

LA INFLUENCIA DE LAS DECISIONES DE LOS ÓRGANOS DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO PENAL DE URUGUAY* **

Pablo Galain Palermo

RESUMEN. Este informe tiene como objetivo responder dos preguntas: ¿Uruguay está obligado a cumplir las decisiones y resoluciones de los principales órganos interamericanos de protección de los derechos humanos? ¿En qué argumentos jurídicos se fundamenta dicho cumplimiento? El análisis de esta cuestión comprende la recepción y ejecución por las autoridades nacionales de las decisiones interamericanas que incumben al Estado uruguayo en materia de responsabilidad por violaciones a la CADH. El informe no pretende expedirse sobre si la jurisprudencia uruguayo adhiere a los fundamentos o razones del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, sino a la cuestión específica de si la decisión misma ha sido cumplida o desatendida por el Estado uruguayo. Todo el análisis se lleva a cabo con una mirada crítica en relación con algunas exigencias de la Corte IDH referidas a cuestiones de derecho penal y de los derechos materiales y formales de los justiciables.

* Este trabajo fue escrito antes de que la Suprema Corte de Justicia de Uruguay decretara la inconstitucionalidad de la ley 18831 por medio de la sentencia n.º 20, de 22.2.2013. Mi posición con relación a dicha sentencia se encuentra en <http://www.kas.de/wf/doc/9176-1442-4-30.pdf>.

** Cuenta Ángel de Saavedra y Ramírez de Baquedano, también conocido como el duque de Rivas, que Carlos I (Carlos V fuera de España) quiso obligar al conde de Benavente a alojar al primo de este, que había sido un traidor, pero con el que tenía comunes intereses políticos. Carlos I le ordenó al conde que alojara al primo, como voluntad mayestática que el conde debía cumplir. Ante la orden del rey, respondió: "Soy, señor, vuestro vasallo, / vos sois mi rey en la tierra, / a vos ordenaros cumple / de mi vida y de mi hacienda. // Vuestro soy, vuestra mi casa, / de mí disponed y de ella, / pero no toquéis mi honra / y respetad mi conciencia. // Mi casa borbón ocupe / puesto que es voluntad vuestra, / contamine sus paredes, / sus blasones envilezca, // que a mí me sobra en Toledo / donde vivir, sin que tenga / que rozarme con traidores, / cuyo solo aliento infesta. // Y en cuanto él deje mi casa, / antes de tornar yo a ella, / purificaré con fuego / sus paredes y sus puertas." Y culmina el romance tercero: "Quedó absorto Carlos Quinto / de ver tan noble firmeza, / estimando la de España / más que la imperial diadema". Véase Ángel de Saavedra, *Un castellano leal* (romance tercero), <http://www.camagueycuba.org/cienpoesias/75.html>. Agradezco a Gastón Chaves la cita literaria y a Gustavo Rojas Paez por la sugerente discusión.

Palabras clave: interpretación judicial, ejecución, derechos humanos, principios superiores del derecho, justicia.

ABSTRACT. This report seeks to answer two questions: Does Uruguay have an obligation to comply with the decisions and resolutions issued by the main bodies of the Inter-American human rights protection system? What are the legal arguments for compliance? The analysis must include consideration of the reception and enforcement by national authorities of Inter-American decisions involving the Uruguayan State's responsibility for violations of the American Convention on Human Rights. The paper does not express an opinion about whether Uruguayan judges observe the legal bases or the reasons of the Inter-American human rights protection system. Rather, it focuses on the specific matter of whether the decision itself has been complied with or ignored by the Uruguayan State. It casts a critical eye on some of the Inter-American Court's requirements regarding aspects of criminal law as well as the substantive and procedural rights of triable persons.

Keywords: judicial interpretation, enforcement, human rights, overriding principles of law, justice.

ZUSAMMENFASSUNG. In diesem Beitrag soll zwei Fragen nachgegangen werden: Ist Uruguay zur Umsetzung der Entscheidungen und Beschlüsse der wichtigsten interamerikanischen Organe zum Schutz der Menschenrechte verpflichtet? Wie lässt sich eine solche Umsetzungspflicht juristisch begründen? Die Untersuchung behandelt die Anerkennung und Umsetzung von Entscheidungen des interamerikanischen Systems, die Uruguay für Verletzungen der AMRK verantwortlich machen, durch die zuständigen innerstaatlichen Behörden. Es soll nicht zu der Frage Stellung genommen werden, ob die uruguayische Rechtsprechung die grundsätzlichen Erwägungen und Motive teilt, die dem interamerikanischen System zum Schutz der Menschenrechte zugrundeliegen. Der Beitrag beschränkt sich auf die Frage, ob der uruguayische Staat einzelne Entscheidungen umgesetzt hat oder nicht. Die Analyse nimmt kritisch Stellung zu bestimmten Aussagen des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu strafrechtlichen Fragen sowie zu materiellen und prozessualen Rechten der Beschuldigten.

Schlagwörter: Richterliche Auslegung, Umsetzung, Menschenrechte, oberste Grundsätze des Rechts, Gerechtigkeit.

1. Introducción

1. Esta contribución consta de dos secciones que no están directamente relacionadas entre sí, pero que son necesarias para explicar la ejecución de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) por medio de los órganos

judiciales uruguayos. En la primera parte explica la incorporación y recepción del derecho internacional de derechos humanos en el orden interno, y en la segunda parte analiza los efectos de estas decisiones en el ordenamiento penal material y formal, en la praxis jurisprudencial y en los otros poderes del Estado.

2. El concepto de *decisión* y de *resolución* se considera de forma amplia y guarda relación con todo aquello que ha sido ordenado o resuelto por la Corte IDH como reparación en un caso contencioso (la parte resolutive de la sentencia), con lo aconsejado por la Corte IDH en una opinión consultiva, y con lo recomendado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Com IDH) al término de un informe (artículos 50 y 51 de la Convención Americana de Derechos Humanos [CADH]). Por cuestiones de tiempo y espacio el informe se concentra en las resoluciones firmes de la Corte IDH contra Uruguay, en particular en la sentencia del caso *Gelman*. De este modo, el objetivo final no pretende definir si existe una tendencia de cumplimiento o incumplimiento, sino determinar si Uruguay ha cumplido con la sentencia del caso *Gelman*.

2. La relación entre Uruguay y los tratados internacionales de protección de los derechos humanos

1. Uruguay está sometido a la legalidad nacional e internacional por medio del principio de legalidad,¹ pero, principalmente, está sometido a principios democráticos y de justicia que tienen que ser considerados al momento de la interpretación y aplicación del derecho en general.² La República Oriental del Uruguay tiene una larga historia democrática y se ha caracterizado por el respeto del principio del Estado de derecho (*rule of law*); de allí la temprana vocación de adherir a la casi totalidad de los tratados y convenciones internacionales relativos a los deberes de protección de los derechos humanos.³

¹ Véase Pablo Galain Palermo, "Principle of legality (nullum crimen sine lege) in Uruguay", en U. Sieber, S. Forster y K. Jarvers (eds.), *National Criminal Law in a Comparative Legal Context*, vol. 2.1, Berlín: Duncker & Humblot, 2011, pp. 137 ss.

² El principio general de derecho internacional en esta materia es el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que exige a los Estados partes en un tratado el cumplimiento de buena fe de las obligaciones asumidas (*pacta sunt servanda*).

³ Uruguay es miembro fundador de la Organización de las Naciones Unidas (ONU, 26.06.1945) y de la Organización de Estados Americanos (OEA, 05.05.1948), y fue el primer Estado en el mundo en aceptar sin reservas la jurisdicción obligatoria Corte Permanente de Justicia (CPJ) y de la Corte Internacional de Justicia (CIJ). En cuanto refiere a la protección de los derechos humanos, adhirió a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH, 2.5.1948) y a la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH, 10.12.1948). La ley 13482 ratificó

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Así, el 11 de junio de 1969 ratificó e introdujo en el ordenamiento jurídico nacional (ley 13751) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y su Protocolo facultativo, y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.⁴ En cuanto al derecho penal internacional y la prohibición de cometer crímenes internacionales, Uruguay adhirió al Estatuto de Roma el 19 de diciembre de 2000 y lo ratificó el 28 de junio de 2002. La ley 18026, de 25 de setiembre de 2006, implementó en el orden jurídico nacional los crímenes internacionales competencia de la Corte Penal Internacional y las reglas de colaboración con la Corte.⁵

2. El tratado interamericano que dio nacimiento a la CADH (Pacto de San José de Costa Rica) tuvo lugar el 22 de noviembre de 1969; la CADH entró en vigor el 18 de julio de 1978 (artículo 74.2) y la Corte IDH entró en vigencia en 1979.⁶ Uruguay adhirió a este tratado y lo ratificó mediante la ley 15737, el 8 de marzo de 1985.⁷ A partir de la

la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (CPSDG, 30.6.1966); la ley 13751 implementó el Pacto Internacional y Protocolos Adicionales sobre Derechos Humanos y Derechos Civiles y Políticos (PIDHDCP, 11.7.1969). Uruguay ratificó la Convención de La Haya de 1907 y de 1954, las cuatro Convenciones de Ginebra (ratificadas en 1864, 1906, 1929 y 1949) y sus Protocolos adicionales (I, II de 1977 y III de 2005). La ley 16294 ratificó la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (CIPST, 11.8.1992); la ley 15798 ratificó la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (CTOTPCID, 19.3.1996) y la ley 17914 (28.10.2005) ratificó el Protocolo de la Asamblea General de la ONU relativo a este crimen. Uruguay adhirió a la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (CIPST) el 9.12.1985, que entró a regir el 28.2.1987. La ley 17347 ratificó la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (CICGCLH, 13.06.2001, publicada en el *Diario Oficial* el 19.6.2001); mientras que la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (CIDFP) fue ratificada en 1994. Véase Pablo Galain Palermo, "Comparative legal classification and international ties in Uruguay", en U. Sieber, K. Jarvers y E. Silvermann (eds.), *National Criminal Law in a Comparative Legal Context*, Berlín: Duncker & Humblot, en prensa.

⁴ Asamblea General de Naciones Unidas (16.12.1966). Con el regreso de la democracia, entre otros, en diciembre de 1985 fue ratificada la CTOTPCID; la ley 16279 implementó el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos destinado a Abolir la Pena de Muerte, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15.12.1989. La ley 17914 implementó el Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18.12.2002.

⁵ Véase Pablo Galain Palermo, "Uruguay", en K. Ambos, E. Malarino y J. Woischnick (eds.), *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Contribuciones de América Latina y Alemania*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2006, pp. 403 ss.

⁶ La CADH se registró en la ONU el 27.8.1979 con el número 17955.

⁷ La ley 15737 fue publicada en el *Diario Oficial* el 22.3.1985. El instrumento de ratificación de 26.3.1985 fue depositado el 19.4.1985 en la Secretaría General de la OEA. Según el sitio web de la Corte IDH, Uruguay firmó el tratado el 22.11.1969, ratificó la adhesión el 26.3.1985, depositó el tratado el 19.4.1985, que es la fecha en la que se considera que aceptó la competencia de la Corte IDH y la Com IDH. <<http://www.cidh.oas.org/Basicos/basicos3.htm>>. Esta fue la misma ley que amnistió a los presos políticos de la dictadura cívico-militar, una ley con una carga simbólica de real significación respecto a la protección de los derechos humanos. A partir de este momento en Uruguay se adquirió una visión de los derechos humanos relacionada con los presos políticos, pero alejada de los ciudadanos. Hace falta

sanción de esta ley Uruguay aceptó la jurisdicción de la Corte IDH⁸ y del órgano político del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, la Com IDH.⁹ Así las cosas, a partir del 8 de marzo de 1985 Uruguay se ha sometido voluntariamente a la jurisdicción del sistema interamericano de protección de los derechos humanos¹⁰ y tiene que cumplir sus resoluciones.¹¹

3. El orden jerárquico nacional ubica a la Constitución en la cúspide de la pirámide jurídica, seguida en su orden por la ley y los decretos. Hasta hace muy poco tiempo los tratados internacionales habían sido jerarquizados por debajo de la Constitución y con el mismo rango que la ley; por ende, sometidos a la regla de la temporalidad (ley posterior deroga ley anterior).¹² En el ordenamiento jurídico uruguayo la Suprema

una visión amplia de los derechos humanos para situaciones cotidianas en las que el Estado democrático lesiona los derechos protegidos en la CADH. El mejor ejemplo es la sistemática violación de la CADH llevada a cabo por los jueces uruguayos en la aplicación de los derechos de la defensa durante los procesos penales por delitos comunes. En cuanto a la adhesión al sistema interamericano, Uruguay ratificó la CADH bajo condición de reciprocidad: "En el instrumento de ratificación de fecha 26 de marzo de 1985, depositado el 19 de abril de 1985 en la Secretaría General de la OEA, el gobierno de la República Oriental del Uruguay declara que reconoce la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por tiempo indefinido y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención, bajo condición de reciprocidad, de acuerdo a lo establecido en sus artículos cuarenta y cinco, párrafo tres, y sesenta y dos, párrafo dos".

⁸ Véase que la Corte IDH tiene potestades para determinar el alcance de su propia competencia (artículo 62.3 CADH), a la que Uruguay se ha sometido voluntariamente. Ahora bien, la interpretación de la CADH debe llevarse a cabo según su objeto y fin, y si bien no está sujeta a limitaciones que no hayan sido específicamente determinadas por los Estados de acuerdo a los términos del artículo 62 CADH, los jueces de la Corte IDH son intérpretes y no legisladores en la materia.

⁹ Reconocimiento de competencia: En el instrumento de ratificación de fecha 26 de marzo de 1985, depositado el 19 de abril de 1985 en la Secretaría General de la OEA, el Gobierno de la República Oriental del Uruguay declara que reconoce la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos *por tiempo indefinido* y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre todos los casos relativos a la *interpretación o aplicación* de esta Convención, *bajo condición de reciprocidad*, de acuerdo a lo establecido en sus artículos cuarenta y cinco párrafo tres, y sesenta y dos, párrafo dos. <<http://www.cidh.oas.org/Basicos/basicos3.htm>>.

¹⁰ Este *sometimiento* a la competencia del sistema interamericano abarca las recomendaciones de la Com IDH y las sentencias de la Corte IDH. Del mismo modo, se somete a la interpretación que hace la Corte IDH del texto de la CADH no solo en los casos en los que Uruguay es parte denunciada, sino en todos los casos sometidos a la jurisdicción de la Corte IDH.

¹¹ Así opina la doctrina. Véase Martín Riso, "Cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)", *Estudios Jurídicos*, 9, 2011, Universidad Católica del Uruguay, p. 75; Daniel Ochs Olazábal, "El fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Gelman con Uruguay", *La Ley Uruguay*, IV, 7, julio 2011, p. 881; Mariana Blengio Valdés, "Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gelman contra Uruguay", *Revista de Derecho Público*, 39, Montevideo, 2011, p. 146, y la jurisprudencia, por todos, SCJ, sentencia 365/2009 (caso *Nibia Sabalsagaray Curutchet*).

¹² La mayoría de la doctrina uruguaya asume la pirámide kelseniana, que ubica a la Constitución por encima de cualquier otro instrumento jurídico. Por todos, Daniel Martins, "La supremacía de la Constitución y la ley de ordena-

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Corte de Justicia (SCJ) es el órgano encargado de realizar el control de constitucionalidad de la ley, así como también el control de convencionalidad entre las leyes nacionales y el texto de la CADH.¹³ La jurisprudencia más reciente de la SCJ ha dado por culminada la disputa teórica en relación al valor de los tratados internacionales (sentencia SCJ 365/2009, caso *Nibia Sabalsagaray Curutchet*) y ha puesto coherencia en el “ordenamiento” jurídico uruguayo, muchas veces sometido por políticas (jurídicas, criminales) dominadas por la oportunidad para brindar “respuestas” a problemas concretos que han traído como consecuencia un orden jurídico deslavazado, que es aplicado sin uniformidad de criterios.¹⁴

4. En el ordenamiento jurídico uruguayo no existe ninguna norma que determine la forma de cumplimiento de las decisiones de los órganos supranacionales de contralor de los derechos humanos.¹⁵ La puerta de entrada de las decisiones relacionadas con

miento territorial”, en María Vázquez (coord.), *Estudios en homenaje al Prof. Juan Pablo Cajarville Peluffo*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2011, p. 519; José Korzeniak, “La interpretación en la teoría pura del derecho de Kelsen”, ibídem, pp. 1049 ss. La jurisprudencia, a partir de la sentencia de la SCJ en el caso *Sabalsagaray*, de 2009, ha comenzado a aceptar la validez suprallegal de los instrumentos de protección de los derechos humanos.

¹³ Según se desprende del análisis de la jurisprudencia de la Corte IDH a partir del caso *Almonacid Arellano*: “El ‘control de convencionalidad’ es definido entonces como una herramienta jurídica de aplicación obligatoria ex officio por los órganos del Poder Judicial, complementaria al control de constitucionalidad, que permite garantizar que la actuación de dichos órganos resulte conforme a las obligaciones contraídas por el Estado respecto del tratado del cual es parte”. Juana María Ibáñez Rivas, “Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario de Derechos Humanos* 2012, p. 108, <<http://www.revfo.no.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/20555/21725>>. La Corte IDH reitera estos parámetros en el caso *Gelman contra Uruguay* (fondo y reparaciones), sentencia de 24 de febrero de 2011, serie C, n.º 221, § 193, aunque agrega que en “las instancias democráticas” también debe primar un “control de convencionalidad”, cuya aplicación caracteriza como “función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial” (§ 240).

¹⁴ Esta política criminal del *golpe y porrazo*, sin embargo, no explica la coexistencia en un mismo orden jurídico de un Código General del Proceso que es un código procedimental tipo o modelo para toda Iberoamérica (CGP) y un Código del Proceso Penal (CPP) promulgado durante la dictadura (1980) que viola la CADH. Véase Com IDH, Informe 86/09, caso 12553 (fondo), *Jorge, José y Dante Peirano Basso contra República Oriental del Uruguay*, 6.8.2009 <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2009sp/Uruguay12553.sp.htm>>.

¹⁵ El cumplimiento de las decisiones de los órganos interamericanos de protección es un problema que no tiene solución en el texto de la CADH y que depende de la buena disposición de cada Estado en la observancia de sus obligaciones internacionales. Véase que la primera sentencia de la Corte IDH (caso *Velázquez Rodríguez contra Honduras*), emitida el 21.7.1989, fue cumplida recién el 10.9.1996. Sobre el tema, Salvador Mondragón, *Ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México: Porrúa, 2007, pp. 51 ss., 59. Según la doctrina uruguaya, las sentencias de la Corte IDH tienen que ser cumplidas en el orden interno por la Administración, que tiene que utilizar todos los medios disponibles para ejecutarlas, de modo de no incurrir en denegación de justicia. Véase Graciela Ruocco, “Responsabilidad del Estado por incumplimiento de la sentencia anulatoria”, en Carlos Delpiazco (coord.), *Transformaciones actuales de Derecho Administrativo*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2010, p. 88.

los derechos inherentes a la personalidad humana está compuesta por el artículo 72¹⁶ y el artículo 332 de la Constitución.¹⁷ La conclusión más relevante es que las decisiones interamericanas deben ser integradas al ordenamiento jurídico uruguayo como si se tratara de la integración de normas constitucionales, que el vacío legal no impedirá el cumplimiento de tales decisiones¹⁸ y que, por lo tanto, estas cuestiones tienen jerarquía supralegal.

