

Título: Caso Gelman vs. Uruguay. Justicia Transicional, Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Control de Convencionalidad. Aproximación conceptual a la justicia transicional

Autor: Larrieux, Jorge .

Publicado en: LJU Tomo 147

El tema se relaciona con una idea o concepción del Estado de Derecho en períodos de cambio político, en busca de respuestas en términos legales ya sea a la reconciliación, el perdón o el castigo de los soportes de regímenes represores, con el fin último de justicia al tiempo que de la paz social.

No existe una fórmula única que equilibre los factores conflictivos y contemple la paz, la seguridad jurídica, la responsabilidad en la violación de los derechos humanos, la reconciliación, la reparación de las víctimas, la búsqueda de la verdad, y la estabilidad democrática.

EL CASO URUGUAYO

I.

En Uruguay, en una primera etapa, reinstalado en 1985 el sistema democrático republicano, adoptado por la Nación como forma de gobierno (art. 82 de la Carta) luego del quiebre acaecido el 27.6.1973 por el llamado "proceso cívico-militar" (fecha en que los militares tomaron el poder mediante un golpe de estado amparado por el presidente electo Juan María Bordaberry), una de las primeras decisiones fue aprobar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, llamada Pacto de San José de Costa Rica (1969) y promulgar una ley de amnistía (Ley Nº 15.737 de 8.3.1985) de "todos los delitos políticos, comunes y militares conexos con éstos, cometidos a partir del 1º de enero de 1962", cesando en consecuencia las penas principales y accesorias, regímenes de vigilancia, órdenes de captura y demás limitaciones.

Esa Ley no comprendió los delitos cometidos por funcionarios policiales o militares, equiparados o asimilados, que fueran autores o cómplices de tratamientos inhumanos, crueles o degradantes o de la detención de personas luego desaparecidas.

Exclusión que se extendía a todos los delitos cometidos aún por móviles políticos, por personas que hubieran actuado amparadas por el poder del Estado en cualquier forma o desde cargos de gobierno.

Ese primer período de cambio político no descartaba -en principio- el enjuiciamiento al régimen represivo ni a personas determinadas, pero evitando el riesgo de desacato a la orden judicial de citación de militares investigados por violación de derechos humanos en el período referido, y ante la previsibilidad de un grave conflicto institucional, el 22.12.1986 se promulga la ley Nº 15.848 (de Caducidad de la pretensión punitiva del Estado), la que, "como consecuencia de los hechos originados por el acuerdo celebrado entre partidos políticos y las Fuerzas Armadas en agosto de 1984 y a efecto de concluir la transición hacia

la plena vigencia del orden constitucional, ha caducado el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado respecto de los delitos cometidos hasta el 1º de marzo de 1985 por funcionarios militares y policiales equiparados y asimilados, por móviles políticos o en ocasión del cumplimiento de sus funciones y en ocasión de acciones ordenadas por los mandos que actuaron durante el período de facto" (art. 1º).

No comprendía los delitos en que se hubiera dictado el procesamiento ni aquellos cometidos con la finalidad de provecho económico (art. 2) y contemplaba que el Juez interviniente requiriera del Poder Ejecutivo informe si el hecho investigado estaba o no comprendido en el art. 1º de la Ley a los efectos de la clausura o continuación de la indagatoria (art.3), sin perjuicio de lo cual y en relación a personas detenidas en operaciones militares o policiales y desaparecidas o menores presuntamente secuestrados, el Poder Ejecutivo debía investigar los hechos dando cuenta a los denunciantes(art.4).

La Ley fue objeto de demandas de inconstitucionalidad -tanto por denunciantes de delitos cometidos por funcionarios militares, policiales y asimilados durante el período de "facto", como en planteos de oficio por Magistrados de la jurisdicción penal-, por violación de los principios de separación de poderes, el derecho al debido proceso, la independencia del Poder Judicial y la igualdad ante la ley, consagrados en la Carta, lo que resultara desestimado por la Suprema Corte de Justicia, en mayoría legal, según Sentencia Nº 184 de 2.5.1988, al considerar que, pese a no figurar la palabra "amnistía" en el texto, la intención del legislador había sido otorgarla a las fuerzas de seguridad.

En aparente culminación de la cuestión, o del dilema entre castigo y amnistía o perdón, la Ley fue sometida a referendum en abril de 1989 y ratificada por el 55,44% del electorado.

II.

En una segunda etapa, la decisión de renunciar a los procesos penales para el esclarecimiento de los hechos y responsabilidades consiguientes, lo que implicó una concesión al Estado de Derecho, fue seguida -años después, el 9.8.2000- por una Comisión para la Paz, creada por resolución de la Presidencia de la República para investigar la situación de los detenidos desaparecidos durante la dictadura militar, documentar y divulgar públicamente una verdad histórica u "oficial", en el intento de reconciliar a víctimas y victimarios de un período, al tiempo de mirar al futuro.

