

## 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

Instituto MaxPlanck de Derecho penal  
extranjero e internacional

**RESUMEN:** Este informe tiene como objetivo responder a dos preguntas: ¿Uruguay está obligado a cumplir con las decisiones y resoluciones de los principales órganos interamericanos de protección de los derechos humanos?, y ¿en qué argumentos jurídicos se fundamenta dicho cumplimiento? El análisis de esta cuestión comprende la recepción y ejecución por parte de las autoridades nacionales de las decisiones interamericanas que incumben al Estado uruguayo en materia de responsabilidad por violaciones a la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH). El informe no pretende responder a la pregunta de sobre si la jurisprudencia uruguaya se adhiere a los fundamentos o razones del Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos, sino a otra cuestión específica: ¿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 Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) referidas a cuestiones de derecho penal y de los derechos materiales y formales de los justiciables.

**PALABRAS CLAVE:** Interpretación judicial, ejecución, derechos humanos, principios superiores del derecho, justicia.

\* 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 éste, 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 aborto 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.

**ABSTRACT:** *This report aims to answer two questions: Is Uruguay obliged to comply with the decisions and resolutions of the major Inter-American bodies for the protection of human rights? And on what legal arguments is such compliance based? The analysis of this matter involves the reception and implementation by national authorities of Inter-American decisions concerning the Uruguayan government liability for violations of the American Convention on Human Rights (ACHR). The report does not intend to answer the question of whether Uruguayan law adheres to the grounds or reasons of the Inter-American system of human rights protection, but it does address another specific question: Has the decision itself been met or neglected by the Uruguayan government? The analysis is carried out with a critical perspective on some requirements of the Commission regarding issues of criminal law, and the formal and material rights of individuals.*

**KEY WORDS:** *Judicial interpretation, execution, human rights, higher principles of law, justice.*

**SUMARIO:** *I. Introducción. II. La relación entre Uruguay y los tratados internacionales de protección de los derechos humanos. III. Dictámenes del Sistema Interamericano sobre Uruguay. IV. La relación entre la obligación de cumplir con los dictámenes y las condenas del Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos en el orden jurídico nacional. V. Derechos humanos e interpretación judicial. VI. Los controles de constitucionalidad y de convencionalidad: aplicación del Derecho como lucha de resistencia y límite a la política. VII. A modo de conclusión.*

## I. Introducción

Esta contribución consta de dos secciones que no están directamente relacionadas entre sí, pero que son necesarias para explicar las decisiones que toma la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) por medio de los órganos judiciales uruguayos. En la primera parte se explica la incorporación y recepción del Derecho internacional de derechos humanos al orden interno, y en la segunda se analizan los efectos de estas decisiones en el ordenamiento penal material y formal, en la praxis jurisprudencial y en los otros poderes del Estado.

Los conceptos de *decisión* y de *resolución* se consideran de forma amplia y guardan relación con todo aquello que ha sido ordenado o resuelto por la CIDH como reparación en un caso contencioso (la parte resolutive de la sentencia), con lo aconsejado por la CIDH en una Opinión Consultiva y con lo recomenda-

do por la Comisión de Derechos Humanos (ComIDH) al término de un informe (artículos 50 y 51 de la CADH). Por cuestiones de tiempo y espacio el informe se concentra en las resoluciones firmes de la CIDH contra Uruguay, en particular en la sentencia del Caso Gelman. De esta manera, 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.

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

Uruguay está sometido a la legalidad nacional e internacional por medio del principio de legalidad<sup>1</sup> pero, sobre todo, está sometido a principios democráticos y de justicia que deben ser considerados al momento de la interpretación y aplicación del derecho en ge-

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

neral.<sup>2</sup> 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 ello, la temprana vocación de adherirse a casi todos los tratados y convenciones internacionales relativas a los deberes de protección de los derechos humanos.<sup>3</sup> Así, el 11 de junio de 1969 ratificó e introdujo en el ordenamiento jurídico nacional (Ley 13.751) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) (y su Protocolo Facultativo), y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.<sup>4</sup> En cuanto al Derecho penal internacional y la prohibición de cometer crímenes internacionales, Uruguay se adhirió al Estatuto de Roma el 19 de di-

ciembre de 2000 y lo ratificó el 28 de junio de 2002. La Ley 18.026 del 25 de septiembre 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.<sup>5</sup>

El Tratado Interamericano que dio nacimiento a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (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 CIDH entró en vigencia en 1979.<sup>6</sup> Uruguay se adhirió a esta última y lo ratificó mediante la Ley 15.737 el 8 de marzo de 1985.<sup>7</sup> A partir de la sanción de esta ley Uruguay aceptó la jurisdicción de la CIDH<sup>8</sup> y al órgano político

<sup>2</sup> 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*).

<sup>3</sup> Uruguay es miembro fundador de la Organización de Naciones Unidas (ONU, 26 de junio de 1945) y de la Organización de Estados Americanos (OEA, 5 de mayo de 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 a la protección de los derechos humanos, se adhirió a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH, 2 de mayo de 1948) y a la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH, 10 de diciembre de 1948). La Ley 13.482 ratificó la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (CPSDG, 30 de junio de 1966); la Ley 13.751 implementó el Pacto Internacional y Protocolos adicionales sobre Derechos Humanos y Derechos Civiles y Políticos (PIDHDCP, 11 de julio de 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 16.294 ratificó la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (CIPST, 11 de agosto de 1992); la Ley 15.798 ratificó la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (COTPCID, 19 de marzo de 1996), y la Ley 17.914 (28 de octubre de 2005) ratificó el Protocolo de la Asamblea General ONU relativo a este crimen. Uruguay se adhirió a la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (CIPST) el 9 de diciembre de 1985, que entró a regir el 28 de febrero de 1987. La Ley 17.347 ratificó la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (CICGCLH, 13 de junio de 2001, publicada en el Diario Oficial el 19 de junio de 2001); mientras que la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (CIDFP) fue ratificada en 1994. Véase Galain Palermo, Pablo, "Comparative legal classification and international ties in Uruguay", en Sieber, Jarvers y Silvermann (eds.), *National Criminal Law in a Comparative Legal Context*, Duncker & Humblot, Berlín, en prensa.

<sup>4</sup> Asamblea General de Naciones Unidas (16 de diciembre de 1966). Con el regreso de la democracia, entre otros, en diciembre de 1985 fue ratificada la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (COTPCID); la Ley 16.279 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 Naciones Unidas el 15 de diciembre de 1989. La Ley 17.914 implementó el Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura, aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 18 de diciembre de 2002.

<sup>5</sup> Véase Galain Palermo, Pablo, "Uruguay", en Ambos, Malarino y 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*, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2006, pp. 403 y ss.

<sup>6</sup> La CADH se registró en la ONU el 27 de agosto de 1979 con el núm. 17955.

<sup>7</sup> La Ley 15.737 fue publicada en el Diario Oficial el 22 de marzo de 1985. El instrumento de ratificación de 26 de marzo de 1985 fue depositado el 19 de abril de 1985 en la Secretaría General de la OEA. Según el sitio web de la CIDH, Uruguay firmó el Tratado el 22 de noviembre de 1969, ratificó la adhesión el 26 de marzo de 1985, y depositó el Tratado el 19 de abril de 1985 RA, que es la fecha en la que se considera que aceptó la competencia de la CIDH y la ComIDH. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/Basicos/basicos3.htm>. Ésta fue la misma ley que amnistió a los presos políticos de la dictadura cívico-militar, una ley con una carga simbólica de real significancia en relación con 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 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 con lo establecido en sus artículos cuarenta y cinco, párrafo tres, y sesenta y dos, párrafo dos".

## La influencia de las decisiones de los órganos del sistema interamericano de protección

del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, la ComIDH.<sup>9</sup> Así las cosas, Uruguay se sometió voluntariamente a la jurisdicción del sistema interamericano de protección de los derechos humanos a partir del 8 de marzo de 1985,<sup>10</sup> cuyas resoluciones deben ser cumplidas.<sup>11</sup>

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. En cuanto a los tratados internacionales, hasta hace muy poco tiempo habían sido jerarquizados por debajo de la Constitución y con el mismo rango que la ley; estaban, por ende, sometidos a la regla de la temporalidad (una ley posterior deroga una ley anterior).<sup>12</sup> En el ordenamiento jurídico uruguayo la Suprema Corte de Justicia (SCJ) es el órgano encargado de realizar el control de constitucionalidad de la ley, así como el control de

convencionalidad entre las leyes nacionales y el texto de la CADH.<sup>13</sup> La jurisprudencia más reciente de la SCJ ha dado por culminada la disputa teórica en relación con el valor de los tratados internacionales (Sentencia SCJ 365/2009, caso Nidia Sabalsagaray) y ha dado congruencia al “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.<sup>14</sup>

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.<sup>15</sup> La puerta de entrada de las decisiones relacionadas con los derechos inherentes a la personalidad humana la

<sup>8</sup> Véase que la CIDH tiene potestades para determinar el alcance de su propia competencia (artículo 62.3 de la 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 con los términos del artículo 62 de la CADH, los jueces de la CIDH son intérpretes y no legisladores en la materia.

<sup>9</sup> 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 con lo establecido en sus artículos cuarenta y cinco, párrafo tres, y sesenta y dos, párrafo dos. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/Basicos/basicos3.htm>

<sup>10</sup> Este “sometimiento” a la competencia del sistema interamericano abarca las recomendaciones de la ComIDH y las sentencias de la CIDH. Del mismo modo, se somete a la interpretación que hace la CIDH del texto de la CADH no sólo en los casos en los que Uruguay es parte denunciada, sino en todos los casos sometidos a la jurisdicción de la CIDH.

<sup>11</sup> Así opina la doctrina, véase Risso, Martín, “Cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)”, *Estudios Jurídicos* 9, 2011, Universidad Católica del Uruguay, Montevideo, p. 75; Ochs Olazábal, Daniel, “El fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Gelman con Uruguay”, *La Ley Uruguay*, IV, 7, julio de 2011, p. 881; Blengio Valdés, Mariana, “Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gelman contra Uruguay”, *Revista de Derecho Público*, 39, FCU, Montevideo, 2011, p. 146; y la jurisprudencia, por todos, SCJ, Sentencia 365/2009 (Caso Sabalsagaray).

<sup>12</sup> La mayoría de la doctrina uruguaya asume la pirámide kelseniana que ubica a la Constitución por encima de cualquier otro instrumento jurídico. Por todos, Martins, Daniel, “La supremacía de la Constitución y la ley de ordenamiento territorial”, Vázquez, María (coord.), *Estudios en homenaje al profesor Juan Pablo Cajarville Peluffo*, FCU, Montevideo, 2011, p. 519; Korzeniak, José, “La interpretación en la teoría pura del derecho de Kelsen”, *ibidem*, pp. 1049 y ss. La jurisprudencia, a partir de la Sentencia de la SCJ en el caso Sabalsagaray de 2009, ha comenzado a aceptar la validez supralegal de los instrumentos de protección de los derechos humanos.

<sup>13</sup> Según se desprende del análisis de la jurisprudencia de la CIDH 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”. Ibáñez Rivas, Juana María, “Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario de Derechos Humanos* 2012, p. 108. Disponible en: <http://www.revfono.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/20555/21725>. La CIDH reitera estos parámetros en el Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párr. 193, aunque agrega que en “las instancias democráticas” también debe primar un “control de convencionalidad”, cuya aplicación caracterizó como “función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial”. Caso Gelman, párr. 240.

<sup>14</sup> 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 ComIDH. Informe No. 86/09 Caso 12.553 Fondo Jorge, José y Dante Peirano Basso vs. República Oriental del Uruguay, 6 de agosto de 2009. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2009sp/Uruguay12553.sp.htm>.

<sup>15</sup> 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 el cumplimiento de sus obligaciones internacionales. Nótese que la primera sentencia de la CIDH (Caso Velázquez Rodríguez vs. Honduras), emitida el 21 de julio de 1989 fue cumplida el 10 de septiembre de 1996. Sobre el tema, Mondragón, Salvador, *Ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Porrúa, México, 2007, pp. 51 y ss., y 59. Según la doctrina uruguaya las sentencias de la CIDH deben ser cumplidas en el orden interno por la Administra-



componen los artículos 72<sup>16</sup> y 332 de la Constitución.<sup>17</sup> 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 decisiones<sup>18</sup> y que, por lo tanto, estas cuestiones tienen jerarquía supra legal.

El cumplimiento y la ejecución de las sentencias de la CIDH son materia del Derecho interno (artículo 68 de la CADH), y están a cargo de los órganos encargados del control de convencionalidad de la normativa nacional con el Derecho internacional.<sup>19</sup>

### III. Dictámenes del sistema interamericano sobre Uruguay

Uruguay ha sido condenado en dos oportunidades por la CIDH. La primera condena tuvo lugar en 2011 por un crimen de lesa humanidad en el marco del Plan Cóndor (caso Gelman vs. Uruguay), y la segunda el 13 de octubre de 2011 por la falta de protección material de los justiciables en relación con el sistema jurídico

uruguayo (caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay. Fondo, Reparaciones y Costas).

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha servido para crear conciencia en Uruguay en relación con 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, sobre todo cuando el autor de los mismos 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).<sup>20</sup> Junto con estas condenas hay que valorar la resolución 86/09 de la ComIDH (Caso Jorge, José y Dante Peirano Basso), que obliga a 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 uruguayana 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.

ción que tiene que utilizar todos los medios disponibles para ejecutarlas, de modo de no incurrir en denegación de justicia. Véase Ruocco, Graciela, “Responsabilidad del Estado por incumplimiento de la Sentencia Anulatoria”, en Delpiazzo, Carlos (coord.), *Transformaciones actuales de Derecho Administrativo*, FCU, Montevideo, 2010, p. 88.