5. El cumplimiento y la ejecución de las sentencias de la Corte IDH son materia del derecho interno (artículo 68 CADH) y deben llevarse a cabo por los órganos encargados del control de convencionalidad de la normativa nacional con el derecho internacional.¹⁹

¹⁶ Véase José Cagnoni y Mariana Blengio, "Los derechos humanos en la Constitución", en Mariana Blengio, *Código de Derechos Humanos*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2010, p. 31; Martín Risso, *Algunas garantías básicas de los derechos humanos*, 2.ª ed., Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2011, pp. 32 ss. Sin embargo, hay quienes, aun aceptando que dicho artículo 72 es la puerta de entrada al sistema nacional, no admiten jerarquía constitucional a los tratados internacionales. Véase Héctor Gros Espiell, "Los derechos humanos no enunciados o no enumerados en el constitucionalismo americano y en el artículo 29.c) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 4, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, p. 155. Lo interesante es que ese artículo fue incorporado en la Constitución de 1918 y desconocido o no aplicado durante décadas, a tal punto que recién a fines de los cincuenta adquirió importancia teórica y solo en la primera década del siglo XXI tuvo importancia práctica. Esta norma responde a dos filosofías políticas antagónicas: el liberalismo personalista y el republicanismo. Según Sarlo, se trata de un tipo ideal cuya invocación retórica sin mayor justificación filosófico-política puede derivar en una arbitrariedad. Véase Óscar Sarlo, "Derechos, deberes y garantías implícitos en la Constitución uruguaya. Un análisis de filosofía política y epistemología del derecho", en María Vázquez (coord.), o. cit. (nota 12), p. 1099.

¹⁷ Artículo 332 de la Constitución uruguaya: "Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida, recurriendo a los fundamentos de las leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas". Según este artículo, las decisiones de los órganos interamericanos que reconozcan derechos a los individuos y/o que impongan deberes a las autoridades públicas tienen que ser aplicados como dispongan las leyes o, en su defecto, los principios generales del derecho e incluso la doctrina.

¹⁸ Incluso ante un vacío legal la Constitución no establece preferencia entre las distintas formas de integración. Véase José Korzeniak, o. cit. (nota 12), p. 1055.

¹⁹ La Corte IDH supervisará, por medio de audiencias de supervisión, el cumplimiento de sentencias, y en caso de incumplimiento podrá denunciarlo ante la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) en su informe anual (artículo 65). Para los incumplimientos estatales de las sentencias de la Corte IDH no hay un mecanismo de ejecución internacional ni se disponen las sanciones del caso, mientras que en el ámbito de la Com IDH se aplica el artículo 51 de la CADH. En realidad las consecuencias del incumplimiento de una sentencia de la Corte IDH son políticas; tienen que ver con las relaciones internacionales y con la posición del Estado en el orden internacional. Lo que no resulta del todo claro es si estos controles de convencionalidad también incluyen las interpretaciones del texto de la CADH que realice la Corte IDH.

3. Dictámenes del sistema interamericano sobre Uruguay

1. Uruguay ha sido condenado en dos oportunidades por la Corte IDH. La primera condena tuvo lugar el 24 de febrero de 2011 por un crimen de lesa humanidad en el marco del Plan Cóndor (caso *Gelman contra Uruguay*) y la segunda el 13 de octubre del mismo año, por la falta de protección material de los justiciables con relación al sistema jurídico uruguayo (caso *Barbani Duarte y otros contra Uruguay*).²⁰

2. El sistema interamericano de derechos humanos ha servido para crear conciencia en Uruguay respecto a la debida protección de los derechos de todos los justiciables frente al Estado, así como para que se preste mayor atención a las víctimas de los delitos, principalmente cuando el autor es el Estado devenido en criminal (caso *Gelman*) o cuando el Estado deja de ser garante en la protección y satisfacción de los intereses de los individuos que habitan su territorio (caso *Barbani Duarte y otros*).²¹ Junto con estas condenas hay que valorar la resolución 86/09 de la Com IDH (caso *Jorge, José y Dante Peirano Basso*), que obliga al Uruguay a modificar su sistema procesal penal para ajustarlo a la CADH. Todas estas decisiones han sido fundamentales para que la SCJ planteara la adecuación de la justicia uruguaya a la nueva interpretación de los derechos humanos, para la reconsideración de las víctimas de los delitos y para que en Uruguay se considere necesario el respeto de los derechos humanos de las personas sometidas a la justicia penal.

3. Entre los aspectos fundamentales de la sentencia del caso *Gelman*, la Corte IDH ordenó al Uruguay remover el obstáculo jurídico que significa la Ley 15 848, de 22 de diciembre de 1986, conocida como Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado (Ley de Caducidad), para que fuera posible sin previa decisión política del Poder Ejecutivo la persecución penal de las violaciones contra los derechos humanos.²² En

²⁰ *Barbani Duarte y otros contra Uruguay* (fondo, reparaciones y costas), sentencia de 13 de octubre de 2011, serie C, n.º 234.

²¹ Esta sentencia de condena es muy oportuna para obligar al Poder Judicial a llevar a cabo juicios de control de convencionalidad que devienen necesarios en un país que no se caracteriza por la eficiencia y la racionalidad en sus políticas legislativas.

²² Esta ley, contraria a la Constitución desde su promulgación, pretendió evitar un posible levantamiento de las fuerzas armadas contra el accionar de la justicia penal una vez recuperada la democracia. La ley tenía que cumplir con un objetivo político y así fue interpretado por la SCJ al resolver la solicitud de inconstitucionalidad en 1988, que en decisión dividida descartó que se tratara de una amnistía y que fuera contraria a la Constitución. Véase Gonzalo Fernández, "Uruguay", en A. Eser, U. Sieber y J. Arnold (eds.), *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht. Vergleichende*

sentencia de febrero de 2011 la Corte IDH determinó la nulidad de la Ley de Caducidad uruguaya por su contrariedad con la CADH, considerando que esa norma no pudo surtir ningún efecto, y ordenó al Estado uruguayo no solo removerla del orden jurídico sino también eliminar todos los obstáculos que impidan la investigación de los hechos y la condena de los autores de los delitos (§ 254). Dicha sentencia fue todavía más allá en sus consideraciones y soslayó incluso la imputación penal que hubiera correspondido aplicar a los presuntos autores; es decir, la Corte IDH no solo condenó al Estado uruguayo por la grave violación de los derechos de las víctimas, sino que sugirió incluso la imputación penal de los individuos que las cometieron.²³ De esta manera la Corte IDH ingresa al ámbito jurídico penal y a juzgar conductas individuales, propone la condena de determinados sujetos y sugiere incluso la imputación respectiva.

Así, para una conducta criminal que tuvo un comienzo de ejecución en la década del setenta, la Corte IDH propone la imputación del crimen de desaparición forzada de personas (incorporado en el ordenamiento jurídico uruguayo por la ley 18026, de 2006), sin resolver previamente la cuestión dogmática acerca de la naturaleza penal de este delito y sobre el posible impedimento de la prohibición de irretroactividad de la ley penal. Además, la Corte IDH exige la remoción de cualquier obstáculo legal que impida la persecución penal de los autores de crímenes internacionales o de graves violaciones a los derechos humanos cometidas décadas atrás.²⁴ Es decir, la Corte IDH predispone a la jurisdicción penal uruguaya a un conflicto interno con las disposiciones jurídicas nacionales que serán aplicadas según una interpretación “más flexible” o, incluso, *pro-judicio reo* de los principios y garantías que tienen los justiciables, para cumplir con un

Einblicke in Transitionsprozesse, vol. 11, Berlín: Duncker & Humblot, 2007, pp. 446 ss.; “Uruguay”, en J. Arnold, J.-M. Simon y J. Woischnick (eds.), *Estado de derecho y delincuencia de Estado en América Latina. Una visión comparativa*, México: UNAM, 2006, p. 264; Pablo Galain Palermo, “La justicia de transición en Uruguay: un conflicto sin resolución”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 6, 2011, pp. 221-270. La ley también sobrevivió al pronunciamiento popular del referéndum de 1989, y la mayoría de la SCJ coincidió con el pueblo uruguayo. Veinte años después (17.10.2009) la SCJ cambió de opinión y declaró la inconstitucional de los artículos 1, 3 y 4 de la ley (caso *Sabalsagaray*). Una semana después, un plebiscito volvió a refrendar la vigencia de la ley, rompiendo esta vez con el consenso entre la opinión judicial y la voluntad popular. El 25 de octubre de 2009 se sometió a consideración de la ciudadanía, mediante el mecanismo de “iniciativa popular”, un proyecto de reforma constitucional por el cual se introduciría en la Constitución una disposición especial que declararía nula la ley, propuesta que solo alcanzó el 47,7 % de los votos emitidos, por lo que no fue aprobada. Véase Corte IDH, caso *Gelman*, cit., § 149.

²³ Véase Pablo Galain Palermo, “Übergangsjustiz und Vergangenheitsbewältigung in Uruguay”, *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, de próxima publicación.

²⁴ Más adelante haré referencia a estos y otros aspectos de esta sentencia de condena que no se conciben con el texto de la CADH en cuanto a las atribuciones de la Corte IDH y en cuanto a una posible lesión del artículo 9 de la CADH.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

objetivo punitivo que está legitimado por una obligación internacional del Estado de satisfacer los derechos de las víctimas. En este caso, un derecho de la víctima al castigo del delincuente.²⁵

4. Por lo general, las observaciones de la Com IDH²⁶ (y de otros organismos de derechos humanos de la órbita de la ONU) contra el Uruguay se han centrado en la existencia de la Ley de Caducidad, que se considera un obstáculo a la investigación penal de graves violaciones de los derechos humanos.²⁷ En ese sentido la sentencia del caso *Gelman* se puede considerar como el punto culminante o el golpe de gracia contra este mecanismo de justicia de transición.

5. La segunda sentencia de condena provino del caso *Barbani Duarte y otros contra Uruguay*, por violaciones contra el debido proceso en relación con la crisis bancaria y económica durante 2002, principalmente por violación al derecho de las víctimas a ser oídas en el ámbito de protección material (artículo 8.1 CADH). En ese sentido este derecho implica no solo “un ámbito formal y procesal de asegurar el acceso al órgano competente para que determine el derecho que se reclama en apego a las debidas garantías procesales”; también “ese derecho abarca un ámbito de protección material que implica que el Estado garantice que la decisión que se produzca a través del procedimiento satisfaga el fin para el cual fue concebido”. De esta manera, el Estado no cumple con sus

²⁵ Sobre el tema, en sentido negativo, Winfried Hassemer y Jan Philipp Reemtsma, *Verbrechensopfer-Gesetz und Gerechtigkeit*, Múnich: Beck, 2002; Pablo Galain Palermo, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

²⁶ La Com IDH sostuvo que la Ley de Caducidad es violatoria del artículo XVIII de la DADDH, así como de los artículos 11, 8.1 y 25.1 de la CADH. Informe 29/92, Uruguay, OEA/Ser.L/V/II/82, Doc. 25 de 02.10.1992, § 54.

²⁷ El Comité de Derechos Humanos de la ONU se pronunció en diversas oportunidades sobre la incompatibilidad de la referida ley con el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), tanto en observaciones generales al Estado uruguayo como en casos concretos presentados ante el órgano. El comité alienta al Estado parte a que promueva y facilite oportunidades para examinar la cuestión dentro del país, a fin de encontrar una solución que se ajuste plenamente a las obligaciones que incumben a Uruguay en virtud del Pacto. Véanse las observaciones del Comité de Derechos Humanos del 19 de julio de 1994 sobre la comunicación 322/88 presentada por Hugo Rodríguez. Véase José Cagnoni y Mariana Blengio, o. cit. (nota 16), p. 32; reiterado en la observación final del Comité de Derechos Humanos de 4 de abril de 1998 (ibídem, p. 15). La Ley de Caducidad ha dominado la discusión política y jurídica durante todo el proceso de justicia de transición uruguayo. En realidad ella no puede ser considerada una amnistía sino, como me he pronunciado, un mecanismo de justicia de transición. Véase Pablo Galain Palermo, “La justicia de transición...”, o. cit. (nota 22), p. 258; “Transitional Justice in Uruguay: Different Mechanisms Used by Uruguay as a Reaction against Crimes Committed in the Past”, *International Crime & Punishment Film Festival*, 23-30 September 2011, Academic Papers, University of Istanbul, p. 146. Sobre el tema, Francesca Lessa y Gabriela Fried, “Las múltiples máscaras de la impunidad: la Ley de Caducidad”, en Francesca Lessa y Gabriela Fried (comps.), *Luchas contra la impunidad. Uruguay 1985-2011*, Montevideo: Trilce, 2011, pp. 31 ss.; Elin Skaar, “Impunidad versus responsabilidad jurídica: el rol de la Ley de Caducidad en Uruguay”, ibídem, pp. 135 ss.

obligaciones de un proceso ajustado a derecho brindando a los justiciables determinados procedimientos sino solo cuando estos se ajustan a la finalidad para la que fueron creados. Algo así como que los procedimientos ofrecidos sean eficaces o sirvan para producir los resultados que se enuncian previamente como aptos para ser alcanzados mediante este procedimiento.²⁸

6. Así las cosas, el sistema interamericano exige al Uruguay determinados estándares en su normativa que requieren de controles permanentes y de la consiguiente adecuación al texto de la CADH para que no exista violación de los derechos humanos. La sentencia del caso *Barbani* y la resolución de la Com IDH en el caso *Peirano Basso* respecto a la adaptación del proceso penal uruguayo al texto de la CADH son la muestra más evidente de que Uruguay tiene que cumplir con el control de convencionalidad de parte de su orden jurídico con relación al texto de la CADH.²⁹

4. La relación entre la obligación de cumplir con los dictámenes y condenas del sistema interamericano de protección de los derechos humanos y el orden jurídico nacional

1. El Uruguay tiene una historia apegada al Estado de derecho y al respeto de los derechos humanos, incluso como impulsor de muchos de esos tratados en el ámbito internacional. El mayor distanciamiento entre el Estado y el respeto por los derechos individuales se produjo con la dictadura cívico-militar (1973-1985), que dejó como legado el sistema procesal penal vigente. Las graves violaciones cometidas durante ese período dieron lugar a reclamos de las víctimas, dictámenes de los organismos internacionales e incumplimientos (o cumplimientos parciales) por el Estado uruguayo de

²⁸ Esta decisión puede ser de singular importancia en un país como Uruguay, enfermo legalmente de trámites burocráticos innecesarios y disposiciones normativas que no permiten o no son aptas para cumplir con los objetivos por los que fueron legitimadas con fuerza de ley.

²⁹ En particular Uruguay ha sido condenado a remover disposiciones como la ley 17613, que instauran procedimientos especiales administrativos que no sirven o no son adecuadas para cumplir con la finalidad para la que fueron creados. Se ha dicho: "El análisis elaborado en este caso apunta a que la relación entre la naturaleza de los tribunales y el derecho a ser oído de los justiciables debe guardar coherencia y utilidad, pues ignorar el objetivo para el cual fue creado un órgano que determina derechos y obligaciones entorpece el ejercicio mismo del derecho a ser oído consagrado en el artículo 8 de la Convención". Elizabeth Salmón y Cristina Blanco, *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Lima: Universidad Católica del Perú y Agencia Alemana para la Cooperación Técnica (GIZ), 2012, p. 121.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

sus obligaciones relacionadas con el cuidado de los derechos humanos. El déficit que existe en Uruguay respecto a la protección de los derechos humanos es normativo (su principal ejemplo es el Código del Proceso Penal) y ejecutivo, si bien en este último aspecto los mayores o menores índices de cumplimiento o ejecución han variado con el tiempo y con las relaciones de poder.³⁰ Los acontecimientos históricos muestran que durante los primeros años del proceso de justicia de transición el Estado uruguayo se ocupó de la reparación de las víctimas, del funcionamiento de las instituciones del Estado de derecho y de la pacificación social, sacrificando el conocimiento de la verdad³¹ y el castigo de los culpables.³² El reclamo de las víctimas por “verdad y justicia” y la interpretación del concepto de justicia como “juicio y castigo a los culpables” fueron rápidamente incluidos en las demandas de respeto y prevención de los derechos humanos a ser satisfechas por el derecho penal, lo que dio lugar a una política de lucha contra una impunidad que parecía endémica.³³ De este modo, los derechos humanos, la lucha contra la impunidad y la satisfacción de las víctimas se mezclaron en un mismo

³⁰ El Uruguay se retrasa en la presentación de informes ante los distintos comités de la ONU, lo que impide un seguimiento de los órganos de supervisión que determine el estado de observancia de los diversos tratados de derechos humanos, la situación real de protección y las políticas públicas. <http://www.ielsur.org/desarrollo/documentos/armonizacion_legislativa.pdf>. En mi opinión, el déficit es también normativo, especialmente en la materia penal y en la desprotección de las víctimas del delito, no solo por un sistema penal centrado casi exclusivamente en la privación de libertad del autor, que impide formas de resolución del conflicto basadas en la reparación, sino por lo costoso que es acceder a la justicia civil (en tiempo y dinero).

³¹ Al día de hoy, por ejemplo, se desconoce el paradero de personas desaparecidas forzosamente, pero también muy poco se conoce sobre quiénes fueron los financistas del régimen dictatorial uruguayo, y poco se ha discutido sobre la responsabilidad (moral o jurídica) que podrían tener todos los que colaboraron con un régimen injusto que violaba los derechos humanos o se beneficiaron de él. Sobre el tema Juan Pablo Bohoslavsky, “Eslabón financiero en la justicia transicional uruguaya”, *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, 21, 12, Montevideo, 2012, pp. 153 ss.

³² Sobre el tema, Pablo Galain Palermo, “La giustizia di transizione in Uruguay. Un conflitto senza soluzione” (trad. Mateira y Menghini), en Gabriele Fornasari y Emanuela Fronza (eds.), *Percorsi giurisprudenziali in tema di gravi violazioni dei diritti umani. Materiali dal laboratorio dell'America Latina*, Trento: Università degli Studi di Trento, 2011, pp. 201 ss.