Su "Informe final" de 10 de abril de 2003 expresa que el Cuerpo ha tratado de actuar como una Comisión de la verdad, con el propósito de consolidar la pacificación nacional, considerando los elementos de juicio obtenidos según libre convicción o convicción moral en base a lo cual "ha formado convicción plena acerca de las graves violaciones a los derechos humanos perpetradas durante el régimen de facto. Desde la tortura, la detención ilegítima en centros clandestinos, hasta llegar a los casos más graves de desaparición forzada, se constata la actuación de agentes estatales que, en el ejercicio de su función pública, obraron al margen de la ley y empleando métodos represivos ilegales", sin lograr "una verdad" o la "verdad más conveniente", sino solamente "la verdad posible", y su propósito, sin perjuicio de ser un avance importante en la temática, difícilmente puede considerarse cumplido.

III.

Un nuevo cambio político (2004) habilitó nuevas investigaciones en base a una interpretación de la Ley de Caducidad según la cual la decisión del Poder Ejecutivo si la situación está o no comprendida requiere verificar por medio de una investigación judicial si los hechos están de acuerdo a la hipótesis legal, es decir sus requisitos subjetivos, objetivos y temporales.

En definitiva, en esta etapa se llega al procesamiento de personas relevantes vinculadas al "período de facto", lo que vino a desestimar en los hechos la teoría del perdón y de la reconciliación, priorizándose así, consecuentemente, el objetivo de la justicia.

Otra iniciativa popular, en este caso mediante plebiscito convocado para el 25.10.2009 junto a las elecciones nacionales, para incluir un artículo en la Carta que declaraba nula la ley de Caducidad, no alcanzó las mayorías necesarias.

Ante nuevos planteos de inconstitucionalidad de la Ley de Caducidad, el 19.10.2009 por Sentencia Nº 365, la Suprema Corte de Justicia declaró inconstitucionales e inaplicables al caso concreto los artículos 1, 3 y 4 de la Ley Nº 15.848, lo que ha reiterado en otros casos sometidos a su conocimiento.

Ello por cuanto, en el control de constitucionalidad que rige en el país, concentrado y con efectos sólo para el caso concreto, aquella Ley de caducidad seguía vigente, válida y eficaz a los fines perseguidos, esto es obstaculizar las denuncias.

Los argumentos centrales fueron: que formalmente la ley no consagraba una amnistía pues un proyecto similar había sido presentado con anterioridad y rechazado por Ley Nº 15.737 al excluir el tipo de delito expresamente, por lo cual no podía presentarse nuevamente hasta la próxima legislatura según normativa constitucional (art. 142 de la Carta); que la ratificación popular que tuvo la Ley en el referéndum de 1989 no proyectaba consecuencias en el análisis de su constitucionalidad pues los derechos fundamentales están sustraídos a mayorías contingentes; y sustancialmente porque la "lógica de los hechos" invocada no es fuente de derecho, y al atribuirle al Poder Ejecutivo funciones propias del Poder Judicial, condicionando la actividad jurisdiccional, conculca la separación de poderes, principio irrefragable como garantía de los derechos fundamentales.

LA CORTE INTERAMERICANA Y EL URUGUAY.

El 24 de febrero de 2011 la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó el primer fallo contra Uruguay, el llamado caso Gelman, con fuerte repercusión y discusiones sobre su alcance.

Ello porque se pronuncia sobre cuestiones en las que no tendría competencia *ratione temporis* (art. 62.3) en tanto los hechos habrían ocurrido en 1976, esto es, antes de la entrada en vigor de la CADH y de la ratificación y aceptación de la competencia contenciosa por parte de Uruguay (en 1985).

Incluso, se ha considerado como intromisión en las competencias del poder constituyente, legislativo, ejecutivo y judicial en tanto la competencia de la CIDH se limitaría a establecer la incompatibilidad de normas internas con el Pacto y consiguiente responsabilidad internacional estatal, garantizando al lesionado el goce del derecho o libertad conculcado, y si fuera procedente la reparación de las consecuencias e indemnizaciones (art. 63 CADH), y nada más.

Tal vez olvidando que el artículo 2 CADH compromete al Estado a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales internos, las medidas legislativas o de otro carácter necesarias para hacer efectivos derechos y libertades, lo que puede ir en dos direcciones: ya sea aprobando o suprimiendo normas internas, a efecto de asegurar el cumplimiento de las obligaciones contraídas.

Y el principio que los Estados deben cumplir sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe, no pudiendo invocar para justificar el incumplimiento, normas o dificultades de derecho interno (Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, art. 27).

En síntesis, declara responsable al Estado Uruguayo por la desaparición forzada de María Claudia García, por la supresión y sustitución de identidad de su hija, por la violación de derechos y garantías judiciales por la falta de investigación efectiva de los hechos, por incumplir la obligación de adecuar su derecho interno a la CADH como consecuencia de la interpretación y aplicación de la Ley de Caducidad.