<sup>16</sup> Véase Cagnoni, José y Mariana Blengio, “Los derechos humanos en la Constitución”, en Blengio, Mariana, *Código de derechos humanos*, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2010, p. 31; Rizzo, Martín, *Algunas garantías básicas de los derechos humanos*, 2ª ed., FCU, Montevideo, 2011, pp. 32 y ss. Sin embargo, hay quienes aún aceptando que dicho artículo 72 es la puerta de entrada al sistema nacional, no admiten jerarquía constitucional a los tratados internacionales; véase Gros Espiell, Héctor, “Los derechos humanos no enunciados o no enumerados en el constitucionalismo americano y en el art. 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 este artículo fue incorporado en la Constitución de 1918 y desconocido o no aplicado durante décadas, a tal punto que a fines de los cincuenta adquirió importancia teórica y sólo 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 filosófica-política puede derivar en una arbitrariedad. Véase Sarlo, Óscar, “Derechos, deberes y garantías implícitos en la Constitución Uruguaya. Un análisis de filosofía política y epistemología del derecho”, *Estudios en homenaje al profesor Juan Pablo Cajarville Peluffo*, *op. cit.*, p. 1099.

<sup>17</sup> Artículo 332 de la CU: “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.

<sup>18</sup> Incluso ante un vacío legal la Constitución no establece preferencia entre las distintas formas de integración. Véase Korzeniak, José, “La interpretación en la teoría pura del derecho de Kelsen”, *op. cit.*, p. 1055.

<sup>19</sup> La CIDH supervisará el cumplimiento por medio de las audiencias de supervisión del cumplimiento de sentencias, y en caso de no cumplimiento 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 CIDH no hay un mecanismo de ejecución internacional ni se disponen las sanciones del caso, mientras que en el ámbito de la ComIDH se aplica el artículo 51 de la CADH. En realidad las consecuencias de un incumplimiento a una sentencia de la CIDH son políticas y 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 CIDH.

<sup>20</sup> 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.

## La influencia de las decisiones de los órganos del sistema interamericano de protección

Entre los aspectos fundamentales de la sentencia del Caso Gelman, la CIDH ordenó a Uruguay remover el obstáculo jurídico que significa la Ley 15.848 (del 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.<sup>21</sup> En Sentencia de febrero de 2011 la CIDH determinó la nulidad de la Ley de Caducidad uruguaya por su contrariedad con la CADH, considerando que la misma no pudo surtir ningún efecto y ordenó al Estado uruguayo no sólo su remoción del orden jurídico, sino la eliminación de todos los obstáculos que impidan la investigación de los hechos y la condena de los autores de los delitos (párr. 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 CIDH no sólo 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.<sup>22</sup> De esta manera la CIDH ingresa al ámbito jurídico penal y a juzgar conductas individuales, propone la condena de determinados sujetos y sugiere incluso la imputación respectiva. Así, la CIDH, para una conducta criminal que tuvo un comienzo de

ejecución en la década de 1970, propone la imputación del crimen de desaparición forzada de personas (incorporado en el ordenamiento jurídico uruguayo por la Ley 18.026 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 CIDH 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.<sup>23</sup> Es decir, la CIDH 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, “*prajudicio reo*” de los principios y garantías que tienen los justiciables, para cumplir con un 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 a que se castigue al delinciente.<sup>24</sup>

Por lo general, las observaciones de la ComIDH<sup>25</sup> (y de otros organismos de derechos humanos de la órbita de ONU) contra Uruguay se han centrado en la Ley de Caducidad, que se considera un obstáculo para la investigación penal de graves violaciones de los derechos humanos.<sup>26</sup> En ese sentido, la sentencia del caso

<sup>21</sup> 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 Fernández, Gonzalo (autor), Eser, Arnold y Sieber (eds.), *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht. Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse, Teilband 11*, Duncker & Humblot, Berlín, 2007, pp. 446 y ss.; Arnold, Simon y Woischnick (eds.), *Estado de derecho y delincuencia de Estado en América Latina. Una visión comparativa*, UNAM, México, 2006, p. 264; Galain Palermo, Pablo, “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, coincidiendo en opinión la mayoría de integrantes de la SCJ con el pueblo uruguayo. Veinte años después (17 de octubre de 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 sólo alcanzó 47.7% de los votos emitidos, por lo que no fue aprobada. Véase CIDH. Caso Gelman, párr. 149.

<sup>22</sup> Véase Galain Palermo, Pablo, “Übergangsjustiz und Vergangenheitsbewältigung in Uruguay”, *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, de próxima publicación.

<sup>23</sup> 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 CIDH y en cuanto a una posible lesión del artículo 9 de la CADH.

<sup>24</sup> Sobre el tema, en sentido negativo, Hassemer, Winfried y Reemtsma, Jan Philipp, *Verbrechensopfer-Gesetz und Gerechtigkeit*, Beck, München, 2002; Galain Palermo, Pablo, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

<sup>25</sup> La ComIDH sostuvo que la Ley de Caducidad es violatoria del artículo XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH), así como de los artículos 11, 8.1 y 25.1 de la CADH. Informe núm. 29/92, Uruguay, OEA/Ser. I/V/II/82, Doc. 25 de 2 de octubre de 1992, párr. 54.

<sup>26</sup> El Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas (ONU) se pronunció en diversas oportunidades sobre la incompatibilidad de la referida ley con el derecho internacional de los derechos humanos, 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



Gelman puede considerarse el punto culminante o el golpe de gracia contra este mecanismo de justicia de transición.

La segunda sentencia de condena provino del caso *Barbani Duarte y otros vs. Uruguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 13.10.2011, por violaciones contra el debido proceso en relación con la crisis bancaria y económica de 2002, principalmente por violación al derecho de las víctimas a ser oídas en el ámbito de protección material (artículo 8.1 de la CADH). En tal sentido, este derecho implica no sólo “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”, sino también que “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 obligaciones de un proceso ajustado a Derecho cuando brinda a los justiciables determinados procedimientos, sino sólo cuando ellos 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.<sup>27</sup>

Así las cosas, el sistema interamericano exige a Uruguay determinados estándares en su normativa que requieren de controles permanentes y de la consiguiente adecuación al texto de la CADH para que no

haya violación de los derechos humanos. La sentencia del caso *Barbani* y la resolución de la ComIDH en el caso *Peirano Basso* de adaptación del proceso penal uruguayo al texto de la CADH son la muestra más evidente de que Uruguay debe cumplir con el control de convencionalidad de parte de su orden jurídico en relación con el texto de la CADH.<sup>28</sup>

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

Uruguay tiene una historia apegada al Estado de Derecho y al respeto de los derechos humanos, incluso como impulsor a nivel internacional de muchos de esos tratados. El mayor distanciamiento entre el Estado y el respeto de los derechos individuales se produce con la dictadura cívico-militar (1973-1985) que dejó como legado el sistema procesal penal vigente. Las graves violaciones cometidas durante este tiempo dieron lugar a reclamos de las víctimas, dictámenes de los organismos internacionales e incumplimientos (o cumplimientos parciales) por parte del Estado uruguayo de sus obligaciones relacionadas con el cuidado de los derechos humanos. El déficit que existe en Uruguay en relación con 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

Pacto. Véanse observaciones del Comité de Derechos Humanos de fecha 19 de julio de 1994 sobre la comunicación 322/88 presentada por Hugo Rodríguez. Véase Cagnoni, José, y Blengio, Margarita, “Los derechos humanos en la Constitución”, en Blengio, Mariana, *Código de Derechos Humanos*, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2010, p. 32; reiterado en la observación final del Comité de Derechos Humanos de 8 de abril de 1998, *ibidem*, 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 Galain Palermo, Pablo, “La justicia de transición en Uruguay: un conflicto sin resolución”, *op. cit.*, 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 de septiembre de 2011, Academic Papers, University of Istanbul, p. 146. Sobre el tema, Lessa, Francesca, y Fried, Gabriela, “Las múltiples máscaras de la impunidad: la Ley de Caducidad”, en Lessa, Francesca, y Fried, Gabriela (comps.), *Luchas contra la impunidad. Uruguay 1985-2011*, Trilce, Montevideo, 2011, pp. 31 y ss.; Skaar, Elin, “Impunidad versus responsabilidad jurídica: el rol de la Ley de Caducidad en Uruguay”, *ibidem*, pp. 135 y ss.

<sup>27</sup> 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.

<sup>28</sup> En particular, Uruguay ha sido condenado a remover disposiciones —como la Ley 17.613— que instauran procedimientos especiales administrativos que crean procedimientos administrativos que no sirven o no son adecuadas para cumplir con la finalidad para la que fueron creados. Se ha dicho que: “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”. Salmón, Elizabeth y Blanco, Cristina, *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Universidad Católica del Perú/GIZ, Perú, 2012, p. 121.

## La influencia de las decisiones de los órganos del sistema interamericano de protección

y con las relaciones de poder.<sup>29</sup> 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 verdad<sup>30</sup> y el castigo de los culpables.<sup>31</sup> El reclamo de las víctimas de “verdad y justicia” y la interpretación del concepto de justicia como “juicio y castigo a los culpables” fue rápidamente incluido en las demandas de respeto y prevención de los derechos humanos que deben ser satisfechas por el Derecho penal, dando lugar a una política de lucha contra una impunidad que parecía endémica.<sup>32</sup> De esta manera,

se mezclaron en un mismo concepto o en una misma política criminal los derechos humanos, la lucha contra la impunidad y la satisfacción de las víctimas. Esta política criminal emparentada con la lucha por los derechos humanos, liderada internacionalmente por la CIDH en su jurisprudencia constante, fue negada por sucesivos gobiernos democráticos hasta 2005, cuando la jurisprudencia uruguaya vio habilitada su intervención por el Poder Ejecutivo en aplicación de la Ley de Caducidad.<sup>33</sup> 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

<sup>29</sup> A nivel internacional, Uruguay se retrasa en la presentación de informes ante los distintos comités de 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. Disponible en: [http://www.ielsur.org/desarrollo/documentos/armonizacion\\_legislativa.pdf](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 sólo por un sistema penal basado casi en exclusiva 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).

<sup>30</sup> 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 aquellos que colaboraron o se beneficiaron con un régimen injusto que violaba los derechos humanos. Sobre el tema, Bohoslavsky, Juan Pablo, “Eslabón financiero en la justicia transicional uruguaya”, *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, 21, 12, Montevideo, 2012, pp. 153 y ss.

<sup>31</sup> Sobre el tema, Galain Palermo, Pablo, “La giustizia di transizione in Uruguay. Un conflitto senza soluzione”, trad. Mateira y Menghini, en Fornasari y Fronza (eds.), *Percorsi giurisprudenziali in tema di gravi violazioni dei diritti umani. Materiali dal laboratorio dell'America Latina*, Università degli Studi di Trento, 2011, pp. 201 y ss.

<sup>32</sup> Reinstaurado el Estado de Derecho hasta el año 2005, en el que asumió por primera vez un gobierno de orientación de “izquierda”, 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 Skaar, Elin, *Judicial Independence and Human Rights in Latin America. Violations, Politics, and Prosecution*, Palgrave Macmillan, Nueva York, 2011, pp. 19 y ss.

<sup>33</sup> A partir de 2005 se ha dado una serie de circunstancias de mancomunidad entre la política (incluyendo la política de la CIDH en relación con la lucha contra la impunidad) y la justicia que significaron un duro golpe a los ex 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 con la Constitución y luego 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. Disponible en: <http://www.elobservador.com.uy/noticia/230525/desde-la-izquierda-ponen-en-duda-fallos-judiciales-sobre-ddhh/> (consultado el 17 de agosto de 2012). Algunas condenas contra militares han sido revocadas por tribunales superiores por falta de pruebas y algunos procesamientos con prisión también vienen siendo cuestionados, incluso por el actual ministro de Defensa, el ex guerrillero tupamaro Eleuterio Fernández Huidobro, y por el ex integrante de la Comisión para la Paz, Gonzalo Fernández. El Tribunal de Apelaciones Penal de 4º Turno, mediante Sentencia Interlocutoria 211 de 31 de julio de 2012 revocó el procesamiento del ex dictador Gregorio Álvarez, que lo sesetía a juicio como coautor de un homicidio muy especialmente agravado (artículo 312 del CP) por la muerte del militante tupamaro Roberto Luzzardo, quien 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 ex dictador habría dado un 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 pudiera haber estado involucrada en el asesinato del hermano del autor que fuera asesinado 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, ex guerrillero tupamaro, 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/> (consultado el 3 de septiembre de 2012).





humanos.<sup>34</sup> 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.

A partir del reconocimiento de la jurisdicción del sistema interamericano, las constantes observaciones de los organismos de contralor de los derechos humanos no suscitaban mayor atención en los órganos de gobierno y en la sociedad uruguaya, creando un clima favorable al incumplimiento de las mismas.<sup>35</sup> 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 al nivel de todos los poderes de Estado. La irrupción del sistema interamericano como un nuevo actor en el proceso de justicia de transición no pasó inadvertida. Es más, antes que la CIDH 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.<sup>36</sup> Con esta señal indeleble en su prestigio internacional el Uruguay aceptó la interpretación de la CIDH sobre los derechos humanos en clave *lucha contra la impunidad* y se embarcó a toda vela con fuerte aprovechamiento del viento en popa que venía de la orilla opuesta del Río de la Plata.<sup>37</sup> Esta sentencia 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 son prescriptibles. Este 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.<sup>38</sup> Esta medida permitió a cada juez penal decidir con criterios jurídicos la

<sup>34</sup> Véase Galain Palermo, Pablo, “The Prosecution of International Crimes in Uruguay”, *International Criminal Law Review*, 10, 4, 2010, pp. 601-618.