³³ Reinstaurado el Estado de Derecho hasta el año 2005, en el que asumió por primera vez un gobierno de orientación de “izquierda”, el Uruguay mantuvo una política de justicia de transición basada en la no investigación penal de las graves violaciones a los derechos humanos y la renuncia al castigo a los violadores de derechos humanos, tal como lo permitía el artículo 1 de la Ley de Caducidad, que dejaba en manos del Poder Ejecutivo cuestiones atinentes al Poder Judicial, como si aquel poder del Estado pudiera intervenir en los procesos penales con la lógica de una cuestión de prejudicialidad. A partir de 2005 la decisión política de tal cuestión de prejudicialidad fue proclive a permitir la investigación y condena de los responsables de graves violaciones de los derechos humanos. Lo que aún no ha tenido lugar es una investigación científica sobre los niveles de independencia del poder judicial uruguayo durante todo el proceso de justicia de transición. Véase sobre el tema Elin Skaar, *Judicial Independence and Human Rights in Latin America. Violations, Politics, and Prosecution*, Nueva York: Palgrave Macmillan, 2011, pp. 19 ss.

concepto o en una misma política criminal. Esta política criminal emparentada con la lucha por los derechos humanos que lidera internacionalmente la Corte IDH en su jurisprudencia constante fue negada por sucesivos gobiernos democráticos hasta 2005, fecha en la que la jurisprudencia uruguaya vio habilitada su intervención por el Poder Ejecutivo en aplicación de la Ley de Caducidad.³⁴ La lucha por los derechos humanos y la lucha contra la impunidad han formado un frente común con fronteras muy difusas que ha derivado en masivos juicios penales apoyados en argumentos provenientes del derecho internacional de los derechos humanos.³⁵ De este modo, el cumplimiento de las decisiones de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos ha estado fuertemente ligado a las vicisitudes de la política y ha tenido una estrecha relación con el derecho penal.

³⁴ A partir de 2005 se han dado una serie de circunstancias de mancomunidad entre la política (incluida la política de la Corte IDH con relación a la lucha contra la impunidad) y la justicia que significaron un duro golpe a los terroristas de Estado en cuanto a que debieron rendir cuentas a la justicia penal. Esta nueva relación de sintonía entre gobierno y justicia (recordemos que en 1988 la SCJ había considerado a la Ley de Caducidad acorde a la Constitución y en 2009 cambió radicalmente de opinión para declararla inconstitucional) muestra cómo ambos poderes del Estado han interactuado durante el proceso de justicia de transición uruguayo (respaldado en dos instancias por la soberanía popular). Esta afinidad entre la política (de derechos humanos) y la justicia nacional, sin embargo, hoy en día se ha puesto en severo cuestionamiento por notorias figuras políticas identificadas con el gobierno y con la “izquierda”, en tanto ella ha llevado a la condena penal de algunos militares y policías por delitos que fueron cometidos durante la dictadura cívico-militar, que no estarían debidamente probados. <<http://www.elobservador.com.uy/noticia/230525/desde-la-izquierda-ponen-en-duda-fallos-judiciales-sobre-ddhh/>> (17.8.2012). Algunas condenas contra militares han sido revocadas por tribunales superiores por falta de pruebas, y algunos procesamiento con prisión también vienen siendo cuestionados, incluso por el actual ministro de Defensa, exintegrante del grupo guerrillero Movimiento de Liberación Nacional - Tupamaros en la década del sesenta y principios de la del setenta, Eleuterio Fernández Huidobro, y por el exintegrante de la Comisión para la Paz y exministro de Estado, Gonzalo Fernández. El Tribunal de Apelaciones Penal de 4.º Turno, mediante la sentencia interlocutoria 211, de 31 de julio de 2012, revocó el procesamiento del exdictador Gregorio Álvarez que lo sometía a juicio como coautor de un homicidio muy especialmente agravado (artículo 312 CP) por la muerte del militante tupamaro Roberto Luzardo, que falleció por no tener atención médica en el Hospital Militar en 1973, antes del comienzo de la dictadura. Según el juez de primer turno Juan Fernández, el exdictador habría dado una orden de no brindar atención médica al prisionero, orden de “dejar morir” que el juez fundamenta en la inexistencia de la ficha médica del paciente, conjeturando que la víctima podría haber estado involucrada en el asesinato del hermano del autor, por un comando tupamaro. Sin embargo, el tribunal superior entendió que la imputación no fue suficientemente probada. Según denuncian los centros que agrupan a militares reiterados, el actual presidente de la República, José Mujica, exintegrante del grupo guerrillero Movimiento de Liberación Nacional - Tupamaros, habría sostenido a uno de los generales en prisión por graves delitos que tiene que aceptar los hechos de su procesamiento porque la “justicia se ha volcado hacia la izquierda”. Véase <<http://www.elobservador.com.uy/noticia/231676/mujica-dijo-a-dalmao-que-la-justicia-esta-inclinada-hacia-la-izquierda/>> (3.9.2012).

³⁵ Véase Pablo Galain Palermo, “The Prosecution of International Crimes in Uruguay”, *International Criminal Law Review*, 10, 4, 2010, pp. 601-618.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

2. A partir del reconocimiento de la jurisdicción del sistema interamericano, las constantes observaciones de los organismos de contralor de los derechos humanos no suscitaron mayor atención en los órganos de gobierno y en la sociedad uruguaya, lo que creó un clima favorable a su incumplimiento.³⁶ Sin embargo, el inicio del primer juicio y la primera sentencia de condena contra Uruguay, por la desaparición forzada de una persona de nacionalidad argentina en territorio uruguayo, motivó una amplia discusión social en los medios de comunicación y una discusión política y jurídica que abarcó todos los poderes de Estado. La irrupción del sistema interamericano como un nuevo actor en el proceso de justicia de transición no pasó inadvertida. Véase que antes de que la Corte IDH dictara sentencia la sociedad civil intentó, mediante un plebiscito, reformar la Constitución para dejar sin efecto la Ley de Caducidad, porque de algún modo se intuía que aquella ley sería la razón fundamental de la probable condena. Una primera condena por violación de los derechos humanos era interpretada por el sentimiento republicano de la ciudadanía como una mácula terrible, similar a la marca perpetua en la frente de Caín.³⁷ Con esta señal indeleble en su prestigio internacional, el Uruguay aceptó la interpretación de la Corte IDH sobre los derechos humanos en clave de lucha contra la impunidad y se embarcó a toda vela, con fuerte aprovechamiento del viento en popa que venía de la otra orilla del Río de la Plata.³⁸ La sentencia

³⁶ Véase <<http://www.ohchr.org/SP/Countries/LACRegion/Pages/UYIndex.aspx>>; con mayor detalle, <http://www.kas.de/wf/doc/kas_20305-1522-1-30.pdf?100908184413>.

³⁷ Los efectos ya se produjeron con anterioridad al dictado de la sentencia, en un enfrentamiento dialéctico entre el demandante (Juan Gelman) y los representantes del gobierno uruguayo, que dieron a entender que “solo se trataba de un reclamo de dinero” y que la víctima “solo pretendía humillar a Uruguay”, en una especie de “guerra sucia jurídica entre correligionarios”. Este enfrentamiento entre Gelman (exguerrillero del movimiento montonero argentino y conocido militante de izquierda) y el gobierno uruguayo (presidido por un exguerrillero tupamaro y con mayoría parlamentaria perteneciente al movimiento tupamaro) podría ser un indicador de que más que ante un conflicto ideológico estamos frente a uno de naturaleza jurídica. Según declaró Gelman: “Son cosas de guerra sucia que los que se oponen ahora a la aprobación del proyecto de ley sufrieron en carne propia”. Según Gelman, antes de recurrir a la Com IDH y luego a la Corte IDH intentó saber la verdad con cuatro gobiernos democráticos distintos. “Sanguinetti no habló de dinero ni de humillación. Dijo que yo lo hacía porque quería entorpecer la campaña electoral del Partido Colorado... Batlle consideró que efectivamente el caso estaba incluido en la Ley de Caducidad y en consecuencia no había que seguir averiguando... Vázquez no hizo nada para que la investigación continúe, a pesar de que el Poder Ejecutivo tenía esa facultad. La Ley de Caducidad en su artículo tercero faculta al Poder Ejecutivo a ordenar que una investigación continúe o se clausure... Yo golpeé las puertas de cuatro gobiernos uruguayos. Ahora el de [José] Mujica”. <<http://www.larepublica.com.uy/politica/432992-en-uruguay-se-impide-la-verdad?nz=1>>.

³⁸ En una primera instancia la discusión se concentró en determinar el propio concepto de soberanía, para decidir si ella recae en la voluntad popular manifestada directamente o si reside en los parlamentarios escogidos por el pueblo. Soberanía directa o indirecta eran las consignas en pugna. Por un lado, las víctimas y algunos miembros de la Administración de Justicia actuantes en la mayoría de las causas penales contra “terroristas de Estado” (en particular

encontró la principal reacción del Poder Ejecutivo el 30 de junio de 2011, mediante la resolución 322, con la que por razones de legitimidad el gobierno decretó que las violaciones a los derechos humanos no están sujetas a plazo de prescripción. Dicho acto administrativo revocó todos los actos administrativos anteriores (emitidos por los anteriores gobiernos a partir de la sanción de la ley) que decidieron sobre diversos casos comprendidos en la Ley de Caducidad.³⁹ Esta medida permitió a cada juez penal decidir con criterios jurídicos la reapertura de más de 80 investigaciones, teniendo en consideración principios y garantías esenciales, como la cosa juzgada (no fraudulenta) y el *ne bis in idem* al momento de decidir. En ese sentido se puede afirmar que este acto administrativo que goza de legitimidad y tiene efectos retroactivos estaría cumpliendo parcialmente con la exigencia de la Corte IDH de eliminar obstáculos hacia el pasado;⁴⁰ sin embargo, con esta sola medida no se da total cumplimiento a la condena que exige anular hacia el pasado la Ley de Caducidad y remover todos los obstáculos jurídicos que impidan una condena penal (incluyendo las garantías materiales y procesales que favorezcan al reo).

3. En el mismo orden de reacciones estatales, el Parlamento dictó la ley 18596 (18 de setiembre de 2009) titulada: “Repárase integralmente a las víctimas de la actuación ilegítima del Estado en el período comprendido entre el 13 de junio de 1968 y el 28 de febrero de 1985”. En el capítulo 1 de la ley, denominado: “Reconocimiento por parte del Estado”, se establece el público reconocimiento del accionar del terrorismo de

la fiscal Mirta Guianze y la juez Mariana Motta) solicitaban y sostenían el cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado uruguayo derivadas de determinados tratados y convenciones de los que Uruguay es parte y la averiguación de la verdad sobre el paradero de la persona desaparecida; por otro lado, la oposición política y parte de los integrantes del gobierno defendían la vigencia de la Ley de Caducidad como consecuencia del resultado de las dos consultas populares, de 1989 y 2009, que así lo habían ratificado en ejercicio de democracia directa. Se argumentaba que esta decisión firme de la soberanía no podría ser modificada o desconocida por una ley emanada del Parlamento. La discusión entonces no abarcaba solamente el conflicto entre la aplicación del derecho (internacional o nacional), sino también cuál de las formas de ejercicio de la democracia (directa o indirecta) debería tener supremacía. Puede consultarse <<http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-157463-2010-11-24.html>> (visitado el 25.11.2010). Es interesante que en la audiencia ante la Corte IDH participó en calidad de testigo la fiscal penal Mirta Guianze, que llevó adelante los juicios penales contra la mayoría de terroristas de Estado. <<http://www.pagina12.com.ar/diario/elmundo/4-156963-2010-11-16.html>> (visitado el 25.11.2010).

³⁹ De opinión contraria, Augusto Durán Martínez, “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la perspectiva del derecho administrativo. Especial referencia al caso Gelman contra Uruguay”, *Estudios Jurídicos* 9, 2011, Universidad Católica del Uruguay, pp. 31 ss.; Daniel Ochs, “El fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Gelman contra Uruguay”, *Estudios Jurídicos* 9, 2011, Universidad Católica del Uruguay, pp. 105 s.

⁴⁰ Véase Jan-Michael Simon y Pablo Galain Palermo, “La imprescriptibilidad de las violaciones contra los derechos humanos cometidas en Uruguay (1973-1985)”, *Revista Penal*, de próxima publicación.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Estado en Uruguay⁴¹ y el consecuente derecho de las víctimas a la reparación.⁴² Esta ley guarda relación con lo mandado por la Corte IDH en cuanto a la reparación de las víctimas mediante el reconocimiento público de las violaciones a los derechos humanos y mediante concretas formas de reparación material (artículos 6 a 14).

4. En el mismo sentido, el 21 de marzo de 2012 el Estado uruguayo llevó a cabo en la propia Asamblea General un acto público de reconocimiento de la responsabilidad estatal por el terrorismo de Estado que actuó entre 1973 y 1985.⁴³ En el discurso del presidente José Mujica, la remoción de obstáculos exigidos por la Corte IDH no se supeditó a una condena penal de los autores, sino al conocimiento de la verdad y el descubrimiento de los restos de la persona desaparecida.⁴⁴

5. La Secretaría de Seguimiento de la Comisión para la Paz ha informado:

a) Intervino directamente en la gestión administrativa tendiente al pago de las indemnizaciones a María Claudia García Iruretagoyena de Gelman y Macarena Gelman y sus abogados patrocinantes; b) Procedió a la ampliación de las líneas de investigación tendientes a ubicar el paradero de los restos de María Claudia García Iruretagoyena, así como de los demás detenidos desaparecidos.⁴⁵

⁴¹ Artículo 1.º: "Reconócese el quebrantamiento del Estado de Derecho que impidiera el ejercicio de derechos fundamentales a las personas, en violación a los Derechos Humanos o a las normas del Derecho Internacional Humanitario, en el período comprendido desde el 27 de junio de 1973 hasta el 28 de febrero de 1985". Artículo 2.º: "Se reconoce la responsabilidad del Estado uruguayo en la realización de prácticas sistemáticas de tortura, desaparición forzada y prisión sin intervención del Poder Judicial, homicidios, aniquilación de personas en su integridad psicofísica, exilio político o destierro de la vida social, en el período comprendido desde el 13 de junio de 1968 hasta el 26 de junio de 1973, marcado por la aplicación sistemática de las Medidas Prontas de Seguridad e inspirado en el marco ideológico de la Doctrina de la Seguridad Nacional".

⁴² Artículo 3.º: "Reconócese el derecho a la reparación integral a todas aquellas personas que, por acción u omisión del Estado, se encuentren comprendidas en las definiciones de los artículos 4.º y 5.º de la presente ley. Dicha reparación deberá efectivizarse —cuando correspondiere— con medidas adecuadas de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición".

⁴³ Este acto estuvo precedido de una importante discusión pública sobre la obligación de las instituciones de asumir responsabilidad y solicitar el perdón por sus actos, discusión que abarcó tanto aspectos políticos como filosóficos relacionados con la posibilidad de que las instituciones pudieran solicitar o brindar el perdón. Finalmente se decidió simplemente asumir la responsabilidad y dictar leyes de reparación a las víctimas.

⁴⁴ "A tales efectos, hemos avanzado hacia el cumplimiento de la sentencia dispuesta, removiendo los obstáculos jurídicos que impedían la investigación y adoptando todas las medidas necesarias para favorecer e impulsar la misma, en tanto ella no cesará, hasta la ubicación definitiva de María Claudia García Iruretagoyena de Gelman e individualización de los responsables de los hechos". <http://www.mec.gub.uy/innovaportal/v/14973/2/mecweb/palabras_del_presidente_mujica>.

⁴⁵ L 30 Memoria Anual. <http://medios.presidencia.gub.uy/jm_portal/2012/mem_anual/presidencia/paz.pdf> (visitado el 8.12.2012).

6. Como parte del cumplimiento de la sentencia del caso *Gelman*, el Estado uruguayo ha realizado diversos actos públicos de reconocimiento de las víctimas y de su responsabilidad en las graves violaciones a los derechos humanos sufridas.⁴⁶ Además, la ley 18446 (publicada en el *Diario Oficial* el 27 de enero de 2009) creó la Institución Nacional de Derechos Humanos del Uruguay (INDDHH), en la órbita del Poder Legislativo, para “la defensa, promoción y protección en toda su extensión, de los derechos humanos reconocidos por la Constitución y el derecho internacional” (artículo 1). En una decisión con fuerte carácter simbólico, se determinó que este instituto funcionará en el local en el que operó el Servicio de Información de Defensa de la dictadura.

7. Estos actos concretos de reconocimiento y reparación obedecieron al cumplimiento de la sentencia de condena de la Corte IDH contra Uruguay por el caso *Gelman*. Sin embargo, aún no se habían removido todos los obstáculos exigidos por la Corte IDH para el castigo penal, porque la justicia debía interpretar cada una de las garantías materiales y procesales en cada caso concreto sometido a su jurisdicción, lo que parece ser el mayor desafío en la lucha contra la impunidad en un Estado de derecho. Entre los principales obstáculos para el castigo penal se erigía el principio de prescripción para delitos comunes, que según la jurisprudencia uruguaya habrían prescrito el 1 de noviembre de 2011. En ese orden de cosas, el Parlamento dictó la ley 18831, de 27 de octubre de 2011, que declaró que los delitos cometidos durante la dictadura cívico-militar suspendían los plazos de prescripción (artículo 2), en tanto eran considerados de lesa humanidad (artículo 3).⁴⁷ Mediante esta ley se daba un paso más adelante, aunque no definitivo, en el cumplimiento de la sentencia de la Corte IDH.

8. La sentencia obliga a texto expreso, en el parágrafo 144, a: “[...] b. adoptar las medidas legislativas y de otra índole necesarias para que, de acuerdo con sus procesos

⁴⁶ El Estado indicó que el “21 de mayo de 2009 el Intendente de Montevideo declaró ciudadanos visitantes ilustres de la ciudad de Montevideo a 11 jóvenes uruguayos y argentinos víctimas de las dictaduras de ambos países”, entre quienes se encuentra María Macarena Gelman. Preciso que este “reconocimiento honorífico del Gobierno de Montevideo procura fortalecer la memoria de la sociedad y contribuir en la reparación a su persona, a la de sus padres y a todas las víctimas de graves violaciones de los Derechos Humanos ocurridas en el pasado reciente”. Además, el Estado resaltó que el Poder Ejecutivo declaró de interés nacional el proyecto del Memorial en Recordación de los Detenidos-Desaparecidos que se erigió en el parque Vaz Ferreira, en el Cerro de Montevideo. En cuanto a la placa conmemorativa en el Servicio de Información y Defensa (SID), señaló que “el Poder Ejecutivo asume el compromiso de garantizar el acceso público al sector del SID en que estuvo detenida María Claudia y Macarena y colocar una placa recordatoria en dichas instalaciones”. Caso *Gelman*, § 264.

⁴⁷ Esta norma de algún modo parece un contrasentido, en tanto la característica de los crímenes de lesa humanidad es su imprescriptibilidad, esto es, la posibilidad de perseguirlos y castigarlos sin un límite de tiempo.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

constitucionales y las disposiciones de la Convención Americana, quede sin efecto la ley 15848 o Ley de Caducidad”. La Ley 18831 pretendió cumplir con dicha exigencia, pero la defensa penal de presuntos exterroristas de Estado presentó un recurso de inconstitucionalidad contra los artículos 1, 2 y 3 de la ley, que tiene que ser resuelto en los primeros meses de 2013.⁴⁸

9. En el marco de la lucha por los derechos humanos y contra la impunidad, la justicia uruguaya recurrió a las normas de *ius cogens* para la interpretación de garantías procesales⁴⁹ y para exigir responsabilidad penal a los individuos.⁵⁰ La jurisprudencia uru-

⁴⁸ Machado Badaracco, Tranquilino. *Un delito de homicidio. Excepción de inconstitucionalidad - Arts. 1, 2 y 3, Ley n.º 18.831, IUE* [Identificación Única de Expedientes] 2/42822/2008.