E impone: asegurar la eficacia de la investigación garantizando que la Ley de Caducidad, "al carecer de efectos por su incompatibilidad con la CADH", no represente un obstáculo, además de actos simbólicos de reconocimiento de responsabilidad, implementación en plazo razonable de un programa permanente de derechos humanos dirigidos a jueces y fiscales, e indemnizaciones.

Refiriéndose a las graves violaciones de los derechos humanos ocurridas en Uruguay y las consecuencias sobre ello de la ley de Caducidad, expresa que el Estado debe disponer que ninguna norma análoga como prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, non bis in idem o cualquiera excluyente similar de responsabilidad sea aplicada.

Reitera su jurisprudencia señalando que cuando un Estado es parte de un Tratado Internacional como la Convención Americana todos sus órganos, incluidos sus jueces están sometidos a aquel, lo cual les obliga "ex officio" a un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención, teniendo presente no sólo el Tratado sino también la interpretación que de él hace la CIDH "intérprete última" de la Convención Americana.

Como efectos inmediatos, y teniendo presente la próxima prescripción de hechos punibles cometidos en el período de la dictadura conforme a normativa jurídica interna:

1) el 30.6.2011 el Poder Ejecutivo, por Res. N° 322/2011, revocó por razones de legitimidad todos los actos administrativos que en aplicación del art. 3° de la Ley 15.848 consideraron que los hechos denunciados estaban comprendidos en el art. 1° de esa Ley de caducidad;

2) envió un proyecto de Ley que se promulga el 17.10.2011 (Ley Nº 18.831) según la cual se reestablece el pleno ejercicio de la pretensión punitiva del Estado para los delitos cometidos en aplicación del terrorismo de Estado hasta el 1.3.1985 comprendidos en el art. 1 de la ley Nº 15.848 (art.1); no se computará plazo procesal alguno de prescripción o caducidad en el período comprendido entre el 22.12.1986 y la vigencia de esta ley (art. 2); se declara que los delitos anteriores son crímenes de lesa humanidad de conformidad con los Tratados Internacionales de que la República es parte (art. 3);

3) en el Centro de Estudios Judiciales -que depende de la Suprema Corte de Justicia-, para aspirantes a ingreso a la Magistratura ya se realizaban cursos sobre derechos humanos; actualmente se realizan ampliados en acuerdo del Poder Judicial con la Dirección Nacional de Derechos Humanos del Ministerio de Educación y Cultura, y el Ministerio Público y Fiscal;

4) un centro de detención del período de la dictadura, donde funcionaba una dependencia del Ministerio de Defensa (CALEN) , se convirtió en sede del Instituto Nacional de Derechos Humanos, creado por Ley 18.446 .

Eta en plano procesamiento actual donde, además, ya se han propuesto múltiples acciones de inconstitucionalidad de la Ley Nº 18.831, tanto en vía de acción como de excepción en procesos penales, ante la Suprema Corte de Justicia, que se encuentran en trámite.

EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

I.

La relevancia prestada por el derecho internacional al ámbito de los derechos humanos implicó tanto como reconocer al individuo como sujeto de derecho internacional, como asignar jurisdicciones internacionales para su protección.

"Mientras los Estados fueron soberanos en sus relaciones internacionales, se asumió asimismo que en cada Estado existía un legislador "soberano" más o menos limitado por el Derecho. Pero cualquiera que hubiere sido el caso en el pasado, parece claro que la soberanía ha dejado de ser un concepto viable para explicar tanto el rol del Estado en los asuntos internacionales, como los ajustes internos de un Estado moderno" (Jacobs, The sovereignty of law. The European way).

Así el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 4.11.1950, contempló una Comisión y un Tribunal para la tutela de los derechos contemplados en el Convenio; y a nivel interamericano, -a semejanza del sistema europeo-, la Convención Americana de Derechos Humanos de 22.11.1969, creó un sistema estructurado por una Comisión y una Corte.

El llamado Pacto de San José de Costa Rica estableció un sistema de justicia supranacional que acuerda a la CIDH competencia para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes de la Convención (art. 33), ya sea a través de sus fallos como de su actividad consultiva.

A partir de esa condena de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Uruguay "despertó" traumáticamente, con dudas y confusiones, a la doctrina del control de convencionalidad que ella pregona y puso en primer plano la tensión existente entre el derecho internacional y el derecho interno.

El Pacto de San José fue suscrito el 22.12.1969, entró en vigor en Julio de 1978, y fue incorporado por Ley Nº 15.737 de 8.3.1985 (art. 15) al ordenamiento jurídico interno del Uruguay, por lo que el legislador resolvió expresamente el tema de la jerarquía normativa, en su relación con el derecho interno, esto es, equivalente a una Ley (Gros Spielmann, Los tratados sobre derechos humanos y el derecho interno, en Rev. UDP 2/87).

Al mismo tiempo, prácticamente todos los derechos de jerarquía superior que regula el Pacto forman parte sustancial de la Carta uruguaya: derecho a la vida, a la integridad personal, prohibición de esclavitud o servidumbre, libertad personal, garantías judiciales, debido proceso, status o presunción de inocencia, non bis in idem, etc.