<sup>35</sup> Véase <http://www.ohchr.org/SP/Countries/LACRegion/Pages/UYIndex.aspx>, y con mayor detalle [http://www.kas.de/wf/doc/kas\\_20305-1522-1-30.pdf?100908184413](http://www.kas.de/wf/doc/kas_20305-1522-1-30.pdf?100908184413)

<sup>36</sup> 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 “sólo se trataba de un reclamo de dinero” y que la víctima “sólo pretendía humillar a Uruguay”, en una especie de “guerra sucia jurídica entre correligionarios”. Este enfrentamiento entre Gelman (ex guerrillero del movimiento Montonero argentino y conocido militante de izquierda) y el gobierno uruguayo (presidido por un ex guerrillero Tupamaro y 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 ComIDH y luego a la CIDH 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 continuara, 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”. Disponible en: <http://www.larepublica.com.uy/politica/432992-en-uruguay-se-impide-la-verdad?nz=1>

<sup>37</sup> 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 la misma reside en los parlamentarios escogidos por el pueblo. Soberanía directa o indirecta eran las consignas en pugna. Por una parte, las víctimas y algunos miembros de la Administración de Justicia actuantes en la mayoría de las causas penales contra “ex terroristas de Estado” (en particular, 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 y, por otra parte, la oposición política y parte de los integrantes del gobierno defendían la vigencia de la Ley de Caducidad 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. Disponible en: <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-157463-2010-11-24.html>, (consultado el 25 de noviembre de 2010). Es interesante que en la audiencia ante la CIDH 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>, (consultado el 25 de noviembre de 2010).

<sup>38</sup> De opinión contraria, Durán Martínez, Augusto, “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, op. cit., pp. 31 y ss.; Ochs, Daniel, “El fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Gelman contra Uruguay”, *ibidem*, pp. 105 y s.

## La influencia de las decisiones de los órganos del sistema interamericano de protección

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 estas cuestiones. 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 CIDH de eliminar obstáculos hacia el pasado;<sup>39</sup> 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).

En el mismo orden de reacciones estatales el Parlamento dictó la Ley 18.596 (18 de septiembre de 2009) titulada: *Repáranse integralmente a las víctimas de la actuación ilegítima del Estado en el periodo 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 Estado en Uruguay<sup>40</sup> y el consecuente derecho de las víctimas a la reparación.<sup>41</sup> Esta ley guarda relación con lo mandatado por la CIDH 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 de las víctimas (artículos 6 a 14).

En el mismo sentido, el 21 de marzo de 2012 el Estado uruguayo llevó a cabo un acto público de reconocimiento de la responsabilidad estatal por el terrorismo de Estado que actuó durante 1973-1985 en la propia Asamblea General.<sup>42</sup> En el discurso del Presidente José Mujica, la remoción de obstáculos exigidos por la CIDH 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.<sup>43</sup>

La Secretaría de seguimiento de la Comisión para la Paz ha informado que:

“a) intervino directamente en la gestión administrativa tendente 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 tendentes a ubicar el paradero de los restos de María Claudia García Iruretagoyena, así como de los demás detenidos desaparecidos”.<sup>44</sup>

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

<sup>39</sup> Véase Simon, Jan-Michael, y Galain Palermo, Pablo, “La imprescriptibilidad de las violaciones contra los derechos humanos cometidas en Uruguay (1973-1985)”, *Revista Penal*, de próxima publicación.

<sup>40</sup> Artículo 1° 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 periodo comprendido desde el 27 de junio de 1973 hasta el 28 de febrero de 1985. Artículo 2° 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 periodo 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.

<sup>41</sup> Artículo 3° 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° y 5° de la presente ley. Dicha reparación deberá efectivizarse —cuando correspondiere— con medidas adecuadas de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición.

<sup>42</sup> 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 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.

<sup>43</sup> “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”. Disponible en: [http://www.mec.gub.uy/innovaportal/v/14973/2/mecweb/palabras\\_del\\_presidente\\_mujica](http://www.mec.gub.uy/innovaportal/v/14973/2/mecweb/palabras_del_presidente_mujica)

<sup>44</sup> L 30 MEMORIA ANUAL. Disponible en: [http://medios.presidencia.gub.uy/jm\\_portal/2012/mem\\_anual/presidencia/paz.pdf](http://medios.presidencia.gub.uy/jm_portal/2012/mem_anual/presidencia/paz.pdf) (consultado el 8 de diciembre de 2012).

<sup>45</sup> 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 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, párr. 264.



los derechos humanos sufridas.<sup>45</sup> Además, la Ley 18.446 (Publicada en el *Diario Oficial* el 27 de enero de 2009) creó la Institución Nacional de Derechos Humanos del Uruguay (INDDHH) dentro de 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 donde operó el Servicio de Información de Defensa de la dictadura.

Estos actos concretos de reconocimiento y reparación obedecieron al cumplimiento de la Sentencia de condena de la CIDH contra Uruguay por el Caso Gelman. Sin embargo, todavía no se habían removido todos los obstáculos exigidos por la CIDH 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, hubieran prescrito

el 1º de noviembre de 2011. En ese orden de cosas, el Parlamento dictó la Ley 18.831 del 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 fueran considerados de lesa humanidad (artículo 3).<sup>46</sup> Mediante esta ley se daba un paso adelante, aunque no definitivo, en el cumplimiento de la sentencia de la CIDH.

La sentencia obliga a texto expreso en el párrafo 144: “b. adoptar las medidas legislativas y de otra índole necesaria para que, de acuerdo con sus procesos constitucionales y las disposiciones de la Convención Americana, quede sin efecto la ley 15.848 o Ley de Caducidad”. La Ley 18.831 pretendió cumplir con dicha exigencia, pero la defensa penal de presuntos ex terroristas de Estado presentó un recurso de inconstitucionalidad contra los artículos 1, 2 y 3 de la ley, que debe ser resuelto en los primeros meses de 2013.<sup>47</sup>

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 procesales<sup>48</sup> y para exigir responsabilidad penal a los individuos.<sup>49</sup> La jurisprudencia uruguaya de primera instancia ha argumentado recurriendo a sen-

<sup>46</sup> 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.

<sup>47</sup> Machado Bardaracco, “Tranquilino, Un delito de homicidio, Excepción de Inconstitucionalidad. —Arts. 1, 2 y 3, Ley N° 18.831— (I.U.E. N° 2/42822/2008)”.

<sup>48</sup> En reciente sentencia interlocutoria del juez Fernández Lechini, que determinó el procesamiento con prisión del ex sub comisario de Policía Juan Zabala Quinteros, se sostiene el carácter obligatorio de la jurisprudencia de la CIDH. 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 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 CIDH. Textualmente dice: “El despacho cree que estas conductas no han prescrito, por lo dicho *supra*. Cree que la jurisprudencia de la Corte Interamericana DDHH 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 N. 402/2012 contra el ex sub comisario de Policía Juan Zabala Quinteros como cómplice por un delito de homicidio muy especialmente agravado, JLP I. Turno.

<sup>49</sup> 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 Guianze, Mirta, “La Ley de Caducidad, las luchas por la Justicia y por la jurisdicción universal de los derechos humanos en Uruguay”, Lessa, Francesca, y Fried, Gabriela (comps.), *Luchas contra la impunidad, op. cit.*, pp. 189 y ss., en particular, p. 191. Parte de la lucha contra la impunidad incluyó desacreditar a los abogados defensores de los ex terroristas de Estado: “En la actualidad uno de los catedráticos de Derecho penal, Miguel Langón, se dedica a defender a militares y a 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”. *Ibidem*, p. 192. Parecería que a esta lucha tienen que plegarse todos los ciudadanos uruguayos para no ser relacionados de algún modo con los ex terroristas de Estado. Véase que la ex fiscal 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 había tenido experiencia previa 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, y, peor aún, los funcionarios públicos se ven en algunas situaciones sometidos al control político: traslados, degradaciones, venias parlamentarias, etc., que dificultan la tarea con independencia técnica absoluta, como denuncia con razón Guianze. *Ibidem*, 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 esto generó un clima de miedo,

## La influencia de las decisiones de los órganos del sistema interamericano de protección

tencias de la CIDH que no han involucrado al Uruguay y a informes de la ComIDH (29/92), adhiriendo a la opinión dominante del órgano interamericano.<sup>50</sup> La segunda instancia, sin embargo, permanece afiliada a una defensa estricta de determinados principios del Derecho penal liberal y se ha negado a aplicar tipos penales que no estaban vigentes antes del comienzo de ejecución de los delitos.<sup>51</sup> Ahora bien, en cuanto al cumplimiento de la Sentencia de condena del Caso Gelman, suponiendo que la CIDH 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, existen algunas dificultades jurídicas para llevar a cabo en Uruguay 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 la declaración de inconstitucionalidad con efectos exclusivos para el caso concreto en el que ésta se planteó. Una solución posible sería recurrir al artículo

239.1 de la CU<sup>52</sup> 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.<sup>53</sup> En el ordenamiento nacional existe la posibilidad de derogar la ley con efectos *ex nunc* (hacia el futuro), pero ello contradice la exigencia de la CIDH de que la anulación de la ley tenga efectos *ex tunc* (hacia el pasado), como si ella nunca hubiera existido ni hubiera tenido efectos jurídicos, ni provocado ningún estado.<sup>54</sup> En líneas generales se puede decir que Uruguay no ha incumplido con la sentencia de condena en el caso Gelman, pues no sólo ha derogado los actos administrativos que impidieron investigaciones penales en la aplicación de la Ley de Caducidad con efectos *ex tunc*, sino también ha reparado material y simbólicamente a las víctimas directas y a las víctimas indirectas.<sup>55</sup> Pero, además, ha intentado una modificación en su Constitución por medio del Plebiscito de 2009 que pretendía anular la Ley de Caducidad,<sup>56</sup> aunque no haya sido aprobado por el pueblo uruguayo en ejercicio de soberanía di-

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". *Ibidem*, pp. 201 y 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 que fue la representante del Ministerio Público que más causas penales llevó adelante), lo cual 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 ex 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.

<sup>50</sup> Véase Guianze, Mirta, "La Ley de Caducidad, las luchas por la justicia y por la jurisdicción universal de los derechos humanos", *op. cit.*, pp. 195 y ss.

<sup>51</sup> Véase Galain Palermo, Pablo, "The Prosecution of International Crimes in Uruguay", *op. cit.*, pp. 610 y ss.; "Uruguay", Ambos (coord.), *Desaparición forzada de personas. Análisis comparado e internacional*, Temis, Bogotá, 2009, pp. 139 y ss.; Guianze, Mirta, "La Ley de Caducidad, las luchas por la justicia y por la jurisdicción universal de los derechos humanos", *op. cit.*, p. 196. También se percibe que los jueces uruguayos comienzan a considerar sentencias de otros órganos judiciales colegiados de países vecinos (Argentina), y de otros más de la región (Guatemala, Colombia, México). Incluso se observa que algunas sentencias consideran las opiniones del Grupo Latinoamericano sobre Derecho penal internacional.

<sup>52</sup> Artículo 239. "A la Suprema Corte de Justicia corresponde: 1º) 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".

<sup>53</sup> Véase Pastori Fillol, Alejandro, "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 núm. I, pp. 191 y s.

<sup>54</sup> Esto se condice con la exigencia de la CIDH 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 CIDH un pedido de aclaración de la sentencia de condena para que la CIDH 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.

<sup>55</sup> 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 Delpiazzo, Carlos, "Panorama actual de las responsabilidades estatales", en Delpiazzo, Carlos (coord.), *Transformaciones actuales de Derecho administrativo*, FCU, Montevideo, 2010, p. 13.

<sup>56</sup> 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". Pastori Fillol, Alejandro, "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", *op. cit.*, p. 194.

<sup>57</sup> Véase que la CIDH 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 sólo estableció que debe prevalecer un 'control de

recta.<sup>57</sup> Por todas estas razones, se puede interpretar que Uruguay no ha incumplido con la sentencia de la CIDH en aquellos aspectos en los que puede cumplir con la misma según las posibilidades que otorga su ordenamiento jurídico y sin violar su Constitución o el propio texto de la CADH.

En cuanto a la legislación, hasta el momento las decisiones de la ComIDH no han surtido ningún efecto concreto al interno del sistema jurídico nacional. La ComIDH en el Caso Peirano<sup>58</sup> 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 del debido proceso (principio de tutela judicial efectiva, plazo razonable, etc.).<sup>59</sup> En el marco de este conflicto, el artículo 21 de la Ley 17.897 (14 de julio de 2005), conocida como Ley de Humanización del Sistema Penitenciario, creó una comisión de reforma del sistema procesal penal.<sup>60</sup> El proyecto de reforma fue 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 CIDH contra Uruguay porque el acuerdo entre éste y la ComIDH ha sido publicado.