⁴⁹ En reciente sentencia interlocutoria del juez Fernández Lecchini, que determinó el procesamiento con prisión del exsubcomisario de Policía Juan Zabala Quinteros, se sostiene el carácter obligatorio de la jurisprudencia de la Corte IDH. La sentencia por la que se da inicio formal al proceso penal contra el ahora imputado Zabala no acepta la naturaleza de crimen de lesa humanidad para la tortura y la ejecución extrajudicial de la víctima, pero al mismo tiempo sostiene que el plazo de prescripción no ha vencido, según disponen normas internacionales de protección de los derechos humanos siguiendo a la jurisprudencia constante de la Corte IDH. Textualmente dice: “El despacho cree que estas conductas no han prescripto, por lo dicho supra. Cree que la jurisprudencia de la Corte Interamericana DD. HH. ha devenido obligatoria. Lo cual es distinto que decir que tal jurisprudencia sea conveniente o no, convencional o no”. Castro Ures, Julio. *Denuncia, IUE 87-289/1985. Procesamiento 402/2012* contra el exsubcomisario de Policía Juan Zabala Quinteros como cómplice por un delito de homicidio muy especialmente agravado, Juzgado Letrado Penal de 1.º Turno.

⁵⁰ La confusión, por un lado, entre derechos humanos, lucha contra la impunidad y derecho penal y, por otro lado, entre política de gobierno y política criminal se pone de manifiesto en muchos juicios penales concentrados en la figura de algunos funcionarios de la Administración de Justicia. Véase Mirta Guianze, “La Ley de Caducidad, las luchas por la Justicia y por la jurisdicción universal de los derechos humanos en Uruguay”, Francesca Lessa y Gabriela Fried (comps.), o. cit. (nota 27), pp. 189 ss., en particular, p. 191. Parte de la lucha contra la impunidad incluyó desacreditar a los abogados defensores de los exterroristas de Estado: “En la actualidad uno de los catedráticos de Derecho Penal, Miguel Langón, se dedica a defender militares y civiles indagados o procesados por delitos de lesa humanidad. Como consecuencia, publicó el libro *Defensas penales: el caso del Escuadrón de la Muerte*, donde recoge precisamente las tesis contrarias a las que nosotros sustentamos” (ibídem, p. 192). Parecería que a esta lucha tienen que plegarse todos los ciudadanos uruguayos para no ser relacionados de algún modo con los exterroristas de Estado. Véase que la exfiscal Guianze hace hincapié con sentido negativo en la defensa de “militares o civiles indagados o procesados”, es decir, justiciables amparados por el principio de inocencia. Se debe reconocer, sin embargo, el trabajo denodado de los miembros de la Administración de Justicia para la obtención de pruebas incriminatorias en un sistema judicial que no tenía experiencia en el tratamiento del fenómeno del terrorismo de Estado, con todas las dificultades probatorias que ello conlleva. Además, en Uruguay jueces y fiscales no cuentan con el apoyo de grupos de trabajo o asesores, sino que realizan su labor prácticamente solos; peor aún, los funcionarios públicos se ven en algunas situaciones sometidos al control político (traslados, degradaciones, venias parlamentarias, etcétera) que dificultan la tarea con independencia técnica absoluta, como denuncia con razón Guianze (ibídem, p. 193). La confusión entre derechos humanos y política lleva a lecturas sesgadas de la historia o a reescrituras de la historia según intereses políticos. Guianze, por ejemplo, habla de un pacto secreto o implícito entre militares y políticos en el que la historia dice que participaron representantes del Frente Amplio y estuvieron ausentes representantes del Partido Nacional o Blanco (aspectos que Guianze ignora en su texto), pero luego asevera, liberando de toda responsabilidad política al Frente Amplio: “Todo

guaya de primera instancia ha argumentado recurriendo a sentencias de la Corte IDH que no han involucrado al Uruguay y a informes de la Com IDH (29/92), adhiriendo a la opinión dominante del órgano interamericano.⁵¹ La segunda instancia, sin embargo, permanece afiliada a una defensa estricta de determinados principios del derecho penal liberal y ha sido reticente a la aplicación de tipos penales que no estaban vigentes antes del comienzo de ejecución de los delitos.⁵² Ahora bien, en cuanto al cumplimiento de la sentencia de condena del caso *Gelman*, suponiendo que la Corte IDH se apoya en una norma de *ius cogens* superior a cualquier norma nacional para exigir la remoción de la Ley de Caducidad con efectos hacia el pasado, en Uruguay existen algunas dificultades jurídicas para llevar a cabo una declaración de nulidad de una norma interna. El ordenamiento jurídico uruguayo desconoce a los tres Poderes del estado la posibilidad de declarar la nulidad de una ley. A lo sumo el Poder Judicial (SCJ) tiene la potestad de declarar la inconstitucionalidad con efectos exclusivos para el caso concreto en el que esta se plantee. Una solución posible sería recurrir al artículo 239.1 de la Constitución⁵³ y dejar en manos de la SCJ la decisión del caso con carácter general, pues ella tiene competencia para asuntos relacionados con la aplicación de tratados internacionales.⁵⁴ En el

esto generó un clima de miedo, recién habíamos salido de la dictadura, y los principales líderes blancos y colorados argumentaron la conveniencia de restaurar la paz como valor primordial, antes que la justicia, la memoria y la verdad histórica" (ibídem, pp. 201 s.). La lucha contra la impunidad se ha tomado como una bandera de un partido político en particular (Frente Amplio), error en el que también parece caer Guianze (con el agravante de que fue la representante del Ministerio Público con más causas penales llevó adelante), lo que ha impedido que el tema estrictamente jurídico fuera considerado con independencia de banderías políticas. De esta forma, se produjeron profundas divisiones en el seno social que impidieron un análisis despolitizado y desapasionado de la responsabilidad individual de algunos terroristas de Estado. Esta politización también ha colaborado a que los derechos humanos no hayan sido considerados seriamente o en su justa medida desde aspectos jurídicos.

⁵¹ Véase Mirta Guianze, o. cit. (nota 50), pp. 195 ss.

⁵² Véase Pablo Galain Palermo, "The Prosecution of International Crimes in Uruguay", o. cit. (nota 35), pp. 610 ss.; ídem, "Uruguay", en Kai Ambos (coord.), *Desaparición forzada de personas. Análisis comparado e internacional*, Bogotá: Temis, 2009, pp. 139 ss.; Mirta Guianze, o. cit. (nota 50), p. 196. Además se percibe que los jueces uruguayos comienzan a considerar sentencias de otros órganos judiciales colegiados de países vecinos (Argentina), pero también de otros países de la región (Guatemala, Colombia, México). Incluso se observa que algunas sentencias consideran las opiniones del Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional.

⁵³ Artículo 239: "A la Suprema Corte de Justicia corresponde: 1.º) Juzgar a todos los infractores de la Constitución, sin excepción alguna; sobre delitos contra Derecho de Gentes y causas de Almirantazgo; en las Cuestiones relativas a tratados, pactos y convenciones con otros Estados; conocer en las causas de los diplomáticos acreditados en la República, en los casos previstos por el Derecho Internacional".

⁵⁴ Véase Alejandro Pastori Fillol, "Reflexiones sobre los problemas jurídicos vinculados con la ejecución de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Gelman c/ Uruguay*", *Revista Internacional de Derechos Humanos*, 2011, año I, n.º 1, pp. 191 s.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

ordenamiento nacional existe la posibilidad de derogar la ley con efectos *ex nunc* (hacia el futuro), pero ello contradice la exigencia de la Corte IDH de que la anulación de la ley tenga efectos *ex tunc* (hacia el pasado), como si ella nunca hubiera existido y como si nunca hubiera tenido efectos jurídicos ni provocado ningún estado.⁵⁵ En líneas generales se puede decir que Uruguay no ha incumplido la sentencia de condena en el caso *Gelman*, pues no solo ha derogado los actos administrativos que impidieron investigaciones penales en aplicación de la Ley de Caducidad con efectos *ex tunc*, sino que también ha reparado material y simbólicamente a las víctimas directas y a las víctimas indirectas.⁵⁶ Pero además ha intentado una modificación en su Constitución por medio del plebiscito de 2009, que pretendía anular la Ley de Caducidad,⁵⁷ aunque no haya sido aprobado por el pueblo en ejercicio de soberanía directa.⁵⁸ Por todas estas razones, se puede interpretar que Uruguay no ha incumplido la sentencia de la Corte IDH en aquellos aspectos en los que puede cumplirla según las posibilidades que otorga su ordenamiento jurídico y sin violar su Constitución o el propio texto de la CADH.

10. En cuanto a la legislación, las decisiones de la Com IDH hasta el momento no han surtido ningún efecto concreto dentro del sistema jurídico nacional. En el caso *Peirano* la Com IDH⁵⁹ ha observado a Uruguay por su procedimiento penal, que atenta contra la CADH, y lo ha conminado a una profunda reforma que lo adecue a los principios

⁵⁵ Esto se condice con la exigencia de la Corte IDH de no reconocer aquellos “obstáculos jurídicos” que impidan el ejercicio del derecho penal contra autores de graves violaciones de los derechos humanos. El Uruguay podría solicitar a la Corte IDH un pedido de aclaración de la sentencia de condena para que la Corte IDH se expida sobre el tema de la desconsideración de las garantías materiales y formales del derecho penal contenidas en el texto de la CADH cuando se trata de determinados delitos o de determinados autores.

⁵⁶ La doctrina considera que el Uruguay ha comenzado a responder por su responsabilidad frente al incumplimiento (antes frecuente) de los compromisos adquiridos en el ámbito internacional (pero que guardan relación con los ciudadanos que viven en el país). Véase Carlos Delpiazzo, “Panorama actual de las responsabilidad estatal”, en Carlos Delpiazzo (coord.), o. cit. (nota 15), p. 13.

⁵⁷ Según Pastori Fillol: “[...] desde un punto de vista exclusivamente jurídico, creemos que el Uruguay debería demostrar que incluso intentó reformar su Constitución, de forma tal de que no se le pueda oponer la disposición del artículo 2 de la CADH”. Alejandro Pastori Fillol, o. cit. (nota 54), p. 194.

⁵⁸ Véase que la Corte IDH a partir del caso *Gelman* ha ampliado ahora la competencia del *control de convencionalidad* a todos los órganos públicos de un Estado. Como dice Ibáñez Rivas: “En consecuencia, la Corte no solo estableció que debe prevalecer un ‘control de convencionalidad’ de la propia decisión de las mayorías en contextos democráticos, sino que enfatizó la idea según la cual dicho control supera la actuación del Poder Judicial, comprometiéndolo de manera expresa y categórica a ‘cualquier autoridad pública’. Por tanto, ya que los hechos del caso concreto incluían procesos de referéndum y plebiscito, la jurisprudencia de la Corte deja en evidencia que el ‘control de convencionalidad’ compromete a las autoridades de los diferentes poderes del Estado y no solo a las del Poder Judicial o a todas aquellas vinculadas a la administración de justicia”. Véase Juana María Ibáñez Rivas, o. cit. (nota 13), p. 111.

⁵⁹ Caso 12.553, de 2009.

del debido proceso (principio de tutela judicial efectiva, plazo razonable, etcétera).⁶⁰ En el marco de este conflicto, el artículo 21 de la ley 17897 (14 de setiembre de 2005), conocida como Ley de Humanización del Sistema Penitenciario, creó una comisión de reforma del sistema procesal penal.⁶¹ El proyecto de reforma ha sido entregado hace tiempo al Parlamento, que no lo ha considerado como prioridad en esta legislatura. Dicho incumplimiento lamentablemente no dará lugar a un nuevo contencioso ante la Corte IDH contra Uruguay porque el acuerdo entre este y la Com IDH ha sido publicado.

11. Como se puede apreciar, la condena de la Corte IDH obliga a un replanteamiento serio del sistema normativo y judicial con relación a la protección de los derechos humanos. La discusión de doctrina que queda pendiente es si la Corte IDH puede obligar a los Estados a cumplir con exigencias no pactadas por ellos en el texto de la CADH y si cualquier interpretación de la Corte IDH tiene que ser cumplida y ejecutada en los Estados nacionales que forman parte del sistema interamericano de protección de los derechos y han reconocido sin reservas su competencia. La pregunta que permanece abierta y que la jurisprudencia de la SCJ de Uruguay tendrá que resolver es si la exigencia de la Corte IDH de eliminar todos los obstáculos legales al ejercicio del derecho penal no atenta contra la Constitución, la CADH y los principios superiores de derecho.

5. Derechos humanos e interpretación judicial

1. A partir de la década del ochenta la defensa de los derechos humanos forma parte de la agenda internacional en el continente americano, junto con políticas de democratización.⁶² La jurisprudencia constante de la Corte IDH ha cumplido un papel

⁶⁰ En curiosa defensa del Estado uruguayo, el comisionado venezolano Freddy Gutiérrez justificó la duración de la prisión preventiva en el caso concreto y sostuvo que el derecho interno tiene supremacía frente al derecho internacional de los derechos humanos. Sobre el tema, Francisco Castex, "El plazo razonable de la duración de la prisión preventiva desde la óptica de la Corte IDH. El caso "Peirano", en Daniel Pastor (dir.), *El sistema penal en las sentencias recientes de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009, pp. 149 ss.,

⁶¹ Sobre el proyecto de reforma, véase Dardo Preza, *El proceso penal uruguayo*, 3.ª ed., Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2009, pp. 7 ss.

⁶² En los últimos años un sector de la doctrina ha asumido como un hecho que los derechos humanos no solo guardan relación con las vicisitudes políticas, sino que han adquirido la condición de *religión*. Esta *religión* tiene estrecha relación con el desarrollo político y el diseño institucional del Estado y los procesos de democratización que deberían ceñirse a parámetros económicos provenientes de directivas de la banca internacional y comunidades epistémicas cerradas, integradas por egresados de universidades norteamericanas. Véase por todos Martin Shapiro, "Courts in Authoritarian Regimes", en Tom Ginsburg y Tamir Moustafa (eds.), *Rule by Law: The Politics of Courts in Authoritarian*

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

importante en la implementación de estas directivas internacionales de democratización de los Estados del continente, que no puede ser pasado por alto. La Corte IDH se ha plegado a la consideración conjunta de la protección de los derechos humanos con las políticas de *good governance* para los países en vías de desarrollo,⁶³ y en este sentido la tarea de la Corte IDH ha sido de gran valía.

2. Una vez que las primeras denuncias pasaron por el filtro político de la Com IDH, la Corte IDH ha tenido que resolver sobre la responsabilidad de Estados de hecho o de frágiles democracias en las que actuaron aparatos organizados de poder al margen de la legalidad. La Corte IDH tuvo que decidir casos relativos a gravísimas violaciones de los derechos humanos cometidas por estados paralelos al Estado de derecho y asociaciones para delinquir que utilizaban las estructuras estatales para cometer delitos y garantizar la impunidad de sus integrantes. Desde la primera sentencia de condena, la Corte IDH se tuvo que hacer fuerte para que los Estados nacionales cumplieran voluntariamente lo sentenciado y *se tomaran en serio a los derechos humanos*. Esa fue la lucha política iniciada por la Corte IDH, que la obligó a cumplir con un fuerte activismo judicial y que paulatinamente la condujo a cruzar los límites de su competencia originaria.⁶⁴ En líneas generales, hasta la irrupción de las primeras sentencias de condena las reacciones de los Estados oscilaban entre la no investigación penal y/o el ocultamiento de los hechos y la protección de los autores. La Corte IDH, de este modo, entró en combate contra una determinada política de Estado en defensa de los derechos siempre vulnerados de las víctimas, que como contrapartida fue dejando flancos abiertos desde el punto de vista

Regimes, Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 327. Por mi parte no estoy seguro de que este fenómeno se pueda hacer extensivo a la Corte IDH, al menos en lo que guarda relación al aspecto financiero. Sobre los límites y los peligros del activismo en derechos humanos, véase Iván Orozco, *Sobre los límites de la conciencia humanitaria. Dilemas de la paz y la justicia en América Latina*, Bogotá: Temis, 2005, pp. 321 ss.

⁶³ Sobre el tema, Costas Douzinas, "Are wars ever just? The invasions of Iraq and Afghanistan raise complex questions about the moral and legal use of force", <http://www.guardian.co.uk/commentisfree/libertycentral/2009/apr/21/universalism-humanitarianism>.

⁶⁴ Von Bogdandy se refirió a la Corte IDH como un "tribunal audaz" porque exige a los Estados modificaciones normativas internas y se trata de una institución no consolidada. Ambos y Böhm asumen que en los hechos se ha convertido en una cuarta instancia o instancia de supervisión, como si la CADH fuera una especie de Constitución de los Estados Americanos, y con ello excede "los parámetros de una interpretación admisible tal como está prevista en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados". Véase Kai Ambos y María Laura Böhm, "Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos, ¿tribunal tímido y tribunal audaz?", en K. Ambos, E. Malarino y G. Elsner (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, tomo II, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2011, pp. 45 s.

jurídico.⁶⁵ Esa lucha de fuerzas contra la política de los Estados pronto abarcó no solo la responsabilidad estatal, sino también la de los autores individuales de los crímenes internacionales y de las más graves violaciones contra los derechos humanos,⁶⁶ a quienes se irradió de muchas de las garantías contenidas en la propia CADH.⁶⁷ En ese momento, la mejor intención política de la Corte IDH traspasó una frontera infranqueable de las garantías individuales protegidas por la CADH, aquellas que protegen al individuo contra el poder punitivo del Estado.⁶⁸ La Corte IDH asumió un concepto propio de la proclama *Nunca más*, basado en el derecho penal como medio de cumplir con las demandas de verdad y castigo de colectivos de víctimas y de asociaciones políticas, sociales y sindicales que pendían sobre los Estados como una deuda moral a ser saneada de la manera más ejemplarizante. En ese contexto solo aparece como válida la culpa penal, incluso para la lucha por la memoria permanente y el reproche histórico (negando todo valor a las otras formas de culpa identificadas por Jaspers).

⁶⁵ Hay quien califica a la Corte IDH de antiliberal y punitiva. Véase Ezequiel Malarino, "Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en K. Ambos, E. Malarino y G. Elsner (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, tomo I, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2010, pp. 26-61.

⁶⁶ Aunque muchas veces la Corte IDH haya confundido o considerado a ambos tipos de responsabilidad como sinónimos. Véase el voto concurrente de Antônio Cançado Trindade en el caso *Barrios Altos contra Perú*, en el que expresa que "la responsabilidad internacional del Estado por violaciones de los derechos humanos internacionalmente consagrados y la responsabilidad penal individual de agentes perpetradores de violaciones de graves violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario son dos caras de la misma medalla en la lucha contra las atrocidades, la impunidad y la injusticia". Véase Alejandro Aponte, "El sistema interamericano de derechos humanos y el derecho internacional humanitario: una relación problemática", en K. Ambos, E. Malarino y G. Elsner (eds.), o. cit. (nota 65), pp. 167 s.