Lo que se explica si se recuerda que el proyecto original de la Convención fue redactado y presentado por juristas uruguayos, lo que evitó problemas de ajuste o compatibilidad de normas.

En América Latina diversas constituciones otorgan diferente valor a los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, desde otorgarles rango supraconstitucional, o el mismo que la Constitución, o infraconstitucional, y en este caso igual o con supremacía respecto a leyes, pero últimamente se presenta un movimiento de reforma constitucional que coloca a esos tratados a nivel constitucional, sin perjuicio de matices, así Argentina, Colombia, Perú, Ecuador, El Salvador, Costa Rica, República Dominicana, Guatemala, México, Nicaragua, Paraguay, Bolivia, e incluso Uruguay por la norma amplificadora del art. 72 citado, no obstante en su sistema constitucional, en términos generales los Tratados y Convenciones Internacionales se incorporan al Derecho Interno una vez ratificados por Ley (arts. 6, 85 ord.7 y 168 num.20).

Al respecto, ya en la Sentencia Nº 365/2010 que declara inconstitucional la Ley de Caducidad, la Suprema Corte de Justicia uruguaya señaló compartir la línea de pensamiento según la cual las convenciones internacionales de derechos humanos se integran a la Carta por la vía del art. 72 ("la enumeración de los derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno") y citó el art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados en cuanto un Estado parte no puede invocar disposiciones de derecho interno como justificación del incumplimiento de un Tratado.

Y se agrega en dicho fallo que: " la regulación actual de los derechos humanos no se basa en la posición soberana de los Estados, sino en la persona en tanto titular, por su condición de tal, de los derechos esenciales que no pueden ser desconocidos con base en el ejercicio del poder constituyente, ni originario ni derivado".

Acepta así la Corte uruguaya el llamado bloque de derechos integrado por aquellos asegurados en el texto formal de la Carta, los contenidos en las convenciones de derecho internacional y los que se deducen de principios y valores inherentes a la persona, sin

perder su naturaleza jurídica o fuente normativa y sobre las cuales el intérprete debe preferir la que mejor protege.

En esta evolución de incorporación del derecho internacional al derecho interno, no puede desconocerse la argumentación de la propia CIDH y lo previsto en el art. 2 de la CADH. De ahí que la Corte afirme que el deber general establecido en el art. 2 de la Convención implique la adopción de medidas en dos vertientes, por una parte la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención, y por otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías (caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay sent. de 17.6.2005, serie C 125).

Y por lo mismo si el Estado deja de cumplir la sentencia incurre en nueva violación de la CADH pues la violación original persiste (Cançado Trindade, Las cláusulas pétreas de la protección internacional del ser humano; en El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI T.I, 2a. ed. 2003, pág. 60 y ss.).

II.

Pero el tema, que en lo sustancial de la temática de los derechos humanos no admite dudas, es decir que ambos ordenes -internacional e interno- son coincidentes, ofrece dudas y complejidades cuando pasamos al campo procesal o de las garantías del debido proceso legal, que corresponden a todas las personas aún a aquellas que lo hubieran violado.

Según la CIDH los órganos del Estado, a todo nivel, están en la obligación de ejercer el control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas y la Convención Americana, no sólo del Tratado, sino de la interpretación que de él hace la Corte Interamericana.

Las Cortes Supremas y Tribunales Constitucionales tampoco están exentas de ese control de convencionalidad, pues para ellas no alcanzaría con limitarse a confrontar la norma interna con el texto constitucional sino analizar si además es o no convencional (caso Boyce y otros con Barbados, 20.11.2007 serie C 169).

En el caso Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú (24.11.2006 serie C 158) las razones jurídicas esgrimidas por la CIDH, esto es, los principios de bona fide en las relaciones internacionales y pacta sunt servanda, que impide al Estado alegar normas internas para incumplir un tratado, incluso conduce que la propia Constitución pueda ser inconvencional.

Al resultar inútil acudir a la jurisdicción interna para obtener protección de los derechos conculcados, ya sea por acción u omisión o por aplicación de normativa interna contraria a la Convención, la CIDH realiza un control subsidiario de convencionalidad del ordenamiento jurídico estatal en su integridad.

La Corte interviene subsidiariamente al fallar en el Estado, a quien compete prioritariamente la protección de la persona, la defensa efectiva de los derechos humanos y libertades fundamentales de sus ciudadanos.

Juzga entonces -aunque no lo diga expresamente- la actuación de los tribunales internos, pues la condena al Estado implica que esas sedes no remediaron la vulneración del derecho fundamental; sin perjuicio, o más bien por ello, que en el caso Gelman, la CIDH reconociera en el párrafo 239 que: "la Suprema Corte ha ejercido en el caso Nibia Sabalsagaray Curuchet un adecuado control de convencionalidad respecto de la Ley de Caducidad, al establecer inter alia que "el límite de la decisión de la mayoría reside, esencialmente, en dos cosas: la tutela de los derechos fundamentales (los primeros, entre todos, son el derecho a la vida y a la libertad personal, y no hay voluntad de la mayoría, ni interés general ni bien común o público en aras de los cuales puedan ser sacrificados) y la sujeción de los poderes públicos a la ley" .