Como se advierte, la condena de la CIDH obliga a un replanteamiento serio del sistema normativo y judicial en relación con la protección de los derechos humanos. La discusión de doctrina que queda pendiente es si la CIDH puede obligar a los Estados a cum-

plir con exigencias no pactadas por ellos en el texto de la CADH, y si cualquier interpretación de la CIDH debe ser cumplida y ejecutada en los Estados nacionales que forman parte del sistema interamericano de protección de los derechos y que han reconocido sin reservas su competencia. La pregunta que permanece abierta y que la jurisprudencia de la SCJ de Uruguay tendrá que resolver es: ¿la exigencia de la CIDH de eliminar todos los obstáculos legales al ejercicio del Derecho penal no atenta contra la Constitución, la CADH y los principios superiores de Derecho?

## V. Derechos humanos e interpretación judicial

A partir de la década de los ochenta la defensa de los derechos humanos forma parte de la agenda internacional en el continente americano, junto con políticas de democratización.<sup>61</sup> La jurisprudencia constante de la CIDH ha cumplido un papel importante en la puesta en marcha de estas directivas internacionales de democratización de los Estados del continente que no puede ser pasado por alto. La CIDH 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,<sup>62</sup> y en este sentido, la tarea de la CIDH ha sido de gran valía.

Una vez que las primeras denuncias pasaron por el filtro político de la ComIDH, la CIDH ha debido resolver sobre la responsabilidad de Estados de hecho

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, comprometiendo 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 sólo a las del Poder Judicial o a todas aquéllas vinculadas a la administración de justicia". Véase Ibáñez Rivas, Juana María, "Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *op. cit.*, p. 111.

<sup>58</sup> Caso 12.553 de 2009.

<sup>59</sup> 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, Castex, Francisco, "El plazo razonable de la duración de la prisión preventiva desde la óptica de la CIDH. El caso 'Peirano'", en Pastor, Daniel (dir.), *El sistema penal en las sentencias recientes de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos*, AdHoc, Buenos Aires, 2009, pp. 149 y ss.

<sup>60</sup> Sobre el proyecto de reforma, véase Preza, Dardo, *El proceso penal uruguayo*, 3ª ed., FCU, Montevideo, 2009, pp. 7 y ss.

<sup>61</sup> En los últimos años un sector de la doctrina asume como un hecho que los derechos humanos no sólo 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, Shapiro, Martin, "Courts in Authoritarian Regimes", en Ginsburg, Tom, y Moustafa, Tamir (eds.), *Rule by Law: The Politics of Courts in Authoritarian Regimes*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, p. 327. Por mi parte no estoy seguro que este fenómeno se pueda hacer extensivo a la CIDH, al menos en lo que guarda relación al aspecto financiero. Sobre los límites y los peligros del activismo en derechos humanos, véase Orozco, Iván, *Sobre los límites de la conciencia humanitaria. Dilemas de la paz y la justicia en América Latina*, Temis, Bogotá, 2005, pp. 321 y ss.

<sup>62</sup> 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". Disponible en: <http://www.guardian.co.uk/commentisfree/libertycentral/2009/apr/21/universalism-humanitarianism>

## La influencia de las decisiones de los órganos del sistema interamericano de protección

o de frágiles democracias en las que actuaron aparatos organizados de poder al margen de la legalidad. La CIDH tuvo que decidir casos relativos a gravísimas violaciones de los derechos humanos cometidas por Estados paralelos al Estado de Derecho, y a asociaciones para delinquir que utilizaban las estructuras estatales a fin de cometer delitos y garantizar la impunidad de sus integrantes. Desde la primera sentencia de condena la CIDH se tuvo que hacer fuerte para que los Estados nacionales cumplieran voluntariamente con lo sentenciado y “se tomaran en serio a los derechos humanos”. Ésa fue la lucha política iniciada por la CIDH, que la obligó a cumplir con un fuerte activismo judicial y que poco a poco la condujo a cruzar los límites de su competencia originaria.<sup>63</sup> 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 CIDH, 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

jurídico.<sup>64</sup> Esa lucha de fuerzas contra la política de los Estados pronto abarcó no sólo la responsabilidad estatal, sino también la de los autores individuales de los crímenes internacionales y de las más graves violaciones contra los derechos humanos,<sup>65</sup> a quienes se irradió de muchas de las garantías contenidas en la propia CADH.<sup>66</sup> En ese momento, la mejor intención política de la CIDH traspasó una frontera infranqueable de las garantías individuales protegidas por la CADH, aquellas que protegen al individuo contra el poder punitivo del Estado.<sup>67</sup> La CIDH 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 que debía ser saneada de manera ejemplar. En ese contexto sólo 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). Según la CIDH, el mensaje preventivo de “Nunca más” requiere de la fuerza simbólica del Derecho penal.<sup>68</sup> El Derecho penal co-

<sup>63</sup> Von Bogdandy se refirió a la CIDH 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 Ambos, Kai y Böhm, María Laura, “Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos. ¿Tribunal tímido y tribunal audaz?”, en Ambos, Malarino y Elsner (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y Derecho penal internacional*, t. II, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2011, pp. 45 y s.

<sup>64</sup> Hay quien califica a la CIDH de antiliberal y punitiva. Malarino, Ezequiel, “Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Ambos, Malarino y Elsner (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y Derecho penal internacional*, t. I, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2010, pp. 26-61.

<sup>65</sup> Aunque muchas veces la CIDH haya confundido o considerado a ambos tipos de responsabilidad como sinónimos. Véase voto concurrente de Antonio Cançado Trindade en el Caso Barrios Altos vs. Perú, en el que se 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 Aponte, Alejandro, “El sistema interamericano de derechos humanos y el Derecho internacional humanitario: una relación problemática”, en Ambos, Malarino y Elsner (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y Derecho penal internacional*, t. I, op. cit., pp. 167 y s.

<sup>66</sup> Téngase en cuenta que la jurisprudencia constante de la CIDH no sólo prohíbe las amnistías y cualquier otro obstáculo jurídico que impida la persecución penal (como sostiene en el caso Gelman vs. Uruguay, parág. 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 vs. Colombia, parág. 193).

<sup>67</sup> Para ver en detalle esta situación, Malarino, Ezequiel, *ibidem*, pp. 45 y ss.; Pastor, Daniel, “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 Ambos, Malarino y Elsner (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y Derecho penal internacional*, t. II, op. cit., pp. 481 y ss.; Guzmán Dalbora, José Luis, “El principio de legalidad penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *ibidem*, pp. 171 y ss. Con una visión positiva de este fenómeno, Parenti, Pablo, “La inaplicabilidad de normas de prescripción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *ibidem*, pp. 211 y ss.

<sup>68</sup> Críticamente, Fabricius, Dirk, “Uruguay just dessert. Obligación de punir porque ellos simplemente se lo merecen?”, trad. Pablo Galain Palermo y Ester Cascales, en Galain Palermo, Pablo (ed.), *¿Justicia de transición? Mecanismos políticos y jurídicos para la elaboración del pasado*, en proceso 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.



menzó 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.<sup>69</sup> 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 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 CIDH adoptó una visión positiva y reparadora del castigo con una política criminal pregonera de un poder punitivo absoluto en relación con determinados delitos,<sup>70</sup> 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.<sup>71</sup> Y este concepto de necesidad absoluta de castigo (este merecimiento moral de pena) construido por la CIDH 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 estructuras

del Estado, han cometido las más graves atrocidades contra sus congéneres por ser considerados enemigos políticos.<sup>72</sup> 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 *boomerang* que conduce a la deslegitimación de la jurisprudencia punitiva de la CIDH porque dicha política criminal tiene que ser llevada a cabo por el Estado de Derecho y según las reglas del debido proceso.<sup>73</sup> Ferrajoli es contundente en cuanto a que

el grado de legitimidad de la jurisdicción y de su independencia dependen 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 inefectividad de las garantías se resuelve siempre en una reducción de la legitimidad del Poder Judicial.<sup>74</sup>

<sup>69</sup> Sobre esta posibilidad me pronuncié de forma crítica en Galain Palermo, Pablo, “Relaciones entre el ‘derecho a la verdad’ y el proceso penal. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Ambos, Malarino y Elsner (eds.), *Sistema Interamericano...*, t. II, *op. cit.*, pp. 273 y 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”. Disponible en: <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/subnotas/197926-59632-2012-07-05.html>, 05.07.2012. En relación con el conocimiento de lo sucedido y sobre la interacción entre Derecho penal y comisión de la verdad, véase Galain Palermo, Pablo, y Garreaud, Álvaro, “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*, Duncker & Humblot, Berlín, 2012, pp. 181 y ss. También crítico, Nanzer, Alberto, “La satisfacción de la víctima y el derecho al castigo”, en Pastor, Daniel (dir.), *El sistema penal*, *op. cit.*, pp. 371 y ss.

<sup>70</sup> Véase Pastor, Daniel, “La ideología penal de ciertos pronunciamientos de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos”, *op. cit.*, p. 503.

<sup>71</sup> 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 Gil, Alicia, “Las aportaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al Derecho Penal Internacional. Coincidencias y diferencias con la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Ambos, Malarino y Elsner (eds.), *Sistema Interamericano*, t. II, *op. cit.*, p. 332; Pastor, Daniel, “La ideología penal de ciertos pronunciamientos de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos”, *op. cit.*, p. 503.

<sup>72</sup> 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 Habermas, Jürgen, *Más allá del Estado nacional*, trad. Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 2001, p. 62.

<sup>73</sup> 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 García Pascual, Cristina, “¿Puede el mal absoluto ser sometido a la justicia?”, en Souza Mendes y Pereira Coutinho (eds.), *Eichmann em Jerusalém – 50 anos depois*, Lisboa, 2012, p. 318. En relación con otros mecanismos complementarios a la justicia penal en la tarea de hacer justicia, en el mismo volumen, Galain Palermo, Pablo, “Como reager contra os crimes do passado? Justiça de transição e elaboração do passado no Uruguai”, trad. Jorge Olivera e Carmo, pp. 239 y ss. “Responder al terrorismo con terrorismo de Estado sólo contribuye a sustituir un terrorismo por otro. El ciclo de violencia no se rompe con más violencia imperial”. Véase Grosfoguel, Ramón, “Colonialidad global y terrorismo antiterrorista”, *Nueva Sociedad* 177, enero-febrero de 2002, p. 133. Disponible en: [http://www.nuso.org/upload/articulos/3033\\_1.pdf](http://www.nuso.org/upload/articulos/3033_1.pdf)

<sup>74</sup> Véase Ferrajoli, Luigi, *Las fuentes de la legitimidad de la jurisdicción*, trad. Miguel Carbonell, Inacipe, México, 2010, p. 46.

## La influencia de las decisiones de los órganos del sistema interamericano de protección

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 de ser respetado también por la jurisprudencia de la CIDH porque si bien ella está encargada de la interpretación de la CADH, debe cumplir esa función sometida al Derecho y a sus principios.<sup>75</sup>

La jurisprudencia de la CIDH 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 a otros que no son funcionales para su política criminal de lucha contra el mal y contra la impunidad. En este lugar no puedo participar en el debate acerca de la existencia de principios superiores de Derecho que deben ser respetados por la jurisprudencia a nivel local e internacional (porque rigen tanto en un Estado democrático de Derecho como en las relaciones internacionales entre Estados), así como tampoco puedo participar en el complejo debate entre positivistas y iusnaturalistas. En esta oportunidad me limito a asumir que

hay principios superiores que deben 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.<sup>76</sup> De modo que, si bien no puedo participar 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.<sup>77</sup> Del principio *Estado de Derecho* se pueden derivar (desde un punto de vista político y desde una perspectiva macro) otros principios, como el debido proceso,<sup>78</sup> la seguridad jurídica<sup>79</sup> y la igualdad ante la ley,<sup>80</sup> así como (desde una perspectiva individual) el principio de dignidad humana.<sup>81</sup> Estos principios

<sup>75</sup> En la sentencia Frontini (183/1973, de 27.12, Frontini y otros vs. 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 Ruiz Miguel, Carlos, “El largo y tortuoso camino hacia la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, en Ruiz Miguel (coord.), *Estudios sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Universidad de Santiago de Compostela, 2004, pp. 30 y ss.

<sup>76</sup> Véase Asamblea General de Naciones Unidas, RES/50/181 del 22 de diciembre de 1995.

<sup>77</sup> Security Council, S/2004/616, The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies, Report of the Secretary-General, 23 de agosto de 2004. Disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/395/29/PDF/N0439529.pdf?OpenElement>

<sup>78</sup> Hoy en día se habla incluso de una revolución del debido proceso, considerado un principio fundamental del Derecho constitucional contenido en la enmienda quinta y en la catorce 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 súperprincipio que dice: “ninguna organización o institución de ninguna clase debería tener la potestad de perjudicar intereses vitales (‘vida, libertad... propiedad’) sin otorgar determinados derechos procesales” (traducción libre). Friedman, Lawrence, *Total Justice*, Russell Sage Foundation, Nueva York, 1985, pp. 80 y s.

<sup>79</sup> 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 López de Oñate, Flavio, *La certeza del Derecho*, trad. Sentís Melendo y Ayerra, EJEA, Buenos Aires, 1953, pp. 73 y s., 135.

<sup>80</sup> 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 catorce de la Constitución de los Estados Unidos de Norte América, está fuertemente ligada al principio del debido proceso, pero a diferencia de éste, que se modifica según los cambios sociales, aquél se mantiene incambiado por más de un siglo. Véase Friedmann, Lawrence, *Total Justice*, op. cit., p. 80.