⁶⁷ Téngase en cuenta que la jurisprudencia constante de la Corte IDH no solo prohíbe las amnistías y cualquier otro obstáculo jurídico que impida la persecución penal (como sostiene en el caso *Gelman contra Uruguay*, § 254), sino que también se podría interpretar que prohíbe los indultos cuando exige como derecho de acceso a la justicia y de conocimiento y acceso a la verdad el cumplimiento efectivo de la sentencia (como sostiene en el caso *Masacre La Rochela contra Colombia*, § 193).

⁶⁸ Para ver en detalle esta situación, Ezequiel Malarino, o. cit. (nota 65), pp. 45 ss.; Daniel Pastor, "La ideología penal de ciertos pronunciamientos de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos: ¿garantías para el imputado, para la víctima o para el aparato represivo del Estado?", en K. Ambos, E. Malarino y G. Elsner (eds.), o. cit. (nota 64), pp. 481 ss.; José Luis Guzmán Dalbora, "El principio de legalidad penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", ibídem, pp. 171 ss. Con una visión positiva de este fenómeno, Pablo Parenti, "La inaplicabilidad de normas de prescripción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", ibídem, pp. 211 ss.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Según la Corte IDH, el mensaje preventivo de *Nunca más* requiere la fuerza simbólica del derecho penal.⁶⁹ El derecho penal comenzó a ser interpretado como una necesidad para explicar los conflictos más graves y como un medio para averiguar la verdad y reparar a las víctimas.⁷⁰ En este lugar no puedo extenderme en cuanto a la simplificación que resulta de explicarlo todo por medio del derecho penal, criminalizando a los que mayor responsabilidad tuvieron en la comisión de los crímenes y liberando de culpa (judicial, política y filosófica) al resto de los ciudadanos, con independencia de su mayor o menor participación en la comisión de delitos y de la cuota parte de colaboración con el régimen injusto (por ejemplo, financiándolo). La Corte IDH adoptó una visión positiva y reparadora del castigo con una política criminal pregonera de un poder punitivo absoluto con relación a determinados delitos,⁷¹ construyendo una teoría de la pena basada en la retribución absoluta, como si la pena fuera un derecho de la víctima a ser satisfecho por el Estado.⁷² Y este concepto de necesidad absoluta de castigo (este merecimiento moral de pena) construido por la Corte IDH apareja la disminución de las garantías del imputado y la obligación del Estado de “remover todos los obstáculos” para lograr el fin punitivo que permita satisfacer la sed de venganza contra aquellos que valiéndose de las

⁶⁹ Críticamente, Dirk Fabricius, “Uruguay just dessert. ¿Obligación de punir porque ellos simplemente se lo merecen?” (trad. Pablo Galain Palermo y Ester Cascales), en Pablo Galain Palermo (ed.), *Justicia de transición*, en vías de publicación. Fabricius basa su crítica en la teoría de la pena y la psicología, cuando se trata de resolver con el derecho penal y la imputación de la culpabilidad individual los crímenes de un régimen injusto.

⁷⁰ Sobre esta posibilidad me pronuncié de forma crítica en Pablo Galain Palermo, “Relaciones entre el ‘derecho a la verdad’ y el proceso penal. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en K. Ambos, E. Malarino y G. Elsner (eds.), o. cit. (nota 64), pp. 273 ss. Sin embargo, las víctimas exigen una verdad que todavía no ha podido ser obtenida mediante el derecho penal. Como sostuvo una víctima de la dictadura argentina: “No me significa mucho que vayan presos, porque lo que yo quisiera es que dijeran la verdad. Que dejen así de delinquir y de torturar. Me sigue doliendo todo lo que me hicieron a mí. Arañando el alma como siempre, no me significa mucho el castigo que les puedan dar”. <<http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/subnotas/197926-59632-2012-07-05.html>> (5.7.2012). Con relación al conocimiento de lo sucedido y sobre la interacción entre derecho penal y comisión de la verdad, véase Pablo Galain Palermo y Álvaro Garraud, “Truth Commissions and the Reconstruction of the Past in the Post-Dictatorial Southern Cone: Concerning the Limitations for Understanding Evil”, en Ambos et al. (ed.), *Eichmann in Jerusalem. 50 Years After. An Interdisciplinary Approach*, Berlín: Duncker & Humblot, 2012, pp. 181 ss. También crítico, Alberto Nanzer, “La satisfacción de la víctima y el derecho al castigo”, en Daniel Pastor (dir.), *El sistema penal...*, o. cit. (nota 60), pp. 371 ss.

⁷¹ Véase Daniel Pastor, “La ideología penal...”, o. cit. (nota 68), p. 503.

⁷² Alicia Gil se refiere a un estatuto jurídico de la víctima que se opone y neutraliza a los derechos del imputado, mientras que Pastor denuncia una transición del *in dubio pro reo* al *in dubio pro victima*. Véase Alicia Gil Gil, “Las aportaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al Derecho Penal Internacional. Coincidencias y diferencias con la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en K. Ambos, E. Malarino y G. Elsner (eds.), o. cit. (nota 64), p. 332; Daniel Pastor, “La ideología penal...”, o. cit. (nota 68), p. 503.

estructuras del Estado han cometido las más graves atrocidades contra sus congéneres por considerarlos enemigos políticos.⁷³

La aplicación constante de una política de lucha contra la impunidad de los peores criminales, que sugiere una disminución de las garantías materiales y formales propias del sistema penal, se justifica al ser incluida dentro de una política de lucha contra el mal. Sin embargo, ella tiene un efecto búmeran que conduce a la deslegitimación de la jurisprudencia punitiva de la Corte IDH porque dicha política criminal tiene que ser llevada a cabo por el Estado de derecho y según las reglas del debido proceso.⁷⁴ Ferrajoli es contundente:

[...] el grado de legitimidad de la jurisdicción y de su independencia depende del grado de efectividad de las garantías predisuestas para su ejercicio: en el caso de la jurisdicción penal por [el grado de] las garantías de taxatividad, de la materialidad y de la lesividad de las figuras del delito, de la carga acusatoria de la prueba, del principio de contradicción y de los derechos de la defensa; por el contrario, la reducción o ineffectividad de las garantías se resuelve siempre en una reducción de la legitimidad del Poder Judicial.⁷⁵

La persecución de los peores delitos y los peores criminales no autoriza la disminución de las garantías individuales frente al poder punitivo del aparato estatal, y ello debe ser respetado también por la jurisprudencia de la Corte IDH porque, si bien ella está

⁷³ Habermas se refiere al espíritu de venganza que domina la reacción contra los peores crímenes cometidos por quienes ya no ostentan el poder, y a los límites que el derecho tiene que poner al uso de los medios de coerción del aparato estatal (democrático). Véase Jürgen Habermas, *Mas allá del Estado nacional* (trad. Jiménez Redondo), Madrid: Trotta, 2001, p. 62.

⁷⁴ Queda claro que, si bien no podemos renunciar a la tarea de hacer justicia contra los peores enemigos de la humanidad, tampoco podemos en la tarea abandonar las garantías del Estado de derecho, aunque ellas en algunas circunstancias puedan ser entendidas como meros obstáculos en la tarea de hacer justicia. Véase Cristina García Pascual, “¿Puede el mal absoluto ser sometido a la justicia?”, L. Souza Mendes y M. F. Pereira Coutinho (eds.), *Eichmann em Jerusalém. 50 anos depois*, Lisboa: Curitiba, 2012, p. 318. En relación con otros mecanismos complementarios a la justicia penal en la tarea de hacer justicia, véase, en el mismo volumen, Pablo Galain Palermo, “Como reagir contra os crimes do passado? Justiça de transição e elaboração do passado no Uruguai” (trad. Jorge Olivera e Carmo), pp. 239 ss. “Responder al terrorismo con terrorismo de Estado solo contribuye a sustituir un terrorismo por otro. El ciclo de violencia no se rompe con más violencia imperial”. Véase Ramón Grosfoguel, “Colonialidad global y terrorismo antiterrorista”, *Nueva Sociedad*, 177, enero-febrero de 2002, p. 133. <http://www.nuso.org/upload/articulos/3033_1.pdf>.

⁷⁵ Véase Luigi Ferrajoli, *Las fuentes de la legitimidad de la jurisdicción* (trad. Miguel Carbonell), México: INACIPE, 2010, p. 46.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

encargada de la interpretación de la CADH, tiene que cumplir esa función sometida al derecho y sus principios.⁷⁶

3. La jurisprudencia de la Corte IDH asume un punto de vista iusnaturalista, a partir del cual legitima —constantemente— sus decisiones más allá del texto de la CADH, recurriendo a determinados principios superiores del derecho y dejando de lado otros que no son funcionales a su política criminal de lucha contra el mal y contra la impunidad. En este lugar no puedo ingresar en el debate acerca de la existencia de principios superiores de derecho que tienen que ser respetados por la jurisprudencia local e internacional (porque rigen tanto en un Estado democrático de derecho como en las relaciones internacionales entre Estados), así como tampoco puedo ingresar en el complejo debate entre positivistas y iusnaturalistas. En esta oportunidad me limito a asumir que hay principios superiores que tienen que ser respetados y considerados por la jurisprudencia, que son aquellos que se derivan políticamente del *Estado de derecho*, que se apoyan en el principio de *rule of law* y que cumplen un papel primordial en la promoción y la protección de los derechos humanos.⁷⁷ De modo que, si bien no puedo ingresar en la discusión de su definición jurídica, admito su función política en un régimen de derecho.

Según la ONU, el principio *rule of law* o Estado de derecho (*Rechtsstaat*) contiene los estándares internacionales de protección de los derechos humanos y exige a un Estado el respeto absoluto del principio de legalidad, igualdad ante la ley, separación de poderes, seguridad jurídica, transparencia legal en sentido material y procesal y prohibición de la arbitrariedad en la aplicación del derecho.⁷⁸ Del principio Estado de derecho

⁷⁶ En la sentencia *Frontini* (183/1973, de 27.12, *Frontini y otros contra Ministerio de Finanzas*) del Tribunal Constitucional italiano, se argumentó que la cesión de soberanía de los Estados nacionales a órganos supranacionales tiene límites derivados de los principios del Estado de derecho que garantizan las libertades esenciales de los ciudadanos y que están reconocidos en los textos internacionales. Esta sentencia dijo que los órganos comunitarios no pueden “violiar los principios fundamentales de nuestro ordenamiento constitucional o los derechos inalienables de las personas humanas”. De modo que los órganos jurisdiccionales nacionales no transfieren a los órganos supranacionales competencia en materia de protección de los derechos fundamentales de las personas. El Tribunal Constitucional alemán hizo lo propio colocando al derecho constitucional como barrera infranqueable a la jurisdicción supranacional cuando se amenazan derechos fundamentales de las personas. Véase Carlos Ruiz Miguel, “El largo y tortuoso camino hacia la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, en Carlos Ruiz Miguel (coord.), *Estudios sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 2004, pp. 30 ss.

⁷⁷ Véase Asamblea General de las Naciones Unidas, RES/50/181, de 22.12.1995.

⁷⁸ Security Council, S/2004/616, *The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies, Report of the Secretary-General*, 23 August 2004, <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/395/29/PDF/N0439529.pdf?OpenElement>>.

se pueden derivar (desde un punto de vista político y desde una perspectiva macro) otros principios, como el debido proceso,⁷⁹ la seguridad jurídica⁸⁰ y la igualdad ante la ley,⁸¹ así como (desde una perspectiva individual) el principio de dignidad humana.⁸² Estos principios (desde un punto de vista jurídico y desde una perspectiva positivista) están contenidos en tratados internacionales como, por ejemplo, la CADH, y en la Constitución uruguaya, de modo que no pueden ser desconocidos por la jurisprudencia.⁸³ Las

⁷⁹ Hoy en día se habla incluso de una revolución del debido proceso, considerado un principio fundamental del derecho constitucional contenido en las enmiendas quinta y decimocuarta del sistema constitucional norteamericano. En realidad, sin importar exactamente qué es lo que este principio significa, se trata de un término técnico legislativo que surge de las entrañas de la tradición constitucional. Este principio está relacionado con otro superprincipio que dice: "Ninguna organización o institución de clase alguna debería tener la potestad de perjudicar intereses vitales ('vida, libertad... propiedad') sin otorgar determinados derechos procesales" (traducción libre). Lawrence Friedman, *Total Justice*, Nueva York: Russell Sage Foundation, 1985, pp. 80 s.

⁸⁰ La teoría del Estado a partir de Hobbes se basa en el concepto de *securitas*, del que emana el concepto de Estado de derecho. La certeza y la seguridad jurídica son bienes adquiridos de la experiencia jurídica moderna, que en definitiva "debe concretarse en una certeza conferida al individuo, que es el verdadero destinatario final, en sentido filosófico, de la norma". Véase Flavio López de Oñate, *La certeza del derecho* (trad. Sentís Melendo y Ayerra), Buenos Aires: EJE, 1953, pp. 73-74, 135.

⁸¹ Todos reconocidos en la CADH (artículos 9, 24 y 25). Véase Comité de Derechos Humanos, *Observaciones finales a Uruguay* (CCPR A/53/40, 1998). La igualdad ante la ley, reconocida en la enmienda decimocuarta de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, está fuertemente ligada al principio del debido proceso, pero a diferencia de este, que se modifica según los cambios sociales, aquel se mantiene incambiado por más de un siglo. Véase Lawrence Friedmann, o. cit., p. 80.

⁸² El principio de dignidad humana "exige un trato especial para el individuo, de tal forma que la persona se constituye en un fin para el Estado que vincula y legitima a todos los poderes públicos, en especial al juez, que en su función hermenéutica debe convertir este principio en un parámetro interpretativo de todas las normas del ordenamiento jurídico". Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, C-521/98. En la doctrina alemana el principio de dignidad humana (*Menschenwürdeprinzip*), contenido en la Constitución (artículo 1.1 de la Grundgesetz [GG]), es un principio moral universal que obliga al Estado a su protección y respeto. Véase Paul Tiedemann, *Menschenwürde als Rechtsbegriff. Eine philosophische Klärung*, 3.^a ed. revisada, Potsdam: Wissenschaft, 2012; Volker Neumann, "Menschenwürde und Existenzminimum", *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)*, 1995, pp. 426 ss. La doctrina penal alemana es conteste, por ejemplo, en que la prohibición de aplicar la ley penal en forma retroactiva o el principio de *nemo tenetur* se relacionan con el principio de culpabilidad y tienen fuente de inspiración en la dignidad humana. Véase por todos Brigitte Kelker, "Grundfragen eines Zusammenhangs zwischen Menschenwürde und Strafrecht", en H.-U. Paeffgen et al. (eds.), *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, Berlín: Duncker & Humblot, 2011, pp. 1678 s.

⁸³ En la doctrina uruguaya se entiende que la defensa de la seguridad jurídica es fundamental para entender el concepto de derechos humanos. Véase Jorge Marabotto, "Derechos humanos y crisis: ¿Crisis de los derechos humanos?", en *Derechos humanos en situaciones de crisis en Uruguay*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer y Asociación de Magistrados del Uruguay, 2002, p. 31. Con relación al concepto de derechos y los principios penales, Milton Cairoli, "Derechos humanos en situaciones de crisis en Uruguay", *ibídem*, pp. 14 ss. Véase también Instituto de Estudios Legales y Sociales del Uruguay (IELSUR), *Estudio sobre armonización legislativa conforme a los tratados de derechos humanos ratificados por Uruguay*, Montevideo: IELSUR, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (OACDH) y Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), 2006, pp. 77 s.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

fuentes de interpretación del derecho internacional coexisten con las fuentes nacionales y ambas se someten a principios superiores de derecho para definir el objetivo de protección integral de los derechos y libertades de las personas.⁸⁴

Según todas estas fuentes, los individuos tienen un derecho inalienable e irrestricto a ser protegidos del ejercicio estatal del *ius puniendi* reconocido por todos los tratados internacionales que protegen los derechos humanos y por las normas del orden nacional. El debido proceso es un derecho fundamental que no puede sufrir merma en un Estado de derecho.⁸⁵ Los derechos humanos relacionados con el debido proceso —por un lado— exigen el derecho de las víctimas al acceso a la justicia, al conocimiento de la verdad y a la reparación del daño y —por otro— exigen la protección individual frente al ejercicio político del derecho penal.⁸⁶ Los derechos humanos no solo tienen que ser protegidos por el derecho penal sino también del derecho penal.⁸⁷

Ahora bien, si en el marco de la política criminal de lucha contra el mal y contra la impunidad fundada en principios superiores de justicia se pregona un “derecho penal transicional” con características propias y distintas a las del derecho penal,⁸⁸ para que este pueda superar la barrera del principio de legalidad y de proporcionalidad debería estar delimitado material y formalmente de forma clara y previa. Es decir, se tiene que saber antes de su aplicación para qué tipo de delitos existe una merma de los derechos y garantías de los autores; pero principalmente cuando se trata de delitos cometidos muchos años atrás, para superar la barrera del principio de irretroactividad, se tiene que conocer a partir de qué momento este derecho estuvo vigente. De esta forma, los justiciables sabrían de antemano que en caso de cometer determinados crímenes no solo serán castigados con una pena, sino que también deberán soportar una disminución en

⁸⁴ Ibídem, p. 103.

⁸⁵ Véase Gonzalo Fernández, *Derecho penal y derechos humanos*, Montevideo: IELSUR y Trilce, 1988, pp. 25 ss., 31 s. En Uruguay hay quien sostiene que el ejercicio del *ius puniendi* es una potestad del Estado que no se deriva de ningún derecho del hombre. Véase Augusto Durán Martínez, o. cit. (nota 39), p. 41.

⁸⁶ El Estado de derecho impide que el derecho penal sea utilizado como mera herramienta política contra una determinada franja de autores, pues “el poder penal del Estado pierde su legitimidad, cuando deja de operar en clave de Derechos Humanos” para la protección del ciudadano común, así como para la tutela del ciudadano delincuente. Véase Gonzalo Fernández, “Derechos humanos y legislación penal”, en *El concepto de derechos humanos. Un estudio interdisciplinario*, Montevideo: Cuadernos Facultad de Derecho, 1986, p. 59.

⁸⁷ Véase Cornelius Prittwitz, “Schutz der Menschenwürde durch das Strafrecht oder vor dem Strafrecht?”, en C. Prittwitz e I. Manoledakis (eds.), *Strafrecht und Menschenwürde*, Baden Baden: Nomos, 1998, pp. 19 ss.