El tal sentido el Juez de la CIDH García Ramírez ha señalado que: "en la génesis de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y a través de la interpretación estricta y constante de esta, ha quedado bien establecido que la jurisdicción interamericana de derechos humanos es subsidiaria o complementaria de las jurisdicciones nacionales, nunca principal, primordial o excluyente de ella. En consecuencia, el control de juridicidad (por lo que toca al imperio de los derechos humanos) de los actos de autoridades nacionales y otros atribuibles al Estado corresponde en primer término a los órganos jurisdiccionales internos", agregando que: "no le concierne pronunciarse acerca de cuestiones reguladas por el derecho interno y sujetas a las instancias nacionales (particularmente comisión de delitos y consecuencias penales de esta) salvo en lo que toca estrictamente a la aplicación de normas internacionales sobre derechos humanos" (Konrad Adenauer, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2008 pág. 353 y ss.)

La CIDH señala que sus sentencias tienen efecto obligatorio para el Estado parte del proceso, y vinculante para todos los Estados que forman parte del Tratado; que la interpretación de la Convención es obligatoria salvo que pueda sostenerse una más favorable al derecho en juego o a su garantía; que su jurisprudencia es guía para los jueces de los Estados parte al resolver los conflictos internos "lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin, y que desde el inicio carecen de efectos jurídicos" (caso Trabajadores cesados del Congreso contra Perú, 24.11.2006, serie C 158; caso Almonacid Arellano y otros con Chile, 26.9.2006, serie C 154).

Se trataría de efectos indirectos del fallo que, como casos o conflictos ya interpretados, se convertiría en apoyo hermenéutico de las decisiones de las jurisdicciones nacionales.

Expresa la CIDH que : "Cada juzgador debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos" (caso Heliodoro Portugal contra Panamá, 12.8.2008).

El mensaje a los jueces nacionales es claro.

Se les eleva a la categoría de jueces convencionales de Derecho Comunitario y les impone estar atentos a la evolución jurisprudencial.

Por ello, sostiene que los órganos judiciales nacionales deben seguir la jurisprudencia de la CIDH al resolver los pleitos internos a través del control de convencionalidad, controlar la compatibilidad de su ordenamiento jurídico con la Convención, examen en que deben tener presente no sólo el Tratado sino también la interpretación que hace, o sea su jurisprudencia.

Control difuso entonces, que en algunos países donde los jueces carecen de competencia para inaplicar las leyes por inconstitucionalidad, en casos donde la incompatibilidad fuera absoluta, deja abierta la posibilidad de plantearlo ante las Cortes Supremas o Tribunales Constitucionales.

En tal sentido Nogueira Alcalá expresa que "el ejercicio del control de convencionalidad que deben practicar los jueces domésticos implica confrontar, en las materias que son de su competencia, y de acuerdo a los procedimientos previstos en el orden jurídico, que las normas internas no vulneran las reglas determinadas por el derecho convencional internacional o supranacional en su caso, ... implica asumir por parte de estos que el derecho vigente y vinculante, no es sólo el de fuente interna, sino también aquel emanado de fuente internacional, ... implica que los jueces domésticos deben internalizar en su actividad jurisdiccional que también son jueces interamericanos en el plano nacional ... jueces descentralizados del sistema interamericano, además de jueces nacionales, en la protección de los estándares de cumplimiento y garantía de los derechos humanos en el ámbito interno, debiendo inaplicar las normas de derecho interno contradictorias o que confronten la CADH, utilizando para ello los principios de progresividad y favor persona" (Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales, en Rev. Judicatura Nº 52 pág. 69-104).

III.

El compromiso de los Estados a cumplir la decisión recaída en casos contenciosos de la CIDH es "en todo caso en que sean partes" (art. 68 de la CADH) o sea dentro de sus límites objetivos (caso concreto) y subjetivo (partes), y respecto de los otros -que lo ratificaron o adhirieron- sólo se prevé la "trasmisión" (art. 69 de la CADH).

El texto de la CADH contempla opiniones consultivas a pedido de un Estado y para éste (art. 64) y sentencias contenciosas obligatorias para el Estado en el caso en que sea parte (art. 68), pero no dice que lo resuelto en proceso ajeno les obligue.

Podría entenderse, entonces, que la "guía interpretativa" para los ordenamientos internos es más bien una opción compartida de valores en la temática de los derechos humanos, que fuente de derechos con base en el texto de la CADH.