<sup>81</sup> 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 Corte Constitucional de Colombia, C-521/98. En la doctrina alemana el principio de dignidad humana (*Menschenwürdeprinzip*) contenido en la Constitución (artículo 1.1, GG) es un principio moral universal que obliga al Estado a su protección y respeto. Véase Tiedemann, Paul, *Menschenwürde als Rechtsbegriff. Eine philosophische Klärung*, 3ª ed. revisada, Wissenschaft Verlag, Postdam, 2012; Neumann, Volker, “Menschenwürde und Existenzminimum”, *NVwZ*, 1995, pp. 426 y ss. La doctrina penal alemana consiste, por ejemplo, en que la prohibición de aplicar la ley penal en forma retroactiva o el



(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 manera que no pueden ser desconocidos por la jurisprudencia.<sup>82</sup> Las 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.<sup>83</sup> 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.<sup>84</sup> Los derechos humanos relacionados con el debido proceso, por un lado, exigen el derecho de las víctimas de acceso a la justicia, del conocimiento de la verdad y de la reparación del daño y, por otro, exigen la protección individual frente al ejercicio político del Derecho penal.<sup>85</sup> Los derechos humanos no sólo tienen que ser protegidos por el Derecho penal sino también del Derecho penal.<sup>86</sup> 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 al Derecho penal<sup>87</sup> para que éste pueda superar la barrera del principio de legalidad y de proporcionalidad, debería de estar delimitado material y formalmente

de forma clara y previa. Es decir, se tiene que saber, previamente a su aplicación, para qué tipo de delitos existe una merma de los derechos y garantías de los autores; sobre todo, 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 sólo serán castigados con una pena, sino que también deberán soportar una disminución en 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 CIDH 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 los 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

---

principio de *nemo tenetur* se relacionan con el principio de culpabilidad y tienen fuente de inspiración en la dignidad humana. Véase por todos Kelker, Brigitte, “Grundfragen eines Zusammenhangs zwischen Menschenwürde und Strafrecht”, en Paeffgen *et al.* (eds.), *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin, 2011, pp. 1678 y s.

<sup>82</sup> En la doctrina uruguaya se entiende que la defensa de la seguridad jurídica es fundamental para entender el concepto de derechos humanos; véase Marabotto, Jorge, “Derechos humanos y crisis: ¿Crisis de los derechos humanos?”, *Derechos Humanos en situaciones de crisis en Uruguay*, Konrad Adenauer/Asociación de Magistrados del Uruguay, Montevideo, 2002, p. 31. En relación con el concepto de derechos y los principios penales, Cairoli, Milton, *Derechos humanos en situaciones de crisis en el Uruguay*, *op. cit.*, pp. 14 y ss. Véase también IELSUR, Estudio sobre armonización legislativa conforme a los Tratados de Derechos Humanos Ratificados por Uruguay, *op. cit.*, pp. 77 y s.

<sup>83</sup> *Ibidem*, p. 103.

<sup>84</sup> Véase Fernández, Gonzalo, *Derecho penal y derechos humanos*, IELSUR/Trilce, Montevideo, 1988, pp. 25 y ss., 31 y 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 Durán Martínez, Augusto, “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *op. cit.*, p. 41.

<sup>85</sup> 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 Fernández, Gonzalo, “Derechos humanos y legislación penal”, *El concepto de derechos humanos. Un estudio interdisciplinario*, Cuadernos Facultad de Derecho, Montevideo, 1986, p. 59.

<sup>86</sup> Véase Prittwitz, Cornelius, “Schutz der Menschenwürde durch das Strafrecht oder vor dem Strafrecht?“, en Prittwitz y Manoledakis (eds.), *Strafrecht und Menschenwürde*, Nomos, 1998, pp. 19 y ss.

<sup>87</sup> Véase Bell, Christine, “The ‘New law’ of Transitional Justice”, en Ambos, Kai, Judith Large y Marieke Wierda (eds.), *Building a Future on Peace and Justice: Studies on Transitional Justice, Peace and Development*, Springer, Berlín, 2009, pp. 105 y ss.

## La influencia de las decisiones de los órganos del sistema interamericano de protección

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.

En cuanto 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 se pueda oponer de modo neutralizador a una interpretación *favor rei y/o in dubio pro reo*. Una interpretación basada en la prudencia indica que se requiere de una ponderación que debería llevarse a cabo frente a cada caso concreto.<sup>88</sup> 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 por ser verificada en futuros trabajos: *cuando se juzga por la CIDH 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.

Este trabajo no aboga por el incumplimiento de las sentencias de la CIDH ni desconoce su indispensable función protectora de los derechos humanos, sino que

pone en entredicho aquellas interpretaciones de la CIDH que se refieren a la responsabilidad penal de los individuos que puedan ser contrarias a los principios contenidos o derivados del texto de la CADH.<sup>89</sup> Ejemplo de ello 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 debe respetar los principios de inocencia y de igualdad ante la ley (artículo 8.2 de la CADH), incluso cuando se trate de “terroristas de Estado”.<sup>90</sup> La doctrina del “estándar máximo” —que exige aplicar el “mayor nivel de protección” de los derechos humanos— y el principio de igualdad<sup>91</sup> no se contradicen ni con la lógica del Derecho penal internacional nacido con los juicios de Núremberg (basado en la persecución selectiva del “enemigo vencido”, normativizada en definitiva a partir del Estatuto de Roma),<sup>92</sup> ni con la política criminal internacional de lucha contra la impunidad que no sólo justifica la persecución por medio del principio de justicia universal,<sup>93</sup> sino que cuando carece de todo límite puede llegar a enmascarar la tradicional teoría del *hostis humanis generis*.<sup>94</sup> 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

<sup>88</sup> En relación a la necesidad de prudencia en el ámbito judicial, véase Höffe, Otfried, *Democracy in an Age of Globalisation*, Springer, The Netherlands, 2007, pp. 150 y ss.

<sup>89</sup> Como también surge del artículo 53 del Convenio Europeo Derechos Humanos, 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 López Barja, Jacobo, *El Convenio, el Tribunal Europeo y el derecho a un juicio justo*, Akal/lure, Madrid, 1991, p. 13.

<sup>90</sup> Las distinciones entre amigos-enemigos, ciudadanos-enemigos, personas buenas-personas malas, escapan al Estado de Derecho y lesionan el principio de dignidad humana. Véase Ambos, Kai, “Derecho penal del enemigo”, en Cancio Meliá, Manuel, y Carlos Gómez-Jara Díaz (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. 1, B de F, Montevideo/Buenos Aires, 2006, p. 153.

<sup>91</sup> Para el principio de igualdad en sentido amplio y en particular el principio de igualdad ante la ley, véase Fredman, Sandra, *Human Rights Transformed. Positive Rights and Positive Duties*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 175 y ss., 181 y ss.

<sup>92</sup> Sobre el tema, en profundidad, Jescheck, Hans-Heinrich, *Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht. Eine Studie zu den Nürnberger Prozessen*, Ludwig Röhrscheid Verlag, Bonn, 1953, pp. 3, 9, 16, 196 y s., 415. También, Pastor, Daniel, “Diritto penale del nemico e potere punitivo internazionale”, trad. Fronza, Donini/Papa (a cura di), *Diritto Penale del Nemico. Un dibattito internazionale*, Giuffrè, Milán, 2007, pp. 204 y ss.

<sup>93</sup> Véase Ambos, Kai, “Derecho Penal del Enemigo”, *op. cit.*, 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 Demetrio, Eduardo, “Feindstrafrecht und Rechtstheorie”, en Karsai Blumenberg et al. (eds.), *Freiheit – Sicherheit – (Straf)Recht* Beiträge eines Humboldt-Kollegs, Universitätsverlag Osnabrück, 2011, pp. 59 y ss.

<sup>94</sup> Véase Zaffaroni, Eugenio, *El enemigo en el Derecho penal*, Ibáñez, Bogotá, 2006, p. 28. El “*hostis populi Romani*” declarado por Cicerón al descubrir y castigar la conspiración de Sergius Catalina para derrocar su régimen no significaba otra cosa que “convertirlo en objeto de venganza pública”. Adomeit, Klaus, *Introducción a la teoría del derecho. Lógica normativa. Teoría del método. Politología jurídica*, trad. Enrique Bacigalupo, Civitas, Madrid, 1984, p. 186.



procesales que deben respetarse cuando se somete a un individuo al ejercicio del *ius puniendi* estatal o de la comunidad de estados.

La jurisdicción de la CIDH se activa cuando el Estado no ha respetado (por acción u omisión) los derechos (humanos) de las víctimas. La CIDH tiene competencia para comprobar la violación de la CADH y responsabilizar al Estado, exigiendo la reparación adecuada. El problema es cuando la reparación adecuada es contraria al texto de la CADH y se exige 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 a la esencia misma de esta forma de gobierno que vuelve a la justicia funcional de la política. Una reparación como ésta puede en algún caso concreto lesionar 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.<sup>95</sup> Esta posibilidad sugiere que dicha exigencia sea sometida a un juicio de conveniencia por parte del órgano encargado de la ejecución. Nótese que en el Derecho penal internacional (incluso con posterioridad a la creación de un tribunal permanente) la competencia para juzgar los crímenes más graves corresponde a los Estados nacionales.<sup>96</sup> El principio de subsidiaridad (artículo 17 del ER) confirma que la jurisdicción internacional sólo puede ser activada cuando el Estado no puede o no quiere llevar a cabo una investigación penal.<sup>97</sup> Pero el Estatuto de Roma no exige que los juicios penales deban disminuir las garantías individuales, sino

que ellos 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.<sup>98</sup> 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 manera satisfactoria a la exigencia internacional de punibilidad que rige a partir del ER a propósito de los crímenes que acarrearán las más graves violaciones a los derechos humanos. Uruguay ha actuado con la obligación de investigar (y castigar) y ha cumplido con la prohibición de amnistiar estos crímenes. La obligación de “remoción” de la ley por parte de la CIDH 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, pues las investigaciones penales tienen como punto de partida el principio de inocencia y se llevan a cabo para castigar o sobreeser a 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.

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 CIDH exige no tener en cuenta, con independencia de una comprobación efectiva de la falsedad de la cosa juzgada.<sup>99</sup> La cosa juzgada guar-

<sup>95</sup> El principio de *tutela judicial efectiva* y el principio *pro homine* no pueden ser interpretados sólo en beneficio de la víctima, sino que también amparan al autor. Así lo pone de manifiesto la Sentencia 211 de 31 de julio de 2012 del Tribunal de Apelaciones de 4º 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).

<sup>96</sup> 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).

<sup>97</sup> Sobre el tema, Höffe, Otfried, *Democracy in an Age of Globalisation*, op. cit., p. 264.

<sup>98</sup> Véase Torelly, Marcelo, *Justiça de Transição e Estado Constitucional de Direito*, Forum, Belo Horizonte, 2012, pp. 87 y ss.

<sup>99</sup> La Sentencia de Almonacid Arellano vs. 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 Radbruch, Gustav, *Filosofía do Direito*, vol. II, trad. Cabral de Moncada, Coimbra, 1961, p. 122 y s.

## La influencia de las decisiones de los órganos del sistema interamericano de protección

da relación con la seguridad jurídica<sup>100</sup> y con la prohibición de *ne bis in idem*, también recogido por las Cartas Internacionales de protección de los derechos humanos y en el Estatuto de Roma. La ley penal no puede ser aplicada de forma retroactiva, éste es un principio consagrado en la CADH (artículo 9) y en el ordenamiento jurídico uruguayo, la tipicidad debe de ser previa, y si está contenida en una norma internacional la prohibición debe de estar formulada con claridad, independientemente de que fuera escrita o consuetudinaria.<sup>101</sup> 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.<sup>102</sup> Otro gran inconveniente se produce con el principio de *nemo tenetur se ipsum accusare* cuando en la lucha contra la impunidad y contra el crimen de lesa humanidad de la desaparición forzada de personas se exige al autor que colabore con la investigación penal para que se descubra la verdad.<sup>103</sup> Todas y cualquiera de estas disminuciones de las garantías procesales en perjuicio del indagado y en favor del afán punitivo no pueden ser toleradas por el Estado de Derecho,<sup>104</sup>

aunque se trate de un mandato de la CIDH, 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.<sup>105</sup> 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.<sup>106</sup> La validez normativa de los derechos humanos depende, a nivel individual, del cumplimiento de las obligaciones recíprocas de no lesión por parte de los ciudadanos,<sup>107</sup> así como, a nivel estatal, depende de que el Estado cumpla con las 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.<sup>108</sup> Según esta lógica, el Estado está obligado a la mayor protección de los derechos humanos tanto para brindar protección y reparación a las víctimas como para someter a los autores a la justicia penal.<sup>109</sup> Asimismo, la protección de los derechos humanos, a nivel individual, exige renunciar a una “justicia de vencedores” entre los miembros de la sociedad que se encuentran en ejercicio del poder, y a nivel estatal, aplicar los principios democráticos del Estado de

<sup>100</sup> Sobre el valor de la cosas juzgada para la seguridad jurídica, Radbruch, Gustav, *Introducción a la filosofía del Derecho*, trad. Wenceslao Roces, Fondo de Cultura Económica, México, 2010, p. 41.

<sup>101</sup> 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 Werle, Gerhard, *Tratado de Derecho penal internacional*, trad. Díaz Pita et al., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 86 y s.

<sup>102</sup> También está consagrado en los artículos 22 a 24 del Estatuto de Roma.

<sup>103</sup> Véase Galain Palermo, Pablo, “El tipo penal de la desaparición forzada de personas como un acto aislado: consideraciones críticas”, en Muñoz Conde, Francisco, et al. (dirs.), *Un Derecho penal comprometido. Libro homenaje al prof. dr. Gerardo Landrove Díaz*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 419-448.