⁸⁸ Véase Christine Bell, “The ‘New Law’ of Transitional Justice”, en Kai Ambos, Judith Large y Marieke Wierda (eds.), *Building a Future on Peace and Justice: Studies on Transitional Justice, Peace and Development*, Berlín: Springer, 2009, pp. 105 ss.

sus garantías a la hora de la investigación. Este nuevo derecho penal (transicional) tendrá que explicar en qué medida principios como la prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal o el *nemo tenetur*, que favorecen al autor frente al poder punitivo, (ahora) pierden vigencia o se reformulan para reaccionar punitivamente y beneficiar a la víctima en sus derechos.

De la jurisprudencia de la Corte IDH se pueden inferir algunos elementos fácticos y/o funcionariales que parecen ser decisivos para legitimar esta política criminal que permite una disminución de las garantías procesales en los casos en que el autor forme parte de un aparato organizado de poder que actúa fuera de la legalidad, o cuando persiga determinadas políticas de Estado para cometer graves crímenes contra los derechos humanos, o cuando se valga de las estructuras del Estado de forma sistemática para llevar adelante ataques masivos contra las víctimas. La tarea dogmática requiere entonces definir las características materiales y formales propias del derecho penal transicional para establecer cuándo (en qué casos) y en qué proporción algunos principios —como, por ejemplo, el principio *favor rei*— ceden o disminuyen su poder de garantía, de modo que se pueda diferenciar entre este sistema penal de transición y el sistema penal.

4. En lo que refiere a la cuestión penal desde un punto de vista positivo, es muy difícil sostener que del texto de la CADH se pueda llevar a cabo una interpretación *favor victima* y/o *in dubio pro victima* que pueda oponerse de modo neutralizador a una interpretación *favor rei* y/o *in dubio pro reo*. Una interpretación basada en la prudencia indica que se requiere una ponderación que debería llevarse a cabo frente a cada caso concreto.⁸⁹ En todo caso, si se trata de ponderar ambos principios, mientras no exista aceptación respecto del alcance de este nuevo “derecho penal transicional”, la máxima aplicable estaría dada por la siguiente fórmula que puede servir como hipótesis a ser verificada en futuros trabajos: cuando se juzga por la Corte IDH la responsabilidad internacional de un Estado por la violación de los derechos humanos es preponderante el principio *favor victima* y/o *in dubio pro victima*, y cuando se juzga la responsabilidad de una persona por la comisión de un delito por la justicia penal es preponderante el *favor rei* y/o *in dubio pro reo*. Los principios derivados del Estado de derecho, el *rule of law* y la dignidad humana parecen apoyar una hipótesis como esta.

⁸⁹ En relación con la necesidad de prudencia en el ámbito judicial, véase Otfried Höffe, *Democracy in an Age of Globalisation*, La Haya: Springer, 2007, pp. 150 ss.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

5. Este trabajo no aboga por el incumplimiento de las sentencias de la Corte IDH ni desconoce su indispensable función protectora de los derechos humanos, sino que cuestiona aquellas interpretaciones de la Corte IDH que refieren a la responsabilidad penal de los individuos que puedan ser contrarias a los principios contenidos o derivados del texto de la CADH.⁹⁰ Buen ejemplo es el párrafo 254 de la sentencia del caso *Gelman*, que se refiere al debilitamiento de las garantías individuales frente al derecho penal. Si consideramos que no hay acuerdo sobre el contenido material y formal de un “derecho penal transicional” que establezca criterios determinados para la punición de las más graves violaciones de los derechos humanos, la interpretación judicial tiene que respetar los principios de inocencia y de igualdad ante la ley (artículo 8.2 CADH), incluso cuando se trate de “terroristas de Estado”.⁹¹ La doctrina del “estándar máximo” —que exige aplicar el “mayor nivel de protección” de los derechos humanos— y el principio de igualdad⁹² no se condicen ni con la lógica del derecho penal internacional nacido con los juicios de Núremberg (basado en la persecución selectiva del “enemigo vencido” normativizada de forma definitiva a partir del Estatuto de Roma),⁹³ ni con la política criminal internacional de lucha contra la impunidad, que no solo justifica la persecución por medio del principio de justicia universal⁹⁴ sino que, cuando carece de todo límite,

⁹⁰ Como también surge del artículo 53 del Convenio Europeo Derechos Humanos (CEDH), los Estados se someten al obligado cumplimiento de las sentencias internacionales según los medios de ejecución nacionales para ejecutarlas. Lo que estas sentencias no pueden es “derogar una ley, o anular un acto administrativo, o revocar una sentencia judicial contrarias al Convenio”, porque ello ya cae en la competencia de los órganos nacionales respectivos. Véase Jacobo López Barja, *El Convenio, el Tribunal Europeo y el derecho a un juicio justo*, Madrid: AKAL y IURE, 1991, p. 13.

⁹¹ Las distinciones entre amigos-enemigos, ciudadanos-enemigos, personas buenas-personas malas escapan al Estado de derecho y lesionan el principio de dignidad humana. Véase Kai Ambos, “Derecho penal del enemigo” (trad. Gómez-Jara), en M. Cancio y C. Gómez-Jara (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. 1, Montevideo y Buenos Aires: B de F, 2006, p. 153.

⁹² Sobre el principio de igualdad en sentido amplio y en particular el principio de igualdad ante la ley, véase Sandra Fredman, *Human Rights, Transformed. Positive Rights and Positive Duties*, Oxford: Oxford University Press, 2008, pp. 175 ss., 181 ss.

⁹³ Sobre el tema, en profundidad, Hans-Heinrich Jescheck, *Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht. Eine Studie zu den Nürnberger Prozessen*, Bonn: Ludwig Röhrscheid, 1953, pp. 3, 9, 16, 196 s., 415. También Daniel Pastor, “Diritto penale del nemico e potere punitivo internazionale” (trad. Fronza), en M. Donini y M. Papa (cuidado de la edición), *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Milán: Giuffrè, 2007, pp. 204 ss.

⁹⁴ Véase Kai Ambos, “Derecho penal del enemigo”, o. cit. (nota 91), p. 129. Este autor pone en evidencia que el enemigo interno está totalmente desprotegido porque no tiene límites ni está sujeto a la protección de la ley, como sucedió con las víctimas de la desaparición forzada por parte del terrorismo de Estado. También Eduardo Demetrio, “Feindstrafrecht und Rechtstheorie” (trad. Blumenberg), K. Karsai et al. (eds.), *Freiheit - Sicherheit - (Straf)Recht. Beiträge eines Humboldt-Kollegs*, Osnabrück: Universitätsverlag Osnabrück, 2011, pp. 59 ss.

puede llegar a enmascarar la tradicional teoría del *hostis humanis generis*.⁹⁵ Esta lógica, aceptada por la comunidad internacional para luchar contra determinadas formas de criminalidad a partir del Estatuto de Roma, encuentra límites en determinadas reglas y garantías procesales que tienen que ser respetadas cuando se somete a un individuo al ejercicio del *jus puniendi* estatal o de la comunidad de estados.

6. La jurisdicción de la Corte IDH se activa cuando el Estado no ha respetado (por acción u omisión) los derechos (humanos) de las víctimas. La Corte IDH tiene competencia para comprobar la violación de la CADH y responsabilizar al Estado, exigiendo la reparación adecuada. El problema se presenta cuando la reparación adecuada puede ser contraria al texto de la CADH y exigir que el Estado intervenga por medio del derecho penal para dictar una condena penal de determinados autores, habiendo primero procedido a la “remoción de todos los obstáculos jurídicos” a la punición. Un Estado de derecho no puede disminuir las garantías individuales para favorecer o facilitar castigos, porque ello contradice la esencia misma de esta forma de gobierno y vuelve a la justicia funcional a la política. Una reparación como esta puede en algún caso en concreto acarrear la lesión de determinados derechos contenidos en el texto de la CADH y de la Constitución nacional, cuando esos “obstáculos” son garantías y principios fundamentales del sistema penal.⁹⁶ Esta posibilidad sugiere que dicha exigencia sea sometida a un juicio de conveniencia por el órgano encargado de la ejecución.

Véase que en el derecho penal internacional (incluso con posterioridad a la creación de un tribunal permanente) la competencia para juzgar los crímenes más graves continúa en poder de los Estados nacionales.⁹⁷ El principio de subsidiaridad (artículo 17

⁹⁵ Véase Eugenio Zaffaroni, *El enemigo en el derecho penal*, Bogotá: Ibáñez, 2006, p. 28. El “*hostis populi Romani*” declarado por Cicerón al descubrir y castigar la conspiración de Sergius Catilina para derrocar su régimen no significaba otra cosa que “convertirlo en objeto de venganza pública”. Klaus Adomeit, *Introducción a la teoría del derecho. Lógica normativa. Teoría del método. Politología jurídica* (trad. Bacigalupo), Madrid: Civitas, 1984, p. 186.

⁹⁶ El principio de *tutela judicial efectiva* y el principio *pro homine* no pueden ser interpretados solo en beneficio de la víctima, sino que también amparan al autor. Así lo pone de manifiesto la sentencia 211, de 31.7.2012, del Tribunal de Apelaciones de 4.º Turno en la causa *Álvarez Armellino, Gregorio Conrado. Coautor de un delito de Homicidio muy especialmente agravado*. I.U.E.: 87-10103/2002, que sostiene una defensa de los principios y garantías rectores del proceso penal: “En tan acotado marco legal y de principios, la personalidad o aberración de los actos que puedan vincular a una persona con determinada causa, no habilitan al Juez en Estado de Derecho a apartarse del principio rector. En el caso, más allá de la arbitrariedad o aberración con que haya actuado el imputado en su vida personal o pública, el tribunal competente no queda eximido por ese fundamento, de prescindir de las garantías del debido proceso legal en toda su extensión, en particular en la valoración de la prueba” (p. 9).

⁹⁷ Esta potestad es, además, exclusiva cuando las violaciones a los derechos humanos no cumplen con determinados elementos de contexto, como ser parte de ataques sistemáticos o masivos (políticas de Estado).

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

del Estatuto de Roma [ER]) confirma que la jurisdicción internacional solo puede ser activada cuando el Estado no puede o no quiere llevar a cabo una investigación penal.⁹⁸ Pero el Estatuto de Roma no exige que los juicios penales disminuyan las garantías individuales, sino que se lleven a cabo. Los obstáculos procesales tienen que ver con formas de amnistía que impidan la investigación y el posible castigo de determinados delitos.⁹⁹ De modo que si Uruguay a partir de 2005 ha iniciado investigaciones penales contra los crímenes cometidos durante la dictadura, a pesar de la vigencia de la Ley de Caducidad, significa que ha dado cumplimiento de modo satisfactorio a la exigencia internacional de punibilidad que rige a partir del ER para con los crímenes que acarrearán las más graves violaciones a los derechos humanos. Uruguay ha actuado según la obligación de investigar (y castigar) y ha cumplido con la prohibición de amnistiar estos crímenes. La obligación de “remoción” de la ley por la Corte IDH puede ser considerada exagerada mientras no impida el inicio de una investigación penal. La obligación de punir que funcionaliza el derecho penal al castigo parece también exagerada y contraria a las posiciones doctrinales dominantes toda vez que las investigaciones penales tienen como punto de partida el principio de inocencia y se llevan a cabo para castigar o sobreseer individuos en un caso concreto. La remoción de la Ley de Caducidad no es esencial mientras su interpretación no impida que las denuncias penales sean consideradas por la justicia penal y que, según criterios jurídicos, tengan lugar procesos penales.

7. En el marco de la exigencia de “remoción de todos los obstáculos jurídicos” que impidan el castigo penal, los mayores inconvenientes derivados de la interpretación de la CADH se producen con las sentencias nacionales pasadas en autoridad de cosa juzgada, que la Corte IDH exige no tener en cuenta, con independencia de una comprobación efectiva de la falsedad de la cosa juzgada.¹⁰⁰ La cosa juzgada guarda relación con la seguridad jurídica¹⁰¹ y con la prohibición de *ne bis in idem*, también recogida en las cartas

⁹⁸ Sobre el tema, Otfried Höffe, o. cit. (nota 89), p. 264.

⁹⁹ Véase Marcelo Torelly, *Justiça de Transição e Estado Constitucional de Direito*, Belo Horizonte: Forum, 2012, pp. 87 ss.

¹⁰⁰ La sentencia de *Almonacid Arellano contra Chile* es paradigmática sobre la cuestión de la cosa juzgada. En ese aspecto Radbruch sostiene que la seguridad jurídica y la cosa juzgada pueden caer cuando son producto de una grave injusticia por vicios o errores en la aplicación del derecho que la hacen inadecuada a derecho. En esos casos la nulidad proviene de la propia seguridad jurídica que despoja a la sentencia de fuerza obligatoria. Véase Gustav Radbruch, *Filosofía do Direito* (trad. Cabral de Moncada), vol. II, Coimbra: Coimbra, 1961, p. 122 s.

¹⁰¹ Sobre el valor de la cosa juzgada para la seguridad jurídica, Gustav Radbruch, *Introducción a la filosofía del derecho* (trad. Wenceslao Roces), México: Fondo de Cultura Económica, 2010, p. 41.

internacionales de protección de los derechos humanos y en el Estatuto de Roma. La ley penal no puede ser aplicada de forma retroactiva; este es un principio consagrado en la CADH (artículo 9) y en el ordenamiento jurídico uruguayo. La tipicidad debe de ser previa y, si ella está contenida en una norma internacional, la prohibición debe de estar formulada claramente, con independencia de que sea escrita o consuetudinaria.¹⁰² Pero, además, la prohibición de retroactividad surge del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que también contiene su reverso, esto es, la retroactividad de las normas favorables al reo.¹⁰³ Otro gran inconveniente se produce con el principio de *nemo tenetur se ipsum accusare* cuando en la lucha contra la impunidad y contra el horrendo crimen de lesa humanidad de la desaparición forzada de personas se exige al autor que colabore con la investigación penal para el descubrimiento de la verdad.¹⁰⁴

Ninguna de estas disminuciones de las garantías procesales en perjuicio del indagado y en favor del afán punitivo puede ser tolerada por el Estado de derecho,¹⁰⁵ aunque se trate de un mandato de la Corte IDH, porque no se condice con un derecho penal de ciudadanos sino que parecería estar más cercano de un derecho penal y procesal penal contra enemigos.¹⁰⁶ El denominado *primer principio de justicia* exige la igual aplicación del principio del Estado de derecho a todos los ciudadanos, evitando cualquier aplicación arbitraria de la ley.¹⁰⁷ La validez normativa de los derechos humanos depende, en la esfera individual, del cumplimiento de las obligaciones recíprocas de no lesión por los ciudadanos,¹⁰⁸ así como, en la esfera estatal, depende de que el Estado cumpla con las

¹⁰² Como dice Werle: “[...] este principio exige la determinación de las normas del derecho penal internacional, aunque de una manera menos estricta que la exigida en el derecho continental europeo; también prohíbe una punición con efecto retroactivo y una punibilidad basada en la analogía”. Véase Gerhard Werle, *Tratado de derecho penal internacional* (trad. Díaz Pita et al.), Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, pp. 86 s.

¹⁰³ También está consagrado en los artículos 22 a 24 del Estatuto de Roma.

¹⁰⁴ Véase Pablo Galain Palermo, “El tipo penal de la desaparición forzada de personas como un acto aislado: consideraciones críticas”, en F. Muñoz Conde et al. (dirs.), *Un derecho penal comprometido. Libro homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, pp. 419-448.

¹⁰⁵ En relación con los individuos, derecho penal (nacional e internacional) y derechos humanos “son dos caras de una misma moneda: cada persona natural es destinataria de derechos (humanos) y deberes (acciones u omisiones calificadas penalmente) internacionales”. Véase Gerhard Werle, o. cit. (nota 102), p. 98.

¹⁰⁶ Francisco Muñoz Conde, *De las prohibiciones probatorias al derecho procesal penal del enemigo*, Buenos Aires: Hammurabi, 2008, pp. 29 s.; Tatjana Hornle, “Deskriptive und normative Dimensionen des Begriffs ‘Feindstrafrecht’”, en *Goldsammer’s Archiv für Strafrecht*, n.º 153, 2006, pp. 80 ss.; Cornelius Prittwitz, “Diritto penale del nemico” (trad. Summerer), en M. Donini y M. Papa (cuidado de la edición), o. cit. (nota 93), pp. 139 ss.

¹⁰⁷ Véase por todos Otfried Höffe, o. cit. (nota 89), pp. 37, 260.

¹⁰⁸ Véase Claudio Corradetti, *Relativism and Human Rights. A Theory of Pluralistic Universalism*, Berlín: Springer, 2009, p. 136.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

obligaciones derivadas de los principios del Estado de derecho, igualdad y responsabilidad, y respete y vele por los derechos humanos de todos los ciudadanos por igual.¹⁰⁹

Según esta lógica, el Estado está obligado a la mayor protección de los derechos humanos tanto cuando se trata de brindar protección y reparación a las víctimas como cuando se trata de someter a los autores a la justicia penal.¹¹⁰ Pero, además, la protección de los derechos humanos exige, en la esfera individual, renunciar a una “justicia de vencedores” entre los miembros de la sociedad que se encuentran en ejercicio del poder y, en la esfera estatal, aplicar los principios democráticos del Estado de derecho.¹¹¹ Téngase en cuenta que uno de los objetivos de la justicia de transición es el mantenimiento de la paz social duradera, que no puede depender de la interrelación de fuerzas en ejercicio del poder.¹¹² Esta lógica no puede ser desconocida para aplicar excepciones a la justicia (o aceptar que se debiliten sus principios)¹¹³ legitimadas en derechos de las víctimas al castigo (absoluto), a la verdad (por medio del procedimiento penal) o a la reparación (por medio del cumplimiento efectivo de una pena), porque ello significaría reconocer que los derechos humanos pueden ser funcionales a la política.

¹⁰⁹ Véase Hélène Ruiz Fabri, “Human Rights and State Sovereignty: Have the Boundaries been Significantly Redrawn?”, en Phillip Alston y Euan Macdonald (eds.), *Human Rights, Intervention, and the use of Force*, Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 34. La doctrina más actual, destaca la importancia de las políticas estatales en el respeto de los principios y estándares (*soft law*) de protección de los derechos humanos antes que cualquier tipo de sanción jurisdiccional (nacional o internacional) basadas en el *hard law*. Véase David Forsythe, *Human Rights in International Relations*, Cambridge: Cambridge University Press, 2012, pp. 14 ss.

¹¹⁰ El principio de justicia exige que la misma justicia se lleve a cabo tanto contra los autores que han sido vencidos como contra los autores poderosos que aún no lo han sido. Véase Otfried Höffe, o. cit. (nota 89), p. 265. Como dice: “La justicia se tiene que imponer en todo lugar, durante todo el tiempo, para las víctimas y los autores y, por todo eso, a través del sistema legal general” (traducción libre). Ibídem, p. 267.

¹¹¹ Ello porque una paz duradera no puede estar basada en criterios de sumisión, que, entre otras cosas, puedan derivar en una justicia arbitraria y poner a la paz en una situación de fragilidad que dependa de la relación de fuerzas. Höffe opone a la máxima “*si vis pacem, para bellum*” (‘si deseas la paz, prepárate para la guerra’) aquella otra: “*si vis pacem, para iustitiam*” (‘si deseas la paz, proporciona justicia’ y la regla del Estado de derecho), en cuanto “*opus iustitiae pax*” (‘la paz es fruto de la justicia’). Véase Otfried Höffe, o. cit. (nota 89), p. 267.