No obstante, el criterio de la CIDH no es único: a través de una evolución del Convenio Europeo de Derechos Humanos (4.11.1950), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con sede en Estrasburgo precisó que sus decisiones sirven no sólo para decidir los casos llevados a él, sino, más generalmente, para clarificar, salvaguardar y desarrollar las reglas creadas por el Convenio (Irlanda vs. Reino Unido de 18.1.1978). Claro que ello deriva del art. 32 CEDH que define la competencia del Tribunal afirmando que se extiende a todos los asuntos relativos a la interpretación y la aplicación del Convenio y sus Protocolos.

Como señala Sagües "el talón de Aquiles de la doctrina del control de convencionalidad es que un Estado (esto es, en particular sus jueces) o, en términos generales, todos los Estados adscriptos al sistema interamericano de derechos humanos, pueden verse vinculados por una jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos vertida en un procedimiento en que no fueron parte, y por tanto, donde tampoco fueron oídos. Es decir, que resultan encadenados por una tesis jurisdiccional sobre la que no tuvieron oportunidad de exponer sus puntos de vista, omisión que no coincidiría mucho con las reglas habituales del debido proceso" (Dificultades operativas del control de convencionalidad en el sistema interamericano, en El Estado de derecho hoy en América Latina, KAS pág.21-29).

IV.

La interpretación de la CADH que hace la Corte no está exenta de dificultades.

Sostiene la CIDH la prohibición de amnistiar las graves violaciones de derechos humanos, que no se pueden admitir las leyes de punto final o cualquiera otra modalidad que impida a las víctimas el ejercicio de un recurso judicial efectivo, y en el caso Barrios Altos que ello deriva de los arts. 1,2,8 y 25.

En el voto concurrente del juez García Ramírez se habla de la "convicción" acogida en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Penal Internacional, que es inadmisibles la impunidad de conductas que ofenden bienes jurídicos primordiales, y en el del juez Cançado Trindade que "lesiona la conciencia jurídica de la humanidad", pero analizadas esas normas es más prudente sostener que son creación jurisprudencial que no pueden sostenerse en el texto.

Sostiene la CIDH que aún existiendo absoluciones por sentencia firme, en caso de violación de derechos humanos y crímenes de lesa humanidad, la causa puede ser reabierta por hechos nuevos, como excepción al "non bis in idem" del art. 8.4 de la CADH: "el inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos" (caso Almonacid Arellano contra Chile, sent. 26.9.2006, serie CNº 154).

Y en el mismo caso, que el principio de legalidad e irretroactividad de la ley penal más grave, previsto en el art. 9 de la CADH, que literalmente expresa: "nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de considerarse no fueran delictivas según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará con ello", no puede servir como excusa para no investigar y sancionar a los responsables de crímenes internacionales, en todo caso por derivación de una regla de derecho penal internacional.

En efecto, además de inamnistiable considera el delito cometido contra Almonacid Arellano en 1973 imprescriptible, al expresar: "los crímenes de lesa humanidad van más allá de lo tolerable por la comunidad internacional y ofenden a la humanidad toda. El daño que tales crímenes ocasionan permanece vigente para la sociedad nacional y para la comunidad internacional, las que exigen la investigación y el castigo de los responsables. En este sentido la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los

crímenes de lesa humanidad claramente afirmó que tales ilícitos internacionales son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido".

En el caso Albán Cornejo con Ecuador (sent. de 22.11.2007, serie C 171) si bien reconoce que la prescripción limita el poder punitivo del Estado, es una forma de generar impunidad por lo que: "es inadmisibles e inaplicable cuando se trata de muy graves violaciones a los derechos humanos en los términos del Derecho Internacional", integrando el alcance de las normas de la CADH con la tipología de crímenes internacionales (vg. Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, ratificada en Uruguay por Ley Nº 17.347 de Junio/2001; y los de competencia de la Corte Penal Internacional, Estatuto de Roma ratificado por Ley Nº 17.510 de Junio/2002 y Cooperación con la Corte Penal Internacional por Ley Nº 18.026 de Setiembre/2006).

V.

Estas excepciones a principios y conceptos tradicionales, por vía del activismo jurisprudencial, ha llevado a que un Juez Letrado Penal uruguayo expresara: "de admitirse que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es obligatoria para los tribunales nacionales, que pasarían a ser tribunales subordinados, habría que admitir que la Corte Interamericana hace Derecho, que sus decisiones son fuente formal de Derecho, que la jurisprudencia es fuente de Derecho y que hemos migrado de nuestro antiguo sistema jurídico romano al sistema del precedente, al sistema del common law" (Fernandez Lecchini, El derecho penal y el derecho internacional de los derechos humanos desde una óptica de las fuentes del derecho y en relación a ellas, en Rev. Judicatura Nº 52 pág. 53).