<sup>104</sup> 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 Werle, Gerhard, *Tratado de Derecho penal internacional*, op. cit., p. 98.

<sup>105</sup> Muñoz Conde, Francisco, *De las prohibiciones probatorias al Derecho procesal penal del enemigo*, Hammurabi, Buenos Aires, 2008, pp. 29 y s.; Hornle, Tatjana, “Deskriptive und normative Dimensionen des Begriffs ‘Feindstrafrecht’”, *Goldsammer’s Archiv für Strafrecht*, 2006, pp. 80 y ss.; Prittowitz, Cornelius, “Diritto penale del nemico”, en Massimo Domini y Michele Papa (dirs.), *Diritto Penale del nemico*, op. cit., pp. 139 y ss.

<sup>106</sup> Véase por todos Höffe, Otfried, *Democracy in an Age of Globalisation*, op. cit., pp. 37, 260.

<sup>107</sup> Véase Corradetti, Claudio, *Relativism and Human Rights. A Theory of Pluralistic Universalism*, Springer, 2009, p. 136.

<sup>108</sup> Véase Hélène, Ruiz Fabri, “Human Rights and State Sovereignty: Have the Boundaries been Significantly Redrawn?”, en Alston, Phillip, y Macdonald, Euan (eds.), *Human Rights, Intervention, and the use of Force*, 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 Forsythe, David, *Human Rights in International Relations*, Cambridge University Press, 2012, pp. 14 y ss.

<sup>109</sup> El principio de justicia exige que la misma justicia se lleve a cabo contra los autores que han sido vencidos y contra los autores poderosos que aun no han sido vencidos. Véase Höffe, Otfried, *Democracy in an Age of Globalisation*, op. cit., 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). *Ibidem*, p. 267.

<sup>110</sup> Ello, porque una paz duradera no puede estar basada en criterios de sumisión, que entre otras cosas pueda 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 tanto *opus iustitiae pax* (“la paz es fruto de la justicia”). Véase Höffe, Otfried, *Democracy in an Age of Globalisation*, op. cit., p. 267.

Derecho.<sup>110</sup> 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.<sup>111</sup> Esta lógica no puede ser desconocida para aplicar excepciones a la justicia (o aceptar que se debiliten sus principios),<sup>112</sup> 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.

## VI. Los controles de constitucionalidad y de convencionalidad: aplicación del Derecho como lucha de resistencia y límite a la política

La función de la CIDH también puede ser analizada desde el punto de vista positivista, sin que ello signifique adoptar esta posición teórica. La teoría del Derecho contemporáneo 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?<sup>113</sup> Aunque ambas preguntas están relacionadas entre sí y se influyen correlativamente, aquí nos interesa el segundo aspecto controvertido, el que se vincula 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.<sup>114</sup> 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, cuánta 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.<sup>115</sup> La CIDH, sin embargo, parece adoptar la posición de las teorías críticas que exigen un compromiso subjetivo cuasi político del juez que dirime conflictos entre intereses enfrentados. En mi opinión, sin desconocer que la CIDH 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 en relación con 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 ComIDH. En ese sentido, 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 ComIDH). La CADH debe ser interpretada según principios propios de la justicia y con la prudencia que un intérprete último tiene que adoptar para sentar criterios duraderos.<sup>116</sup> Lo dicho no significa aceptar que la interpretación del Derecho obedece a reglas de la lógica pura, sino que hay circunstancias sociales y de la realidad que limitan la discrecionalidad del intérprete.<sup>117</sup> Existen estándares jurídicos que deben ser respetados al interpretar y ejecutar el Derecho, incluso

<sup>110</sup> Véase Elster, Jon, “Justice, truth, peace”, en Bergsmo, Morten, y Kalmanovitz, Pablo (eds.), *Law in Peace Negotiations*, International Peace Research Institute, Oslo, 2009, pp. 21 y s., 26 y ss.

<sup>112</sup> Höffe, Otfried, *op. cit.*, p. 266.

<sup>113</sup> “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 Rodríguez, César, “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*, Siglo del Hombre, Bogotá, 1999, p. 19.

<sup>114</sup> A favor de controlar la creación del Derecho por parte de los jueces y de mantener estándares claros de interpretación, véase Höffe, Otfried, *Democracy in an Age of Globalisation*, *op. cit.*, pp. 260 y s.

<sup>115</sup> 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”. Esto requiere que los jueces reconozcan y obedezcan las reglas existentes a través de un sistema de estándares preestablecidos. Véase Norrie, Alan, *Crime, Reason and History. A Critical Introduction to Criminal Law*, 2ª ed., Butterworths, Beccles/Londres, 2001, p. 8 (traducción libre).

<sup>116</sup> Véase Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, Londres, 1977, pp. 150 y ss., 162. En opinión de 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 a los comportamientos reales). Kantorowicz, Hermann, “Some Rationalism about Realism”, *Yale Law Journal*, vol. 43 (1934), pp. 1240 y ss.

<sup>117</sup> En relación con la teoría del “realismo jurídico” y sus críticas en cuanto a la certeza del Derecho como valor jurídico fundamental, véase Tarello, Giovanni, *Il realismo giuridico americano*, Giuffrè, Milán, 1962, pp. 8 y ss.

## La influencia de las decisiones de los órganos del sistema interamericano de protección

por las últimas instancias judiciales.<sup>118</sup> En resumidas cuentas, el juez tiene una prohibición de “cambiar las leyes” mediante su interpretación.<sup>119</sup> 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 ellos puedan ser predecibles.<sup>120</sup>

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.<sup>121</sup> La CIDH (como la Corte Penal Internacional) se encuentra legitimada y limitada a la vez por los derechos humanos.<sup>122</sup> La CIDH actúa como intérprete de la CADH por concesión de los Estados, que le encomiendan velar por la protección de los derechos sometiéndose a su criterio, que previamente

ha sido limitado por el texto pactado.<sup>123</sup> El legislador es el Estado y la CIDH sólo el intérprete a quien le está vedado la creación de nuevo Derecho. La CIDH sólo 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.<sup>124</sup> Las interpretaciones de la ley luego deben ser ejecutadas en un “mundo concreto”, rodeado de sus propias circunstancias y con características propias.<sup>125</sup> Aunque la doctrina no consiste en contestar sobre cuál es el método de interpretación correcto, lo cierto es que el problema tampoco puede ser resuelto por la jurisprudencia.<sup>126</sup> Esto no significa negar la potestad integradora del juez, sino sujetarla a estándares de prudencia que no renuncien a la justicia como espíritu de la ley.<sup>127</sup> En realidad, se trata de encontrar la solución más adecuada para resolver un

<sup>118</sup> Hart, Herbert, *The Concept of Law*, 2ª ed., Clarendon Press, Oxford, 1994, pp. 124 y ss., 141 y 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.

<sup>119</sup> Véase Duncan Kennedy, *Libertad y restricción en la decisión judicial*, *op. cit.*, pp. 96 y s.

<sup>120</sup> *Ibidem*, p. 147. Aunque las normas de la moral (los sistemas morales) cambian según la cultura, la legalidad es un subgrupo que permanece constante. Véase Posner, Eric, “Transitional Prudence: A Comment on David Dyzenhaus, ‘Leviathan as a Theory of Transitional Justice’”, en William, Melissa, et al. (eds.), *Transitional Justice*, Nueva York University Press, Nueva York/Londres, 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.

<sup>121</sup> La idea de Estado de Derecho (*Rechtstaat*) 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, incluyendo a las cortes de justicia. Véase Del Vecchio, Giorgio, “On the Functions and Aims of the State”, *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, Council, Indianápolis, 1962, p. 143. El principal deber del Estado es la protección de los derechos naturales de sus ciudadanos. *Ibidem*, p. 147.

<sup>122</sup> Véase Werle, Gerhard, *Tratado de Derecho penal internacional*, *op. cit.*, 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.

<sup>123</sup> 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. Recaséns-Siches, Luis, “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*, *op. cit.*, p. 194.

<sup>124</sup> Curiosamente, los jueces de la CIDH actúan de igual manera que los jueces del sistema *common law* (descubriendo la ley), cuando casi todos 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 Guastini, Ricardo, *Della fonti alle norme*, 2ª ed. Giappilechi, Torino, 1992, pp. 33 y ss. Sobre la interpretación según la denominada “lógica de lo humano”, véase Recaséns-Siches, Luis, “The logic of the Reasonable as Differentiated from the Logic of the Rational (Human Reason in the Making and the Interpretation of the Law)”, *op. cit.*, pp. 213 y ss.

<sup>125</sup> 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 y s., 217.

<sup>126</sup> *Ibidem*, p. 218. La doctrina y la jurisprudencia, por ejemplo, se afilian a las reglas de la “sana crítica” que sólo pueden ser enunciadas como “reglas del entendimiento humano y de la experiencia”, que tampoco sirven para explicar las reglas de la interpretación.

<sup>127</sup> 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. Reyes Mate, Manuel, *Tratado de la injusticia*, Anthropos, Barcelona, 2011, pp. 261, 270. Así como si se parte de la injusticia cometida a la víctima como elemento esencial de la justicia y no como el frío enunciado de principios abstractos. Véase Ruiz Castor, Bartolomé, “Justiça anamnética e alteridade ferida, por uma justiça das vítimas”, en Assy et al. (coords.), *Direitos Humanos. Justiça, verdade e memória*, Lumen Juris, Río de Janeiro, 2012, pp. 49 y ss.

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.<sup>128</sup> Esto también se aplica para la denominada *justicia de transición*, pues sus consecuencias repercuten en un momento histórico y social determinado. Si bien las condiciones sociales cambian, la base de la interpretación es el texto concreto para ser interpretado y ejecutado.<sup>129</sup> Con su jurisprudencia constante, la CIDH obliga a los Estados a ejecutar resoluciones que no sólo surgen del texto y 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 CIDH supera los límites impuestos por el tratado internacional mediante teorías de la interpretación que la convierten en legislador,<sup>130</sup> y 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 CIDH se refiere al Derecho penal y deviene en analogía *in malam partem*, que luego debe ser ejecutada por las autoridades nacionales con el riesgo de contradecir el ordenamiento jurídico.<sup>131</sup> La CIDH, de esta forma, no sólo realiza una función legislativa que le está prohibida, sino que la misma no superaría el *control de constitucionalidad* en el orden nacional.

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.<sup>132</sup> De este modo, por ejemplo, habría que armonizar las interpretaciones de la ComIDH con las de la CIDH, de tal manera que las resoluciones de una no contradigan las de la otra. No es congruente desde un punto de vista sistémico que la ComIDH determine que el sistema penal uruguayo es contrario a la CADH y que en la primera sentencia de condena contra el Uruguay la CIDH exija la aplicación de ese mismo sistema penal y además que aquel se aplique disminuyendo aún más las garantías procesales. El sistema interamericano requiere de mayor congruencia interpretativa (desde un punto de vista jurídico) al momento de emitir sus resoluciones para que éstas no se vuelvan contradictorias.

En lo que a este trabajo importa, la CIDH es el órgano de interpretación de la CADH, y la SCJ de Uruguay es el órgano de aplicación o ejecución,<sup>133</sup> que son dos tareas que si bien están relacionadas son totalmente diferentes.<sup>134</sup> La tarea de interpretación no tiene asignada los valores de veracidad<sup>135</sup> y mucho menos puede incorporar un significado propio a la norma, a cuyo texto se sujeta.<sup>136</sup> Aquello que ha sido interpretado por la CIDH debe ser aplicado por la SCJ, encargada de los controles de constitucionalidad y convencionalidad en lo que refiere al ordenamiento jurídico uruguayo.<sup>137</sup> En ese sentido, quedan algunas preguntas sin

<sup>128</sup> La interpretación sigue una lógica de lo razonable que se debe 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 Recaséns -Siches, Luis, “The logic of the Reasonable as Differentiated from the Logic of the Rational (Human Reason in the Making and the Interpretation of the Law)”, *op. cit.*, p. 221.

<sup>129</sup> *Ibidem*, p. 219.

<sup>130</sup> Según Guastini, “En derecho, la interpretación es típicamente una reformulación de los textos normativos de las fuentes”, el intérprete está sujeto a la norma y 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 Guastini, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, trad. Gascón, Mariana, y Carbonell, Miguel, UNAM, México, 1999, pp. 5 y ss., 69.

<sup>131</sup> Acerca de las diferencias entre interpretación evolutiva o extensiva y analógica, *ibidem*, pp. 70 y ss.

<sup>132</sup> Sobre el tema, Ross, Alf, *Direito e Justiça*, 2ª ed., trad. Edson Bini, Edipro, Brasil, 2007, pp. 158 y ss.

<sup>133</sup> 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, Referendum, artículos 4 y 82 de la CU). Galain Palermo, Pablo, “Übergangsjustiz und Vergangenheitbewältigung in Uruguay”, *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, de próxima publicación.

<sup>134</sup> “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)”. Guastini, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, *op. cit.*, p. 10.

<sup>135</sup> *Ibidem*, p. 13.

<sup>136</sup> Ross, Alf, *Direito e Justiça*, *op. cit.*, pp. 135 y ss.

<sup>137</sup> Véase Ayala, Carlos, “La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales*, 5, 1, Universidad de Talca, 2007, p. 131; Ruiz Miguel, Carlos, “El largo y tortuoso camino hacia la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *op. cit.*, pp. 27 y ss.