¹¹² Véase Jon Elster, “Justice, truth, peace”, en Morten Bergsmo y Pablo Kalmanovitz, (eds.), *Law in peace negotiations*, Oslo: International Peace Research Institute, 2009, pp. 21 s., 26 ss.

¹¹³ Otfried Höffe, o. cit. (nota 89), p. 266.

6. Los controles de constitucionalidad y de convencionalidad: aplicación del derecho como lucha de resistencia y límite a la política

1. La función de la Corte IDH también puede ser analizada desde el punto de vista positivista, sin que ello signifique adoptar esta posición teórica. La teoría del derecho contemporánea se ha asumido como una indagación sobre la praxis judicial concentrada en dos preguntas básicas: ¿cómo deben ser los ordenamientos jurídicos? y ¿cómo deben aplicar los jueces el derecho?¹¹⁴ Aunque ambas preguntas están relacionadas y se influyen correlativamente, aquí nos interesa el segundo aspecto controvertido, el que se relaciona con la forma de interpretación del derecho abstracto al caso concreto y las fronteras entre la política y la justicia (lo político y lo jurídico) en tiempos de activismo judicial.¹¹⁵ Esa frontera, en todo caso, viene dada por la materia en la que el juez se desenvuelve y por la finalidad de la rama jurídica en la que dirime el conflicto. Según las teorías constructivistas cuanto mayor coherencia y legitimidad se reconozca al sistema jurídico, mayor debería de ser la neutralidad judicial; de modo que frente a un sistema armónico y completo la función judicial se limita a seguir las técnicas de interpretación allí estipuladas.¹¹⁶

La Corte IDH, sin embargo, parece adoptar la posición de las teorías críticas que exigen un compromiso subjetivo cuasipolítico del juez que dirime conflictos entre intereses enfrentados. En mi opinión, sin desconocer que la Corte IDH tiene que lidiar con casos difíciles y con Estados reticentes, generalmente se encarga de dirimir conflictos relacionados con derechos insatisfechos de víctimas individuales o grupos de víctimas respecto a las obligaciones de protección de los Estados que están previamente descritas en la CADH y que ya han pasado por el filtro político de la Com IDH. En ese sentido

¹¹⁴ “De una parte, ¿los sistemas jurídicos son internamente coherentes o incoherentes? Y de otra, ¿los jueces son aplicadores neutrales de normas jurídicas o creadores de derecho inspirados por razones políticas y morales?”. Véase César Rodríguez, “Una crítica contra los dogmas de la coherencia del derecho y la neutralidad de los jueces. Los estudios críticos del derecho y la teoría de la decisión judicial”, en Duncan Kennedy, *Libertad y restricción en la decisión judicial*, Bogotá: Siglo del Hombre, 1999, p. 19.

¹¹⁵ A favor de controlar la creación del derecho por parte de los jueces y de mantener estándares claros de interpretación, véase Otfried Höffe, o. cit. (nota 89), pp. 260 s.

¹¹⁶ El Estado de derecho se sostiene por medio de la sanción e implementación de normas de una manera no arbitraria y armónica, como dice Norrie: “Esto depende de un sistema de normas que no se contradigan a sí mismas, que sean consistentes y coherentes”. Ello requiere que los jueces reconozcan y obedezcan las reglas existentes a través de un sistema de estándares preestablecidos. Véase Alan Norrie, *Crime, Reason and History. A Critical Introduction to Criminal Law*, Beccles y Londres: Butterworths, 2.ª ed., 2001, p. 8 (traducción libre).

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

el derecho escrito como sistema armónico (la CADH) debería ser considerado según sus disposiciones y su espíritu, pero no puede quedar como rehén de la ideología de sus aplicadores y de las cambiantes circunstancias políticas (de las que se encarga la Com IDH). La CADH tiene que ser interpretada según principios propios de la justicia y con la prudencia que un intérprete último debe adoptar para sentar criterios duraderos.¹¹⁷ Lo dicho no significa aceptar que la interpretación del derecho obedece a reglas de la lógica pura, sino que existen circunstancias sociales y de la realidad que limitan la discrecionalidad del intérprete.¹¹⁸ Existen estándares jurídicos que deben ser respetados al interpretar y ejecutar el derecho, incluso por las últimas instancias judiciales.¹¹⁹ En resumidas cuentas, el juez tiene prohibido *cambiar las leyes* mediante su interpretación.¹²⁰ Es evidente que en todo grupo social que se sujeta a normas de conducta no se requiere que todos los miembros se identifiquen con los comportamientos regulados sino que exista una base fidedigna o de confianza, de modo que estos puedan ser predecibles.¹²¹

2. De todas formas, e independientemente de la disputa teórica, en cualquier sistema (nacional o supranacional) regido por el principio Estado de derecho, los derechos humanos son el límite a las interpretaciones de los textos normativos en perjuicio de los derechos humanos allí contenidos.¹²² La Corte IDH (como la Corte Penal Interna-

¹¹⁷ Véase Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Londres: Duckworth, 1977, pp. 150 ss., 162. Véase que según Kantorowicz la interpretación literal incluso en caso de lagunas tiene límites objetivos impuestos por el propio texto. Según este autor no hay forma de distinción posible entre actos legales o ilegales de un juez o entre decisiones justificables o injustificables (pues todos son *reales*) si no se recurre a criterios jurídicos (que son una cosa distinta de los comportamientos reales). Hermann Kantorowicz, "Some rationalism about realism", *Yale Law Journal*, vol. 43 (1934), pp. 1240 ss.

¹¹⁸ Con relación a la teoría del *realismo jurídico* y sus críticas acerca de la certeza del derecho como valor jurídico fundamental, véase Giovanni Tarello, *Il realismo giuridico americano*, Milán: Giuffrè, 1962, pp. 8 ss.

¹¹⁹ Herbert Hart, *The concept of law*, Oxford: Clarendon Press, 2.ª ed., 1994, pp. 124 ss., 141 ss. Según Hart, la ley o la Constitución no pueden ser aquello que los jueces (arbitrariamente) decidan que son, pues aun los jueces superiores que no están sometidos a ninguna otra instancia revisora están sometidos a reglas jurídicas. *Ibidem*, p. 145. Los jueces aplican y se someten a estos estándares, pero no son sus creadores. En sus palabras: "The adherence of the judge is required to maintain the standards, but the judge does not make them". *Ibidem*, p. 146.

¹²⁰ Véase Duncan Kennedy, o. cit. (nota 114), pp. 96 s.

¹²¹ *Ibidem*, p. 147. Véase que las normas de la moral (los sistemas morales) cambian según la cultura; sin embargo, la legalidad es un subgrupo que permanece constante. Véase Eric Posner, "Transitional Prudence: A comment on David Dyzenhaus, 'Leviathan as a Theory of Transitional Justice'", en Melissa Williams et al. (eds.), *Transitional Justice*, Nueva York y Londres: New York University Press, 2012, p. 222. De todas formas, este autor sugiere que la justicia (en particular la de transición) no se mueva por pasiones ni por ideologías, sino que sea producto de la prudencia. *Ibidem*, p. 231.

¹²² La idea de Estado de derecho (*Rechtsstaat*) se fundamenta y legitima en el reconocimiento de los derechos esenciales de los seres humanos, lo que implica la exclusión de cualquier ejercicio arbitrario del poder y el respeto de las garantías contenidas en la Constitución, incluidas las cortes de justicia. Véase Giorgio Del Vecchio, "On the Functions

cional) se encuentra legitimada y limitada a la misma vez por los derechos humanos.¹²³ La Corte IDH actúa como intérprete de la CADH por concesión de los Estados, que le encomiendan velar por la protección de los derechos sometiendo a su criterio, que previamente ha sido limitado por el texto pactado.¹²⁴ El legislador es el Estado y la Corte IDH solo el intérprete, a quien le está vedada la creación de nuevo derecho. La Corte IDH solo es *la boca que pronuncia las palabras de la ley* (para decirlo en palabras de Montesquieu), si bien ella tiene la potestad de argumentar (para decirlo en palabras de Alexy) e integrar mediante la interpretación con ciertos límites provenientes del espíritu de la ley cuando decide el caso concreto.¹²⁵ Las interpretaciones de la ley luego tienen que ser ejecutadas en un *mundo concreto*, rodeado de sus propias circunstancias y con características propias.¹²⁶

La doctrina no es conteste sobre cuál es el método de interpretación correcto; lo cierto es que el problema tampoco puede ser resuelto por la jurisprudencia.¹²⁷ Esto no significa negar la potestad integradora que tiene el juez, sino sujetarla a estándares de prudencia que no renuncian a la justicia como espíritu de la ley.¹²⁸ En realidad se trata

and Aims of the State", en *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, Indianapolis: Editorial Council, 1962, p. 143. El principal deber del Estado es la protección de los derechos naturales de sus ciudadanos. *Ibidem*, p. 147.

¹²³ Véase Gerhard Werle, o. cit. (nota 102), p. 101. Como dice: "también el acusado de un crimen de derecho internacional tiene derecho a un proceso penal justo, que se corresponda con los principios y estándares de los derechos humanos". *Ibidem*, p. 102.

¹²⁴ Ello no implica desconocer la naturaleza creativa de la interpretación de la ley, que debe someterse a las reglas de lo razonable o sensato (*reasonable rules*), pero que no pueden interpretarse siguiendo meras reglas de la lógica. Las reglas implican tener en cuenta la realidad social en la que operan la interpretación y los valores, fines y otras condiciones sociales en juego al momento de la sentencia. Véase Luis Recaséns-Siches, "The logic of the Reasonable as Differentiated from the Logic of the Rational (Human Reason in the Making and the Interpretation of the Law)", *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, o. cit. (nota 123), p. 194.

¹²⁵ Es curioso ver cómo los jueces de la Corte IDH actúan de un modo similar a los jueces del sistema *common law* (descubriendo la ley), cuando la casi totalidad de los Estados sometidos a su jurisdicción pertenecen al sistema continental o *civil law* y se someten a sus reglas de interpretación y aplicación. Sobre la función de interpretación jurídica apegada a textos, véase Riccardo Guastini, *Della fonti alle norme*, 2.^a ed., Turín: Giappichei, 1992, pp. 33 ss. Sobre la interpretación según la denominada *lógica de lo humano*, véase Luis Recaséns-Siches, o. cit. (nota 124), pp. 213 ss.

¹²⁶ Y ese mundo concreto es limitado, pues ofrece algunas posibilidades pero carece de otras. *Ibidem*, p. 214. La lógica de lo razonable está limitada por las circunstancias concretas de aplicación y por las condiciones sociales (incluso históricas) que rodean a esas reglas legales. *Ibidem*, pp. 215-217.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 218. La doctrina y la jurisprudencia, por ejemplo, se afilian a las reglas de la "sana crítica" que solo pueden ser enunciadas como "reglas del entendimiento humano y de la experiencia", las cuales tampoco sirven para explicar las reglas de la interpretación.

¹²⁸ Incluso cuando se parte de una concepción de la justicia basada en el daño inferido a la víctima y en su reparación como forma de hacer justicia. Véase Manuel Reyes Mate, *Tratado de la injusticia*, Barcelona: Anthropos, 2011, pp. 261, 270. Así como si se parte de la injusticia cometida a la víctima como elemento esencial de la justicia y no

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

de encontrar la solución más adecuada para resolver un conflicto en particular, un caso concreto rodeado de determinadas circunstancias sociales y con concretos valores en juego, según reglas de la experiencia, la razón y el entendimiento humano.¹²⁹ Esto también se aplica para la denominada justicia de transición, pues sus consecuencias repercuten en un momento histórico-social determinado. Si bien las condiciones sociales cambian, la base de la interpretación es el texto concreto a ser interpretado y ejecutado.¹³⁰

Con su jurisprudencia constante, la Corte IDH obliga a los Estados a ejecutar resoluciones que no solo surgen del texto y el espíritu de la CADH, sino de sus interpretaciones extensivas o evolutivas (*creadoras y ampliadoras*) de derechos y obligaciones. En ocasiones, al interpretar la CADH, la Corte IDH supera los límites impuestos por el tratado internacional mediante teorías de la interpretación que la convierten en legislador,¹³¹ pero, además, luego exige que esto sea cumplido de buena fe por los Estados (apelando al derecho que regula el cumplimiento de los tratados, que en puridad de conceptos son acuerdos sometidos a la reciprocidad entre Estados). El problema se agrava cuando la teoría extensiva o evolutiva que utiliza la Corte IDH se refiere al derecho penal y deviene en analogía *in malam partem*, que luego tiene que ser ejecutada por las autoridades nacionales con el riesgo de contradecir el ordenamiento jurídico.¹³² La Corte IDH, de esta forma, no solo realiza una función legislativa que le está prohibida, sino que esta no superaría el control de constitucionalidad en el orden nacional.

3. Al momento de interpretar la CADH para aplicar a un caso concreto, el sistema interamericano debería evitar problemas lógicos o sistémicos que deriven en la denominada *inconsistencia* de una resolución.¹³³ De este modo, por ejemplo habría que armonizar las interpretaciones de la Com IDH con las de la Corte IDH, de tal forma que las

como el frío enunciado de principios abstractos. Véase Bartolomé Ruiz Castor, "Justiça anamnética e alteridade ferida, por uma justiça das vítimas", en Bethania Assy et al. (coords), *Direitos humanos. Justiça, verdade e memória*, Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2012, pp. 49 ss.

¹²⁹ La interpretación sigue una lógica de lo razonable que se tiene que ajustar al texto interpretado, pues ella no puede deducir de aquellas situaciones no previstas o que no se puedan derivar propiamente de la regla analizada. Véase Luis Recaséns Siches, o. cit. (nota 124), p. 221.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 219.

¹³¹ Según Guastini, "En derecho, la interpretación es típicamente reformulación de los textos normativos de las fuentes"; el intérprete está sujeto a la norma, no puede "producir la norma" mediante la interpretación. "Una cosa es decidir cuál es el significado de una disposición; otra, construir una 'disposición' (apócrifa) inexistente". Véase Riccardo Guastini, *Estudios sobre la interpretación jurídica* (trad. Gascón y Carbonell), México: UNAM, 1999, pp. 5 ss., 69.

¹³² Sobre las diferencias entre interpretación evolutiva o extensiva y analógica, *ibidem*, pp. 70 ss.

¹³³ Sobre el tema Alf Ross, *Direito e justiça* (trad. Bini), San Pablo: Edipro, 2.ª ed., 2007, pp. 158 ss.

resoluciones de una no contradigan las de la otra. No es coherente desde un punto de vista sistémico que la Com IDH determine que el sistema penal uruguayo es contrario a la CADH y que en la primera sentencia de condena contra el Uruguay la Corte IDH exija no solo la aplicación de ese mismo sistema penal sino que además se aplique disminuyendo aún más las garantías procesales. El sistema interamericano requiere mayor coherencia interpretativa (desde un punto de vista jurídico) al momento de emitir sus resoluciones para que estas no se vuelvan contradictorias.

4. En lo que a este trabajo importa, la Corte IDH es el órgano interpretación de la CADH y la SCJ de Uruguay es el órgano de aplicación o ejecución,¹³⁴ dos tareas que, si bien están relacionadas, son totalmente diferentes.¹³⁵ La tarea de interpretación no tiene asignados los valores de veracidad¹³⁶ y mucho menos puede incorporar un significado propio a la norma, a cuyo texto se sujeta.¹³⁷ Aquello que ha sido interpretado por la Corte IDH tiene que ser aplicado por la SCJ, encargada de los controles de constitucionalidad y convencionalidad en lo que refiere al ordenamiento jurídico uruguayo.¹³⁸ En ese sentido quedan algunas preguntas sin responder: ¿Debe el Uruguay aplicar o ejecutar las sentencias de condena de la Corte IDH cuando una parte de ellas no superaría el control de constitucionalidad y/o de convencionalidad en el orden interno? ¿Cuál es el límite entre un cumplimiento total o parcial y un incumplimiento que amerite la responsabilidad internacional?

¹³⁴ Según reconoce la SCJ en la sentencia del caso *Sabalsagaray*, de 2009, ella es el órgano máximo de contralor incluso para las decisiones populares producto del ejercicio de democracia directa (plebiscito y referéndum, artículos 4 y 82 de la Constitución uruguaya). Pablo Galain Palermo, "Übergangsjustiz und Vergangenheitbewältigung in Uruguay", *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, de próxima publicación.

¹³⁵ "La interpretación tiene como objeto no ya normas, como se sostiene, sino más bien textos normativos, mientras que la aplicación tiene por objeto normas en sentido estricto (entendidas como el contenido de sentido de los textos normativos). Por tanto, la aplicación no coincide con la interpretación por la buena razón de que la presupone o la incluye como una parte constitutiva [...] el término 'aplicación', especialmente si se refiere a órganos jurisdiccionales, designa un conjunto de operaciones que incluyen, junto a la interpretación propiamente dicha, ya sea la calificación de un supuesto de hecho concreto (Tizio ha cometido tal delito), ya sea la decisión de una específica controversia (Tizio debe de ser castigado con tal pena)". Riccardo Guastini, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, o. cit. (nota 131), p. 10.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 13.

¹³⁷ Véase Alf Ross, o. cit. (nota 133), pp. 135 ss.

¹³⁸ Véase Carlos Ayala, "La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Estudios Constitucionales*, vol. 5, n.º 1, Universidad de Talca, 2007, p. 131; Carlos Ruiz Miguel, "El largo y tortuoso camino...", o. cit. (nota 76), pp. 27 ss.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

5. ¿Pueden erigirse principios superiores del derecho en un límite a la interpretación judicial que responde a una orientación política de lucha contra la impunidad?¹³⁹ Esta pregunta aquí no puede ser respondida. La existencia de “un conjunto de normas imperativas cuya violación lleva a la nulidad de la disposición que las contradice (normas de *ius cogens*)” que tienen como objetivo la protección de los derechos humanos¹⁴⁰ no tiene por qué tener como correlato que se las utilice en una lucha política contra la impunidad de un modo excluyente en relación con los derechos humanos que protegen al individuo frente al Estado o la comunidad de Estados.¹⁴¹ La Corte IDH acompaña el desarrollo del derecho internacional que deja de ser un sistema de cooperación para convertirse en uno de defensa de determinados intereses, a los que los Estados parte se tienen que plegar.¹⁴² Así, la Corte IDH se erige en el órgano con preeminencia sobre los órganos nacionales (parlamentarios o judiciales), sometidos a sus designios.¹⁴³

La exigencia del control de convencionalidad al que se deben someter las normas internas con relación a su contradicción con las internacionales permite a la Corte IDH dictaminar la remoción de cualquier norma que pueda llegar a contradecir una norma

¹³⁹ Una posible respuesta a estas interrogantes proviene de Malarino, quien cuestiona y rechaza la obligatoriedad de cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH, que solo constituyen una orientación para los aplicadores nacionales del texto de la CADH. Véase Ezequiel Malarino, “Acerca de la pretendida obligatoriedad de la jurisprudencia de los órganos interamericanos de protección de derechos humanos para los tribunales judiciales nacionales”, en K. Ambos, E. Malarino y G. Elsner (eds.), o. cit. (nota 65), pp. 428 ss.

