilizó para impedir que los jueces investigaran y juzgaran los crímenes cometidos por funcionarios policiales y militares. Esa barrera legal recién se removió por primera vez con la referida sentencia de la SCJ 365/2009, de 19.10.2009.

4. Este enfoque es reiteradamente recogido en numerosos trabajos sobre argumentación jurídica, desde que Wroblewsky explicitó esa idea y hasta los más recientes y difundidos entre nosotros, como son los de Alexy (1997) y Atienza (2006 y 2013).

5. Esa controversia puede ser vista como una discusión sobre el concepto de razones jurídicas y su amplitud, o como una cuestión sobre los límites del derecho o, mejor, del razonamiento jurídico; en particular, qué lugar ocupan allí las razones morales o políticas. Autores relevantes como Dworkin sostienen, en sus últimos trabajos, que la moral es omnicompreensiva, y que tanto la política como el derecho forman una concepción moral integrada.

6. Existe una interesante discusión de la tesis de Carlos Nino en un trabajo de Alles (2016).

7. Según el artículo 4.º, el Poder Ejecutivo dispondría de inmediato las investigaciones destinadas al esclarecimiento de estos hechos, y dentro del plazo de ciento veinte días daría

cuenta a los denunciantes del resultado de estas investigaciones, poniendo en su conocimiento la información recabada. De hecho, es lo que anunció —e hizo— el Poder Ejecutivo desde 2005.

8. Tal es lo que los discordes destacan, situando el inicio del proceso en el acta de constitución y estatuto de los tribunales militares internacionales de Núremberg y Tokio (1945), continuado en la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (1948), los convenios de Ginebra (1949), la declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas que aprobó los «Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Núremberg» (1950) y la Convención Internacional sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (1968). De estas últimas surge que «el hecho de que el derecho interno no imponga pena alguna por un acto que constituya delito de derecho internacional no exime de responsabilidad en derecho internacional a quien lo haya cometido», y que los crímenes de lesa humanidad «son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido».

9 La posición de Zaffaroni fue objeto de una interesante crítica de Braccacini (2018).