## La influencia de las decisiones de los órganos del sistema interamericano de protección

responder: ¿Debe el Uruguay aplicar o ejecutar las sentencias de condena de la CIDH cuando una parte de las mismas 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?

¿Pueden erigirse principios superiores del Derecho en un límite a la interpretación judicial que responde a una orientación política de lucha contra la impunidad?<sup>138</sup> Esta pregunta no puede ser respondida aquí. La existencia de “un conjunto de normas imperativas cuya violación lleva a la nulidad de la disposición que las contradice (normas de *ius cogens*)”, cuyo objetivo es la protección de los derechos humanos,<sup>139</sup> 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.<sup>140</sup> La CIDH 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.<sup>141</sup> Así, la CIDH se erige en

el órgano con preeminencia sobre los órganos nacionales (parlamentarios o judiciales), sometidos a sus designios.<sup>142</sup> La exigencia del control de convencionalidad al que se deben someter las normas internas en relación con su contradicción con las internacionales permite a la CIDH dictaminar la remoción de cualquier norma que pueda contradecir una norma imperativa de *ius cogens*. En la sentencia Gelman la CIDH reiteró el criterio formulado en Barrios Altos para las amnistías,<sup>143</sup> en cuanto a que la Ley de Caducidad no sólo carece de efectos jurídicos, sino que debe ser removida del orden jurídico nacional, porque no supera el control de convencionalidad y su no remoción supone responsabilidad internacional a Uruguay (hasta que no sea removida). La CIDH luego rechaza cualquier justificación basada en criterios de democracia que no legitiman los obstáculos a la persecución penal de determinados crímenes. De esta manera, una ley de amnistía<sup>144</sup> 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 cuan-

<sup>138</sup> Una posible respuesta a estas interrogantes proviene de Malarino, quien cuestiona y rechaza la obligatoriedad de cumplimiento de las sentencias de la CIDH, que sólo constituyen una orientación a seguir por parte de los aplicadores nacionales del texto de la CADH. Malarino, Ezequiel, “Acerca de la pretendida obligatoriedad de la jurisprudencia de los órganos interamericanos de protección de derechos humanos para los tribunales judiciales nacionales”, en Ambos, Malarino y Elsner (eds.), *Sistema interamericano*, t. II, *op. cit.*, pp. 428 y ss.

<sup>139</sup> Un sector de la antropología es muy crítico con el concepto de derechos humanos construido por el Derecho internacional según una cosmología universalista cristiano-céntrica 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. Grosfoguel, Ramón, “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 Mignolo, Walter, “Splendors and Miseries of Science: Coloniality, Geopolitics of Knowledge, and Epistemic Pluriversality”, en Boaventura Santos (ed.), *Cognitive Justice in a Global World*, Lexiton Books, Londres, 2007, y Rojas, Gustavo, “Comentario. Raíces Latinas: El imperialismo y la formación del Derecho Moderno”, en Fitzpatrick, Peter, *El derecho como resistencia*, *op. cit.*, p. 157.

<sup>140</sup> Véase Fitzpatrick, Peter, “La infamia del derecho”, trad. Rojas Páez, en Fitzpatrick, Peter (coord.), *El derecho como resistencia: modernismo, imperialismo, legalismo*, Siglo del Hombre, Bogotá, 2010 pp. 177 y s.; De las Casas, Bartolomé, *De Regia Potestate*, Guiseppe Tosi (dir.), Laterza, Bari, 2007; Zolo, Danilo, *I signori della pace. Una critica del globalismo giuridico*, Carocci, Roma, 2001, pp. 53 y ss., 59.

<sup>141</sup> 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 “peacebuilding” en situaciones posconflicto. Van Zyl Paul, “Promoting transitional justice in post-conflict societies”, en Félix Reátegui (ed.), *Transitional Justice. Handbook for Latin America*, Brasilia/Nueva York, 2011, pp. 45 y s.

<sup>142</sup> Véase Pastori Fillol, Alejandro, “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”, *op. cit.*, p. 184.

<sup>143</sup> Cfr. Caso Gelman, párr. 232; Caso Barrios Altos. Fondo, *supra*, nota 288, párr. 44; Caso La Cantuta vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 175, y Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia), *supra*, nota 16, párr. 174.

<sup>144</sup> “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”. Caso Gelman, párr. 240.



do se oponen a la política criminal de lucha contra la impunidad.<sup>145</sup> Esta lucha de política (criminal), según la CIDH, es necesaria para la defensa de los derechos humanos (norma de *ius cogens*) y para la reparación de las víctimas.<sup>146</sup> Con buen criterio la CIDH 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.<sup>147</sup> De esta forma, no hay duda de que los derechos de cualquier minoría estarán protegidos y contenidos dentro del concepto de derechos humanos, y frente a cualquier violación de los mismos el Estado está obligado a investigar y, en su caso, sancionar a los responsables.<sup>148</sup> La CIDH, entonces, exige 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.<sup>149</sup> Entre las garantías exigidas, la CIDH omite mencionar aquellas que protegen al indagado en su devenir procesal como imputado y condenado,<sup>150</sup> omisión de la que parece haber sido consciente en tanto la CIDH 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”.<sup>151</sup> 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 Beccaria. Esta política sólo puede ser vista de manera crítica, y tiene que ser limitada al momento de aplicarse la justicia en una *sociedad justa (gerechte Gesellschaft)* en la que rige el concepto de dignidad humana.<sup>152</sup> En este espacio no puedo ahondar más sobre este aspecto y únicamente me resta decir que el cumplimiento de esta obligación de punir disminuyendo las garantías del debido proceso puede significar que Uruguay no sólo viole la Constitución sino también la CADH.<sup>153</sup>

El problema central consiste en determinar si la CIDH puede interpretar la CADH con desconocimiento de la doctrina del estándar máximo de protección<sup>154</sup> 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 con-

<sup>145</sup> Está fuera de discusión que, como sostiene la CIDH 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 deben estar protegidos de un modo permanente y objetivo en todo tiempo y en todo lugar. En sentido similar, Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, op. cit., p. 205; también Rincón, Tatiana, “Democracia y derechos humanos: la sentencia de la CIDH en el Caso Gelman vs. Uruguay”, en Galain Palermo, Pablo (ed.), *Justicia de transición*, op. cit., de próxima publicación.

<sup>146</sup> Caso Gelman, párr. 238.

<sup>147</sup> *Ibidem*, párr. 239. Argumentos que ya habían sido utilizados en el orden interno por la SCJ en el Caso Nibia Sabalsagaray Curutchet, Sentencia 365 de 2009.

<sup>148</sup> Caso Gelman, párr. 252.

<sup>149</sup> *Ibidem*, párr. 255.

<sup>150</sup> Sin embargo, la Declaración de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena de 25 de junio de 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”.

<sup>151</sup> Caso Gelman, párr. 254. El subrayado es mío.

<sup>152</sup> Habermas, Jürgen, *Faktizität und Geltung*, Suhrkamp, Fráncfort del Meno, 1992, p. 504.

<sup>153</sup> Véase Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, op. cit., p. 184. La CIDH no es una última instancia en relación con el sistema judicial uruguayo, cuyo lugar es ocupado por la SCJ. Gros Espiel, Héctor, “El procedimiento contencioso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Derechos Humanos*, cap. XXI, Cultural Cuzco, 1991, pp. 431 y ss. Según Rizzo: “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, 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”. Rizzo, Martín, “Cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)”, op. cit., p. 94.

<sup>154</sup> Sentencia caso Hauer, Liselotte Hauer vs. Land Rheinland Pfalz, Tribunal Europeo de Justicia, 13 de diciembre de 1979, C-44/79. Ruiz Miguel, Carlos, “El largo y tortuoso camino hacia la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, op. cit., p. 33. Véase Kaufmann, Arthur, “Demokratie —Rechtsstaat— Menschewürde: Zur Rechtsphilosophie Gustav Radbruchs”, en Kaufmann, Arthur, *Über Gerechtigkeit*, Carl Heymanns Verlag, Colonia, 1993, p. 475. En la doctrina uruguayo, por todos, Rizzo, Martín, *Algunas garantías básicas de los derechos humanos*, op. cit., p. 138.

## La influencia de las decisiones de los órganos del sistema interamericano de protección

tra la impunidad<sup>155</sup> o un derecho de satisfacción de la víctima por medio del castigo penal.<sup>156</sup> Según la lógica que ha seguido este trabajo, hay que responder que la SCJ debe ejecutar la sentencia de la CIDH aplicando un criterio de razonabilidad que, por un lado, se oponga a cualquier interpretación arbitraria o analógica del texto de la CADH<sup>157</sup> y, por otro, permita la reparación de las víctimas sin merma de la protección de los derechos humanos contenidos en la CADH.<sup>158</sup>

## VII. A modo de conclusión

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 en la materia. Además, está obligado a realizar controles de convencionalidad y de constitucionalidad relacionados con el texto de la CADH.

Las sentencias de la CIDH han influido, principalmente, en la jurisprudencia penal uruguaya de primera instancia, pero no han encontrado eco en las instancias judiciales superiores. Al momento de escribir este informe ellas no han tenido influencia en la normativa jurídico-penal o constitucional, en particular; se mantiene el incumplimiento del Estado uruguayo en relación con la reforma del proceso penal.<sup>159</sup>

Según la ComIDH Uruguay tiene un proceso penal contrario al espíritu de la CADH, de manera que su utilización debería ser respaldada sólo cuando sea estrictamente necesario y en aplicación de todas las garantías procesales posibles.<sup>160</sup> Con base en esto, el recurso al Derecho penal en Uruguay debe quedar circunscrito a los casos estrictamente necesarios, y cuando ello ocurra deben respetarse 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).

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, el personaje de Dostoievski,<sup>161</sup> 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 debe proteger incluso de las interpretaciones del Derecho.<sup>162</sup> Los responsables de las más graves violaciones a los derechos humanos

<sup>155</sup> Crítico, Silva Sanchez, Jesús, "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*, núm. 1, ULACIT, Costa Rica, julio de 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.

<sup>156</sup> Gomes Canotilho, José, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4ª ed., Almedina, Coimbra, p. 469.

<sup>157</sup> Como la propia CIDH 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)". Gialdino, Rolando, "Judicialidad de los derechos humanos, económicos, sociales y culturales", *Derechos Humanos en situaciones de crisis*, *op. cit.*, 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 Pastori Fillol, Alejandro, "Reflexiones sobre los problemas jurídicos", *op. cit.*, p. 190. Según este autor, no se trata de desconocer la jurisdicción de la CIDH sino ese fallo en particular. De similar opinión, Ochs, Daniel, "El fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Gelman contra Uruguay", *Estudios Jurídicos* 9, *op. cit.*, pp. 101 y ss.

<sup>158</sup> Véase también Risso, Martín, *Algunas garantías básicas de los derechos humanos*, *op. cit.*, pp. 134 y ss. El principio de "prohibición de retroceso social" o el de "prohibición de evolución reaccionaria" pueden oponerse por parte del Estado cuando la CIDH lo obliga al desconocimiento de 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.

<sup>159</sup> Véase ComIDH. Informe No. 86/09, Caso 12.553, Fondo Jorge, José y Dante Peirano Basso vs. República Oriental del Uruguay, 6 de agosto de 2009. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2009sp/Uruguay12553.sp.htm>

<sup>160</sup> De la misma opinión, exigiendo un ligamen entre Derecho penal como *ultima ratio*, finalidad de la pena y dignidad humana, Kelker, Brigitte, "Grundfragen eines Zusammenhangs zwischen Menschenwürde und Strafrecht", *op. cit.*, p. 1690.

<sup>161</sup> Sobre el tema, Gerigk, Horst-Jürgen, "Verbrechen und Strafe-Eine Einführung in Dostojewskijs ersten großen Roman", Oehmichen y Von Engelhardt (eds.), *Schuld und Sühne, Verbrechen und Strafe*, Schmidt/Römhild, Lübeck, 2005, pp. 42 y ss.

<sup>162</sup> A diferencia de Raskolnikow, los ex terroristas 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 sistema de Derecho la lucha contra la impunidad no los puede obligar 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 contribuir 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



deben 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.

Este trabajo aboga por una interpretación y un ejercicio prudente del Derecho. Si consideramos que los estándares utilizados para la interpretación y ejecución de 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 CIDH, sobre todo 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 sólo pueden ser controlados por una jurisprudencia que epistemológicamente se funde en la prudencia (*iurisprudencia*) al momento de 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.<sup>163</sup> En realidad se trata de que la interpretación judicial no reproduzca sino que contenga la espiral de violencia inmanente al ejercicio del poder.

## Bibliografía

Adomeit, Klaus, *Introducción a la teoría del derecho. Lógica normativa. Teoría del método. Politología jurídica*, trad. Enrique Bacigalupo, Civitas, Madrid, 1984.

Ambos, Kai, “Derecho penal del enemigo”, en Cancio Meliá, Manuel, y Carlos Gómez-Jara Díaz (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. 1, B de F, Montevideo/Buenos Aires, 2006.

— y Böhm, María Laura, “Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos. ¿Tribunal tímido y tribunal audaz?”, en Ambos, Malarino y Elsner (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y Derecho penal internacional*, t. II, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2011.

Arnold, Simon y Woischnick (eds.), *Estado de derecho y delincuencia de Estado en América Latina. Una visión comparativa*, UNAM, México, 2006.

Ayala, Carlos, “La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales*, 5, 1, Universidad de Talca, 2007.