Y en cierta forma ello resulta admitido por el Juez García Ramírez cuando en voto concurrente dice: "sería imposible, además de indeseable, tomando en cuenta el carácter subsidiario o complementario de la jurisdicción internacional, que ésta recibiera un gran número de contiendas sobre hechos idénticos o muy semejantes entre sí, para reiterar una y otra vez los criterios sostenidos en litigios precedentes" (caso Tibi con Ecuador, sentencia de 7.9.2004, serie C 114), de donde, en esa óptica, la única posibilidad tutelar razonable implica que una vez fijado el criterio de interpretación y aplicación, éste sea recogido por los Estados en el conjunto de su aparato jurídico, a través de políticas, leyes y sentencias que den trascendencia y eficacia a los pronunciamientos de la CIDH.

No obstante de la comunicación del fallo prevista en el art. 69 CADH, no se deduce fuerza obligatoria para los demás Estados no partes del proceso, ni que el Pacto hubiera concebido un sistema jurisprudencial fuente de derecho, a pesar de la importancia de los fallos en el reconocimiento, promoción, e impacto sobre una cultura de los derechos humanos.

VI.

Como se adelantara, si sustancialmente no se perciben dificultades en la integración de las normas contempladas en la CADH al ordenamiento jurídico interno, a nivel procesal y de garantías puede discutirse si los fallos y opiniones de la CIDH son aptos para crear situaciones de excepción directamente aplicables por los tribunales uruguayos: la garantía derivada del principio de legalidad y la interdicción de la retroactividad de la norma

sancionadora no favorable, al igual que la protección de la confianza o seguridad jurídica contemplados en el Estado Constitucional de Derecho, en el propio texto y espíritu de la Carta, parece oponerse a interpretaciones extensivas.

El dilema es si la finalidad, la no impunidad de los delitos de lesa humanidad, ¿justifica apartarse de principios caros al derecho penal liberal, como de legalidad (ley previa, cierta, escrita y estricta, no analógica), irretroactividad y prescriptibilidad?.

En principio la premisa "no hay delito sin ley" no puede sustituirse por "no hay delito sin castigo", cuando éste, jurídicamente, no es posible.

Pues también existe un derecho a la certidumbre jurídica, esto la creencia razonable o confianza legítima, de toda persona en un Estado Constitucional de Derecho, a conocer la regulación aplicable a una conducta en un momento determinado, esto es a esperar un comportamiento previsible del Estado.

Derecho que también tiene el presunto violador de los derechos humanos, ya que sería un contrasentido que por la naturaleza aberrante de los delitos en cuestión, se abdicara o vulneraran garantías constitucionales de los investigados o sometidos a proceso.

Los jueces son garantes de una compleja estructura en la que no pueden ser jueces de derechos humanos sin desconocer derechos humanos, y cuando la represión penal sólo corresponde al Estado, forzoso es admitir limitaciones a la actuación jurisdiccional por extinción de la responsabilidad penal, casos de prescripción y amnistía por ej.

No parece posible que la exigencia del principio de legalidad o tipicidad se colme con una previsión del Derecho Penal Internacional -convencional o consuetudinario- si el derecho interno no la contemplaba al tiempo de la comisión.

La solución contraria apelaba a la llamada fórmula de Radbruch (1946, aplicable por los tribunales posteriores a los juicios de Nuremberg), a fin de evitar la violación del principio de irretroactividad de la ley, entendiendo que no hay retroactividad en la aplicación del derecho que es acorde con una base iusnaturalista, ya que estaba vigente ese núcleo iusnaturalista al momento del hecho.

No obstante, una declaración de imprescriptibilidad prevista en normativa internacional no podría aplicarse retroactivamente, pues como expresa el Tribunal Supremo del Reino de España: "las disposiciones reguladoras de la prescripción, concretamente las reformas que señalan una modificación de los plazos o del señalamiento del día de inicio del cómputo, son normas de carácter sustantivo penal y, por lo tanto afectas a la interdicción de su aplicación retroactiva salvo que su contenido fuera más favorable" (causa especial Nº 20048/2009, Sent. Nº 101/2012).

En los votos disidentes al fallo de la Corte Suprema de la Nación Argentina (sent. De 24.8.2004, causa Arancibia Clavel Nº 259) se recuerda que la Sala Criminal de la Corte de Casación francesa, en fallo de 17.6.2003, rechaza tanto la aplicación retroactiva de acuerdos internacionales en materia penal, como la de un supuesto derecho internacional

consuetudinario, que si bien puede ser pauta interpretativa de una convención, no puede obligar a aplicar reglas no escritas.

En sentencia de Casación penal 1501/2011 dijo la Suprema Corte de Justicia del Uruguay que : "la irretroactividad de la Ley penal es un principio liberal o garantía implícita en el art. 72 de la Constitución, que deriva, además, indirectamente del principio de libertad expresamente proclamado en el art. 10 inc. 2 de la carta. Asimismo está íntimamente vinculado a la seguridad, valor aludido en el art. 7 y también comprendido en el art. 72 de la Constitución ... Jescheck, por su parte, expresa que uno de los principios rectores del Estado de Derecho es el de que las normas que regulan un supuesto de hecho, no pueden luego modificarse en perjuicio de la situación jurídica del ciudadano pues, además, el delincuente sólo puede motivarse por el mandato normativo cuando éste está configurado como Ley en el momento de la comisión del hecho. Por eso entiende que lo decisivo para la irretroactividad es la idea de la seguridad jurídica (Tratado de Derecho Penal, vol. 1 pág. 184, ed. Bosch)".