¹⁴⁰ Un sector de la antropología es muy crítico del concepto de derechos humanos construido por el derecho internacional según una cosmología universalista cristianocéntrica o eurocéntrica proveniente de la “colonización” de América. Este concepto de derechos humanos es excluyente porque desconoce otras visiones del orden mundial y de la dignidad del hombre y asume la exclusión de esas otras cosmologías del objeto de protección. Véase Ramón Grosfoguel, “Los derechos humanos y el antisemitismo después de Gaza”, *Universitas Umanistica*, 68, Bogotá, 2009, pp. 157-177. La sociología se refiere a un nuevo paradigma que pregona la coexistencia y una legalidad incluyente que está fundada en la conciencia del sufrimiento humano para construir un derecho prudente y no indolente. Véase Walter Mignolo, “Splendors and Miseries of Science: Coloniality, Geopolitics of Knowledge, and Epistemic Pluriversality”, en Boaventura Santos (ed.), *Cognitive Justice in a Global World*, Londres: Lexington Books, 2007; Gustavo Rojas, “Comentario. Raíces latinas: El imperialismo y la formación del derecho moderno”, en Peter Fitzpatrick, *El derecho como resistencia: modernismo, imperialismo, legalismo*, Bogotá: Siglo del Hombre, 2010, p. 157.

¹⁴¹ Véase Peter Fitzpatrick, “La infamia del derecho” (trad. Rojas Páez), en Peter Fitzpatrick, o. cit. (nota 140), pp. 177 s.; Bartolomé De las Casas, *De Regia Potestate* (edición al cuidado de Guiseppe Tosi), Bari: Laterza, 2007; Danilo Zolo, *I signori della pace. Una critica del globalismo giuridico*, Roma: Carocci, 2001, pp. 53 ss., 59.

¹⁴² Van Zyl nos recuerda que las políticas relacionadas con la justicia de transición pudieron ser llevadas a la práctica gracias al soporte monetario brindado por instituciones supranacionales como inversiones utilizadas por los *peace-building* en situaciones posconflicto. Paul Van Zyl, “Promoting transitional justice in post-conflict societies”, en Félix Reátegui (ed.), *Transitional Justice. Handbook for Latin America*, Brasilia y Nueva York: Brazilian Amnesty Commission, Ministry of Justice, e Internacional Center for Transitional Justice (ICTJ), 2011, pp. 45 s.

¹⁴³ Véase Alejandro Pastoril Fillol, o. cit. (nota 54), p. 184.

imperativa de *ius cogens*. En la sentencia *Gelman* la Corte IDH reiteró el criterio formulado en *Barrios Altos* para las amnistías,¹⁴⁴ en cuanto que la Ley de Caducidad no solo carece de efectos jurídicos sino que tiene que ser removida del orden jurídico nacional, porque no supera el control de convencionalidad y su no remoción supone para el Uruguay responsabilidad internacional (hasta tanto sea removida). La Corte IDH rechaza luego cualquier justificación basada en criterios de democracia que no legitiman los obstáculos a la persecución penal de determinados crímenes. De este modo, una ley de amnistía¹⁴⁵ o un mecanismo de justicia de transición (que es en esencia la Ley de Caducidad) aprobado por un parlamento democrático y una ratificación (mejor dicho, dos ratificaciones) popular en ejercicio de democracia directa no tienen ningún valor jurídico y generan responsabilidad internacional del Estado cuando se oponen a la política criminal de lucha contra la impunidad.¹⁴⁶ Esta lucha de política (criminal), según la Corte IDH, es necesaria para la defensa de los derechos humanos (norma de *ius cogens*) y para la reparación de las víctimas.¹⁴⁷ Con buen criterio la Corte IDH extiende el control de convencionalidad al ejercicio de la democracia directa, en tanto no se puede decidir con principios de democracia ni razones de mayoría cuestiones atinentes a los derechos humanos.¹⁴⁸ De esta forma, no hay lugar a duda de que los derechos de cualquier minoría estarán protegidos y contenidos dentro del concepto de derechos humanos, y frente

¹⁴⁴ Cf. Corte IDH, caso *Gelman contra Uruguay*, cit. (nota 13), § 232; caso *Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros) contra Perú* (fondo), sentencia de la Corte IDH de 14 de marzo de 2001, serie C, n.º 75, § 44; caso *La Cantuta contra Perú* (fondo, reparaciones y costas), sentencia de 29 de noviembre de 2006, serie C, n.º 162, § 175, y caso *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) contra Brasil* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), sentencia de 24 de noviembre de 2010, serie C, n.º 219, § 11, 174.

¹⁴⁵ “Adicionalmente, al aplicar la Ley de Caducidad (que por sus efectos constituye una ley de amnistía) impidiendo la investigación de los hechos y la identificación, juzgamiento y eventual sanción de los posibles responsables de violaciones continuadas y permanentes como las desapariciones forzadas, se incumple la obligación de adecuar el derecho interno del Estado, consagrada en el artículo 2 de la Convención Americana”. Corte IDH, caso *Gelman contra Uruguay*, cit. (nota 14), § 240.

¹⁴⁶ Está fuera de discusión que, como sostiene la Corte IDH en el caso *Gelman*, las mayorías deben asegurar a las minorías el respeto de sus derechos, y en ese sentido, debería quedar claro que esta tarea no puede estar sujeta a los acontecimientos políticos (llámese *justicia de los vencedores*, o depender de una política de gobierno determinada). Por el contrario, estos derechos tienen que estar protegidos de un modo permanente y objetivo en todo tiempo y en todo lugar. En sentido similar Ronald Dworkin, o. cit. (nota 117), p. 205; también Tatiana Rincón, “Democracia y derechos humanos: la sentencia de la Corte IDH en el Caso *Gelman contra Uruguay*”, en Pablo Galain Palermo (ed.), *Justicia de transición*, en vías de publicación.

¹⁴⁷ Caso *Gelman*, § 238.

¹⁴⁸ Caso *Gelman*, § 239. Argumentos que ya habían sido utilizados en el orden interno por la SCJ en el caso *Sabalsagaray* (sentencia 365, de 2009).

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

a cualquier violación de estos el Estado está obligado a investigar y, en su caso, sancionar a los responsables.¹⁴⁹

La Corte IDH, entonces, exige el respeto de todas las garantías de seguridad para las víctimas, los testigos y los operadores de la justicia, pero omite referirse a las garantías materiales y formales de los presuntos autores.¹⁵⁰ Entre las garantías exigidas, la Corte IDH omite mencionar aquellas que protegen al indagado en su devenir procesal como imputado y condenado,¹⁵¹ omisión que parece haber sido consciente en tanto la Corte IDH luego exige la remoción expresa de aquellas garantías básicas de todo justiciable:

En consecuencia, el Estado debe disponer que ninguna otra norma análoga, como *prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, ne bis in idem* o *cualquier excluyente similar de responsabilidad*, sea aplicada y que las autoridades se abstengan de realizar actos que impliquen la obstrucción del proceso investigativo.¹⁵²

Esta disminución de garantías en relación con los justiciables para favorecer o facilitar el poder punitivo estatal implica desconocer las bases liberales sobre las que se construyó el sistema penal moderno a partir de la obra de Beccaría. Esta política solo puede ser vista de manera crítica, y tiene que ser limitada al momento de la aplicación de la justicia en una *sociedad justa* (*gerechte Gesellschaft*), en la que rige el concepto de dignidad humana.¹⁵³ En este lugar no puedo ahondar más sobre este aspecto; solo me resta decir que el cumplimiento de esta obligación de punir disminuyendo las garantías del debido proceso puede significar que Uruguay no solo viole la Constitución sino también la CADH.¹⁵⁴

¹⁴⁹ Caso *Gelman*, § 252.

¹⁵⁰ Caso *Gelman*, § 255.

¹⁵¹ Sin embargo, la Declaración de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena, de 25.6.1993, sostuvo: "Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso".

¹⁵² Caso *Gelman*, § 254. Cursivas añadidas.

¹⁵³ Véase Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, Fráncfort: Suhrkamp, 1992, p. 504.

¹⁵⁴ Véase Ronald Dworkin, o. cit. (nota 117), p. 184. La Corte IDH no es una última instancia con relación al sistema judicial uruguayo cuyo lugar es ocupado por la SCJ. Véase Héctor Gros Espiell, "El procedimiento contencioso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Derechos humanos*, Lima: Cultural Cuzco, 1991, cap. XXI, pp. 431 ss. Según Risso: "El juez competente se enfrentará a un caso concreto, con las particularidades que cada caso tiene, y advertirá: a) por un lado, que debe cumplir la sentencia internacional que dice que ciertas situaciones no pueden impedir la responsabilidad, y b) por otra parte, normas de derecho interno (e incluso en algún caso el propio artículo 8.4 de la Convención) que establecen limitaciones a la responsabilidad penal [...] el juez deberá cumplir con la sentencia,

6. El problema central es determinar si la Corte IDH puede interpretar la CADH con desconocimiento de la doctrina del estándar máximo de protección¹⁵⁵ o, incluso, en perjuicio de los derechos allí contenidos, y exigir la restricción de las garantías procesales del justiciable para cumplir con una política de lucha contra la impunidad¹⁵⁶ o un derecho de satisfacción de la víctima por medio del castigo penal.¹⁵⁷ Según la lógica que ha seguido este trabajo, hay que responder que la SCJ debe ejecutar la sentencia de la Corte IDH aplicando un criterio de razonabilidad que, por un lado, se oponga a cualquier interpretación arbitraria o analógica del texto de la CADH¹⁵⁸ y, por otro, permita la reparación de las víctimas sin merma de la protección de los derechos humanos contenidos en la CADH.¹⁵⁹

pero tendrá también sobre la mesa los derechos humanos de los presuntos violadores de derechos humanos y todo lo que surja del caso particular. Y es sobre estos parámetros que en cada caso se deberá buscar la mejor solución y la que resulte conforme a derecho". Véase Martín Riso, "Cumplimiento de las sentencias...", o. cit. (nota 11), p. 94.

155 Sentencia del caso *Hauer (Liselotte Hauer contra Land Rheinland-Pfalz)*, Tribunal Europeo de Justicia, 13.12.1979, C-44/79. Carlos Ruiz Miguel, "El largo y tortuoso camino...", o. cit. (nota 76), p. 33. Véase Arthur Kaufmann, "Demokratie - Rechtsstaat - Menschewürde: Zur Rechtsphilosophie Gustav Radbruchs", en Arthur Kaufmann, *Über Gerechtigkeit*, Colonia (Alemania): Carl Heymanns, 1993, p. 475. En la doctrina uruguaya, por todos, Martín Riso, *Algunas garantías...*, o. cit. (nota 16), p. 138.

156 Crítico, Jesús Silva Sánchez, "¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la 'lucha contra la impunidad' y del 'derecho de la víctima al castigo del autor'", *Revista Electrónica de la Facultad de Derecho*, Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología (ULACIT), Costa Rica, n.º 1, julio 2011, p. 52. Como dice Silva: "En efecto, la imposición y ejecución de una pena desconectada de tales razones y justificada por necesidades de la víctima no sería sino venganza institucionalizada bajo un manto de supuesta racionalidad". *Ibidem*, p. 53.

157 Véase José Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, Coimbra: Almedina, 4.ª ed., 2004, p. 469.

158 Como la propia Corte IDH ha sostenido en la opinión consultiva OC-14/94, de 16.12.1994, "si el Estado ha contraído la obligación de adoptar determinadas medidas, con mayor razón está obligado a no adoptar aquellas que contradigan el objeto y el fin del tratado (en el caso, la Convención Americana)". Véase Rolando Gialdino, "Judicialidad de los derechos humanos, económicos, sociales y culturales", en *Derechos humanos en situaciones de crisis en Uruguay*, o. cit. (nota 83), p. 140. Hay quien sostiene que Uruguay no puede actuar contra el texto de la Constitución y de la propia CADH desconociendo garantías básicas de los justiciables. Véase Alejandro Pastori Fillol, o. cit. (nota 55), p. 190. Según este autor no se trata de desconocer la jurisdicción de la Corte IDH sino ese fallo en particular. De similar opinión Daniel Ochs, "El fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos *Gelman contra Uruguay*", o. cit. (nota 39), pp. 101 ss.

159 Véase también Martín Riso, *Algunas garantías...*, o. cit. (nota 16), pp. 134 ss. El principio de "prohibición de retroceso social" o el de "prohibición de evolución reaccionaria" pueden oponerse por parte del Estado cuando la Corte IDH lo obliga a desconocer las garantías en el proceso penal para permitir la investigación y condena de los autores de crímenes internacionales y/o graves violaciones de los derechos humanos.

7. A modo de conclusión

1. Uruguay está obligado a cumplir con los dictámenes del sistema interamericano de protección de los derechos humanos y a proteger los derechos humanos según el estándar máximo de protección. Además, está obligado a realizar controles de convencionalidad y de constitucionalidad relacionados con el texto de la CADH.

2. Las sentencias de la Corte IDH han influido, principalmente, en la jurisprudencia penal uruguaya de primera instancia, pero no han encontrado eco en las instancias judiciales superiores. Hasta el momento de escribir este informe, ellas no han tenido influencia en la normativa jurídico-penal o constitucional; especialmente, se mantiene el incumplimiento del Estado uruguayo en cuanto a la reforma del proceso penal.¹⁶⁰

3. Según la Com IDH el Uruguay tiene un proceso penal contrario al espíritu de la CADH, de modo que su utilización debería ser respaldada solo en aquellos casos en que deviene estrictamente necesario y en aplicación de todas las garantías procesales posibles.¹⁶¹ Sobre esta base, el recurso al derecho penal en Uruguay debe quedar circunscrito a los casos estrictamente necesarios, y cuando ello acontece se deben respetar todas las garantías y principios básicos del Estado de derecho, como el debido proceso, la seguridad jurídica, la igualdad ante la ley y la dignidad humana.

4. El Estado uruguayo está obligado por la CADH a reparar a las víctimas por cualquier mecanismo que no signifique una lesión contra los derechos humanos de los autores. Los autores de los crímenes internacionales y de las más graves violaciones de los derechos humanos que se valieron de las estructuras del Estado para cometerlos e inmunizarse de todo castigo, como sucedió con Raskolnikow de Dostoievski,¹⁶² tienen su destino moralmente atado a la culpa por el crimen cometido; pero un Estado de derecho, por el contrario, tiene su destino ligado a la protección absoluta de los derechos humanos, a los que tiene que proteger incluso de las interpretaciones del derecho.¹⁶³ Los

¹⁶⁰ Véase Com IDH, informe 86/09, caso 12 553 (fondo), *Jorge, José y Dante Peirano Basso contra República Oriental del Uruguay*, 6.8.2009. <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2009sp/Uruguay12553.sp.htm>>.

¹⁶¹ De la misma opinión, exigiendo un ligamen entre derecho penal como *ultima ratio*, finalidad de la pena y dignidad humana, Brigitte Kelker, o. cit. (nota 82), p. 1690.

¹⁶² Sobre el tema, Horst-Jürgen Gerigk, "Verbrechen und Strafe-Eine Einführung in Dostojewskijs ersten großen Roman", M. Oehmichen y D. von Engelhardt (eds.), *Schuld und Sühne, Verbrechen und Strafe*, Lübeck: Schmidt-Römhild, 2005, pp. 42 ss.

¹⁶³ A diferencia de Raskolnikow, los exterroristas de Estado no han acudido voluntariamente al sistema penal para "expiar su culpa", sino que se han protegido con el silencio o la mentira del reproche y de la pena. En un siste-

responsables de las más graves violaciones a los derechos humanos tienen que ser sometidos a la justicia penal del Estado de derecho (basada en el *rule of law*), no a una justicia penal de vencedores que responda a la interrelación de fuerzas políticas.

5. Este trabajo aboga por una interpretación y un ejercicio prudente del derecho. Si consideramos que los estándares utilizados para interpretar y ejecutar la ley provienen de la voluntad de quien ejerce el poder, el gran tema es cómo limitamos el ejercicio del poder y la instrumentalización del derecho. Frente a cuestiones de tanto valor y trascendencia social como son las sentencias de la Corte IDH, especialmente cuando deciden sobre temas relacionados con la justicia de transición, hay que exigir a los jueces una actuación sumamente cautelosa. Los exabruptos y arbitrariedades relacionados con la aplicación del derecho y el activismo político solo pueden ser controlados por una jurisprudencia que epistemológicamente se funde en la prudencia (*iurisprudencia*) al interpretar y ejecutar los textos legales. Esto no significa negar la potestad integradora que tiene el juez, sino sujetarla a estándares de prudencia que no renuncien a la justicia como el espíritu de la ley.¹⁶⁴ En realidad se trata de que la interpretación judicial no reproduzca sino contenga la espiral de violencia inmanente al ejercicio del poder.

ma de derecho la lucha contra la impunidad no puede obligarlos a colaborar con la verdad procesal ni los puede despojar de otras garantías fundamentales; ellos no pueden ser obligados a ofrecernos la prueba de la condena, pero sí pueden contarnos su versión de los hechos y colaborar con el conocimiento de la verdad histórica o fáctica. También pueden pedir perdón a las víctimas y colaborar con la elaboración del pasado y la reconciliación de la sociedad todavía enfrentada. La reparación de las víctimas legitimada por el descubrimiento de la verdad difícilmente se puede lograr por medio del derecho penal. Otros mecanismos deberían ser exigidos por la propia Corte IDH para reparar a las víctimas y permitir el conocimiento de la verdad. Véase sobre estos aspectos, Hans Vest, *Gerechtigkeit für Humanitätsverbrechen?*, Tubinga: Mohr Siebeck, 2006, pp. 28 ss.; A. Eser, J. Arnold y H. Kreicker (eds.): *Strafrecht in Reaktion auf Systemunecht. Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse*, Friburgo: Iuscrim, 2001; Gerhard Werle, "Die juristische Aufarbeitung der Vergangenheit: Strafe, Amnestie oder Wahrheitskommission?", en F- Muñoz Conde y T. Vormbaum (eds.), *Transformation von Diktaturen in Demokratien und Aufarbeitung der Vergangenheit*, Humboldt-Kolleg an der Universität Pablo de Olavide, Sevilla, 7-9. Februar 2008, Berlín: De Gruyter, 2010, pp. 16 ss.

¹⁶⁴ Y ello no significa adoptar una posición iusnaturalista ni una negación de la justicia restaurativa o de que la justicia se mida según el daño causado a la víctima, pues se puede adoptar esta concepción filosófica de lo justo (basada en la proporcionalidad entre la injusticia sufrida por la víctima y su reparación) y exigir prudencia al momento de ejercer la reacción estatal contra el autor. Con una perspectiva filosófica, Manuel Reyes Mate, o. cit. (nota 128); desde un punto de vista penal, Pablo Galain Palermo, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.