Blengio Valdés, Mariana, “Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gelman contra Uruguay”, *Revista de Derecho Público*, 39, FCU, Montevideo, 2011.

Bohoslavsky, Juan Pablo, “Eslabón financiero en la justicia transicional uruguaya”, *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, 21, 12, Montevideo, 2012.

Cagnoni, José y Mariana Blengio, “Los derechos humanos en la Constitución”, en Blengio, Mariana, *Código de derechos humanos*, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2010.

Corradetti, Claudio, *Relativism and Human Rights. A Theory of Pluralistic Universalism*, Springer, 2009.

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

Del Vecchio, Giorgio, “On the Functions and Aims of the State”, *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, Council, Indianápolis, 1962.

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 CIDH para reparar a las víctimas y permitir el conocimiento de la verdad. Véase sobre estos aspectos, Vest, Hans, *Gerechtigkeit für Humanistatsverbrechen?*, *op. cit.*, pp. 28 y ss.; Eser, Arnold y Kreicker (eds.), “Strafrecht in Reaktion auf Systemunecht. Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse”, *Iuscrim*, 2001; Werle, Gerhard, “Die juristische Aufarbeitung der Vergangenheit: Strafe, Amnestie oder Wahrheitskommission?”, en Muñoz Conde y Vormbaum (eds.), “Transformation von Diktaturen in Demokratien und Aufarbeitung der Vergangenheit”, Humboldt-Kolleg/Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, 7-9 de febrero de 2008, De Gruyter, 2010, pp. 16 y ss.

<sup>163</sup> 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 la reparación de la misma) y exigir prudencia al momento de ejercer la reacción estatal contra el autor. Con una perspectiva filosófica, Reyes Mate, Manuel, *Tratado de la injusticia*, *op. cit.*; desde un punto de vista penal, Galain Palermo, Pablo, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

La influencia de las decisiones de los órganos del sistema interamericano de protección

- Demetrio, Eduardo, “Feindstrafrecht und Rechts-theorie”, en Karsai Blumenberg *et al.* (eds.), *Freiheit – Sicherheit – (Straf)Recht* Beiträge eines Humboldt-Kollegs, Universitätsverlag Osnabrück, 2011.
- De las Casas, Bartolomé, *De Regia Potestate*, Giuseppe Tosi (dir.), Laterza, Bari, 2007.
- De Saavedra, Ángel, *Un castellano leal* (romance tercero), consultado en <http://www.camagueycuba.org/cienpoesias/75.html>.
- Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, Londres, 1977.
- Elster, Jon, “Justice, truth, peace”, en Bergsmo, Morten, y Kalmanovitz, Pablo (eds.), *Law in Peace Negotiations*, International Peace Research Institute, Oslo, 2009.
- Fernández, Gonzalo, “Derechos humanos y legislación penal”, *El concepto de derechos humanos. Un estudio interdisciplinario*, Cuadernos Facultad de Derecho, Montevideo, 1986.
- en Eser, Arnold y Sieber (eds.), *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht. Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse, Teilband 11*, Duncker & Humblot, Berlín, 2007.
- Ferrajoli, Luigi, *Las fuentes de la legitimidad de la jurisdicción*, trad. Miguel Carbonell, Inacipe, México, 2010.
- Fitzpatrick, Peter, “La infamia del derecho”, trad. Rojas Páez, en Fitzpatrick, Peter (coord.), *El derecho como resistencia: modernismo, imperialismo, legalismo*, Siglo del Hombre, Bogotá, 2010.
- Forsythe, David, *Human Rights in International Relations*, Cambridge University Press, 2012.
- Fredman, Sandra, *Human Rights Transformed. Positive Rights and Positive Duties*, Oxford University Press, Oxford, 2008.
- Galain Palermo, Pablo, “Principle of legality (*nullum crimen sine lege*) in Uruguay”, Sieber, Forster y Jarvers (eds.), *National Criminal Law in a Comparative Legal Context*, vol. 2.1, Duncker & Humblot, Berlín, 2011.
- , “Uruguay”, en Ambos, Malarino y 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*, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2006.
- , “La justicia de transición en Uruguay: un conflicto sin resolución”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 6, 2011.
- , “Übergangsjustiz und Vergangenheitsbewältigung in Uruguay“, *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, de próxima publicación.
- , *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- , “La giustizia di transizione in Uruguay. Un conflitto senza soluzione”, trad. Mateira y Menghini, en Fornasari y Fronza (eds.), *Percorsi giurisprudenziali in tema di gravi violazioni dei diritti umani. Materiali dal laboratorio dell’America Latina*, Università degli Studi di Trento, 2011.
- “The Prosecution of International Crimes in Uruguay”, *International Criminal Law Review*, 10, 4, 2010.
- y Simon, Jan-Michael, “La imprescriptibilidad de las violaciones contra los derechos humanos cometidas en Uruguay (1973-1985)”, *Revista Penal*, de próxima publicación.
- y Garreaud, Álvaro, “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*, Duncker & Humblot, Berlín, 2012.
- , “El tipo penal de la desaparición forzada de personas como un acto aislado: consideraciones críticas”, en Muñoz Conde, Francisco, *et al.* (dirs.), *Un Derecho penal comprometido. Libro homenaje al prof. dr. Gerardo Landrove Díaz*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- Gerigk, Horst-Jürgen, “Verbrechen und Strafe-Eine Einführung in Dostojewskijs ersten großen Roman”, Oehmichen y Von Engelhardt (eds.), *Schuld und Sühne, Verbrechen und Strafe*, Schmidt/Römhild, Lübeck, 2005.
- Grosfoguel, Ramón, “Colonialidad global y terrorismo antiterrorista”, *Nueva Sociedad* 177, enero-febrero de 2002, consultado en [http://www.nuso.org/upload/articulos/3033\\_1.pdfj](http://www.nuso.org/upload/articulos/3033_1.pdfj).
- , “Los derechos humanos y el antisemitismo después de Gaza”, *Universitas Umanistica*, 68, Bogotá, 2009.
- Guastini, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, trad. Gascón, Mariana, y Carbonell, Miguel, UNAM, México, 1999.
- Habermas, Jürgen, *Más allá del Estado nacional*, trad. Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 2001.
- , *Faktizität und Geltung*, Suhrkamp, Francfort del Meno, 1992.

- Hart, Herbert, *The Concept of Law*, 2a. ed., Clarendon Press, Oxford, 1994.
- Hassemer, Winfried y Reemtsma, Jan Philipp, *Verbrechenopfer-Gesetz und Gerechtigkeit*, Beck, Múnich, 2002.
- Hélène, Ruiz Fabri, “Human Rights and State Sovereignty: Have the Boundaries been Significantly Redrawn?”, en Alston, Phillip, y Macdonald, Euan (eds.), *Human Rights, Intervention, and the use of Force*, Oxford University Press, 2008.
- , “Human Rights and State Sovereignty: Have the Boundaries been Significantly Redrawn?”, en Alston, Phillip, y Macdonald, Euan (eds.), *Human Rights, Intervention, and the use of Force*, Oxford University Press, 2008.
- Höffe, Otfried, *Democracy in an Age of Globalization*, Springer, The Netherlands, 2007.
- Hornle, Tatjana, “Deskriptive und normative Dimensionen des Begriffs ‘Feindstrafrecht’”, *Goldammer’s Archiv für Strafrecht*, 2006.
- Ibáñez Rivas, Juana María, “Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario de Derechos Humanos 2012*, consultado en <http://www.revfono.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/20555/21725>.
- Jeschke, Hans-Heinrich, *Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht. Eine Studie zu den Nürnberger Prozessen*, Ludwig Röhrscheid Verlag, Bonn, 1953.
- Kantorowicz, Hermann, “Some Rationalism about Realism”, *Yale Law Journal*, vol. 43 (1934).
- Kelker, Brigitte, “Grundfragen eines Zusammenhangs zwischen Menschenwürde und Strafrecht”, en Paeffgen *et al.*, (eds.), *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlín.
- Lessa, Francesca y Fried, Gabriela, “Las múltiples máscaras de la impunidad: la Ley de Caducidad”, en Lessa, Francesca, y Fried, Gabriela (comps.), *Luchas contra la impunidad. Uruguay 1985-2011*, Trilce, Montevideo, 2011.
- López Barja, Jacobo, *El Convenio, el Tribunal Europeo y el derecho a un juicio justo*, Akal/Iure, Madrid, 1991.
- López de Oñate, Flavio, *La certeza del Derecho*, trad. Sentís Melendo y Ayerra, EJE, Buenos Aires, 1953.
- Malarino, Ezequiel, “Activismo judicial, punitivización y sancionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Ambos, Malarino y Elsner (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y Derecho penal internacional*, t. I, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2010.
- Mondragón, Salvador, *Ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Porrúa, Mexico, 2007.
- Norrie, Alan, *Crime, Reason and History. A Critical Introduction to Criminal Law*, 2a. ed., Butterworths, Beccles/Londres, 2001.
- Ochs Olazábal, Daniel, “El fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Gelman contra Uruguay”, *La Ley Uruguay*, IV, 7, julio de 2011.
- Orozco, Iván, *Sobre los límites de la conciencia humanitaria. Dilemas de la paz y la justicia en América Latina*, Temis, Bogotá, 2005.
- Pastor, Daniel, “Diritto penale del nemico e potere punitivo internazionale”, trad. Fronza, Donini/Papa (a cura di), *Diritto Penale del Nemico. Un dibattito internazionale*, Giuffrè, Milán, 2007.
- Pastori Fillol, Alejandro, “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*, núm. 1, 2011.
- Posner, Eric, “Transitional Prudence: A Comment on David Dyzenhaus, ‘Leviathan as a Theory of Transitional Justice’”, en Willian, Melissa, *et al.* (eds.), *Transitional Justice*, Nueva York University Press, Nueva York/Londres, 2012.
- Preza, Dardo, *El proceso penal uruguayo*, 3ª ed., FCU, Montevideo, 2009.
- Prittwitz, Cornelius, “Schutz der Menschenwürde durch das Strafrecht oder vor dem Strafrecht?“, en Prittwitz y Manoledakis (eds.), *Strafrecht und Menschenwürde*, Nomos, 1998.
- Risso, Martin, “Cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)”, *Estudios Jurídicos* 9, 2011, Universidad Católica del Uruguay, Montevideo, 2011.
- , *Algunas garantías básicas de los derechos humanos*, 2ª ed., FCU, Montevideo, 2011.
- Mignolo, Walter, “Splendors and Miseries of Science: Coloniality, Geopolitics of Knowledge, and

## La influencia de las decisiones de los órganos del sistema interamericano de protección

- Epistemic Plureversality“, en Boaventura Santos (ed.), *Cognitive Justice in a Global World*, Lexiton Books, Londres, 2007.
- Ruiz Miguel, Carlos, “El largo y tortuoso camino hacia la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, en Ruiz Miguel (coord.), *Estudios sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Universidad de Santiago de Compostela, 2004.
- Radbruch, Gustav, *Filosofía do Direito*, vol. II, trad. Cabral de Moncada, Coimbra, 1961.
- Reyes Mate, Manuel, *Tratado de la injusticia*, Anthropos, Barcelona, 2011.
- Rodríguez, César, “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*, Siglo del Hombre, Bogotá, 1999.
- Ross, Alf, *Direito e Justiça*, 2ª ed., trad. Edson Bini, Edipro, Brasil, 2007.
- Ruiz Castor, Bartolomé, “Justiça anamnética e alteridade ferida, por uma justiça das vítimas”, en Assy et al. (coords.), *Direitos Humanos. Justiça, verdade e memória*, Lumen Iuris, Río de Janeiro, 2012.
- Ruocco, Graciela, “Responsabilidad del Estado por incumplimiento de la Sentencia Anulatoria“, en Delpiazco, Carlos (coord.), *Transformaciones actuales de Derecho Administrativo*, FCU, Montevideo, 2010.
- Salmón, Elizabeth y Blanco, Cristina, *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Universidad Católica del Perú/GIZ, Perú, 2012.
- Shapiro, Martin, “Courts in Authoritarian Regimes”, en Ginsburg, Tom, y Moustafa, Tamir (eds.), *Rule by Law: The Politics of Courts in Authoritarian Regimes*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.
- Silva Sanchez, Jesús, “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*, núm. 1, ULACIT, Costa Rica, julio de 2011.
- Skaar, Elin, *Judicial Independence and Human Rights in Latin America. Violations, Politics, and Prosecution*, Palgrave Macmillan, Nueva York, 2011.
- Tiedemann, Paul, *Menschenwürde als Rechtsbegriff. Eine philosophische Klärung*, 3a. ed. revisada, Wissenschaft Verlag, Postdam, 2012.
- Torelly, Marcelo, *Justiça de Transição e Estado Constitucional de Direito*, Forum, Belo Horizonte, 2012.
- Van Zyl Paul, “Promoting transitional justice in post-conflict societies“, en Félix Reátegui (ed.), *Transitional Justice. Handbook for Latin America*, Brasilia/Nueva York.
- Vázquez, María (coord.), “La supremacía de la Constitución y la ley de ordenamiento territorial”, *Estudios en homenaje al profesor Juan Pablo Cajarville Peluffo*, FCU, Montevideo.
- Werle, Gerhard, *Tratado de Derecho penal internacional*, trad. Díaz Pita et al., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- Zaffaroni, Eugenio, *El enemigo en el Derecho penal*, Ibáñez, Bogotá, 2006.
- Zolo, Danilo, *I signori della pace. Una critica del globalismo giuridico*, Carocci, Roma, 2001.