En criterio de la Corte uruguaya el principio de legalidad penal comprende una doble garantía: una referente a la predeterminación normativa suficiente de la conducta y pena a través de una tipificación precisa, dotada de la adecuada concreción en la descripción que incorpora, y la necesidad de una norma formal como presupuesto de la actuación punitiva del estado que ostente rango de Ley.

Esta posición no admite que la doctrina, la jurisprudencia o la costumbre nacional o internacional, ni las Convenciones o Tratados internacionales, habilite el poder punitivo del Estado por sobre límites temporales previamente establecidos.

Según el Tribunal Constitucional Federal Alemán, "la prohibición fundamental de aplicar leyes gravosas con efecto retroactivo descansa sobre la idea de la protección de la confianza, inherente al principio del Estado de Derecho" (Konrad Adenauer, Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, pág. 496-499).

En reciente fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (10.7.2012, caso Del Río Prada 42750/09, no ejecutoriado en tanto se interpuso recurso) se condenó al Reino de España, por la aplicación retroactiva de un cambio sobre redención de pena que extendió la reclusión de la reclamante, presa por atentados terroristas (ETA), afectando el principio de legalidad por modificaciones producidas después de cometido el delito.

Cabe recordar que ante el TEDH las demandas deben dirigirse contra Estados parte del sistema, por hechos imputables a sus agentes, acaecidos bajo su jurisdicción, con posterioridad a la ratificación del Convenio (caso Liozidou vs, Turquía, cit. por Paola Acosta, en Tribunal Europeo y Corte Interamericana de Derechos Humanos ¿ Escenarios idóneos para la garantía del derecho de acceso a la justicia internacional?, nota N° 97).

Finalmente, el activismo de la CIDH -que puede resumirse en que la CADH no es sino lo que la CIDH dice que es-, no es seguido por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (que recuerda que el Pacto no puede aplicarse retroactivamente, cit. en sentencia N° 101/2012 del TS), al negar que hubiese violación del art. 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos cuando las violaciones de derechos humanos se hubiesen producido antes de la entrada en vigor del PIDCP para el Estado en cuestión, apoyándose

en la literalidad del texto, ya que el derecho al recurso sólo nace desde que una violación del Pacto ha sido establecida y para establecer una violación del Pacto tiene que estar vigente al momento de la violación (Alicia Gil Gil, en Justicia de transición. Con informes de América latina, Alemania, Italia y España, pág. 489 y notas 92, 93, ed. 2009 Konrad Adenauer).

Con lo que cabe preguntarse si las confusiones o dificultades en el análisis de convencionalidad reseñadas al inicio y en relación al fallo del caso Gelman, no derivan básicamente de las interpretaciones del Pacto que hace la CIDH, y no de su contenido sustancial.

En tal sentido se dice que: "la Corte Interamericana fue reescribiendo la Convención Americana tanto en aspectos relacionados con los derechos de las personas como en asuntos referidos a la competencia y la función del tribunal: ella creó nuevas reglas o nuevos derechos humanos y modificó algunos existentes, extendió su competencia sobre hechos ocurridos con anterioridad a la entrada en vigor de la Convención Americana para el Estado en cuestión, extendió la eficacia jurídica de sus decisiones contenciosas más allá del caso concreto o bien respecto a Estados que no habían intervenido en el proceso internacional, intensificó el valor de la jurisprudencia y amplió desmesuradamente aquello que puede ordenar a los Estados como reparación de una violación de la Convención Americana" (Ezequiel Malarino, Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Konrad Adenauer, Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional, T. I pág. 25 y ss.).

De todas formas, en su natural función de juzgar y ejecutar lo juzgado, los jueces nacionales tendrán frente a sí, en el caso concreto sometido a su decisión, e impregnado de una realidad política-social al referir a una época totalitaria (según etapas transicionales expuestas), por un lado la normativa interna constitucional y legal, la internacional integrada por Tratados y Convenciones, aún con los fallos e interpretaciones de la CIDH, y los derechos humanos de las víctimas y de los presuntos violadores de derechos humanos, en difícil y complejo proceso de conjunción, o armonización y ponderación, de derecho y valores.

Por ello, "Conectado con lo dicho es la conveniencia de interpretar la Convención Americana, dentro de lo posible y razonable, atendiendo las particularidades locales, según la doctrina del margen de apreciación nacional. Tal contemplación, que evita autismos normativos o "internacionalismos salvajes" (como alguna vez se los denominó) afianza, en vez de debilitar, la solidez y eficacia del Pacto de San José de Costa Rica" (Sagües, Obligaciones internacionales y control de convencionalidad, en Estudios Constitucionales, Año 8 N° 1, 2010, pág. 117-136).