

Comentario de Pablo Galain Palermo¹

1. El 22 de febrero de 2013 la Suprema Corte de Justicia (SCJ) del Uruguay dictó la sentencia 20 para resolver una denuncia de excepción de inconstitucionalidad contra los artículos 1,² 2³ y 3⁴ de la Ley 18.831,⁵ interpuesta por dos indagados que denuncian la ley como contraria a la Constitución en el marco de una investigación penal.
2. Esta ley 18.831 fue consecuencia de la primera sentencia de condena de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) contra Uruguay en el caso Gelman. En líneas generales la ley declara que las violaciones contra los derechos humanos cometidas durante la dictadura son crímenes de lesa humanidad que no están sometidos a plazos de prescripción y de ella se puede deducir que la definición de los crímenes proviene de los tratados internacionales que vinculan al Uruguay. Esta ley puede ser identificada como un mecanismo de intervención propio de un proceso de justicia de transición que en dirección contraria a la Ley de Caducidad pretendió habilitar sin limitación temporal la investigación penal.
3. La SCJ falla (con un voto disidente) que los artículos 2 y 3 son inconstitucionales porque violan los principios de legalidad y retroactividad de la ley penal contenidos en los artículos 10 y 72 CU. En sus fundamentos la SCJ recurre al derecho internacional puro y exclusivamente para estipular el desconocimiento de la condena de la CIDH en el caso Gelman. En la sentencia se arguye que Uruguay está obligado por tratados internacionales a la defensa de los derechos humanos (de los presuntos culpables), pero se ignora totalmente cualquier mención o referencia a los derechos de las víctimas a conocer la verdad, a que se haga justicia y a la reparación, que son todos derechos también amparados por tratados internacionales y reconocidos por la jurisprudencia interamericana de protección de los derechos humanos. La cita a los tratados internacionales tampoco contempla la posible existencia de normas de *ius cogens* o de prohibiciones ya contenidas en los instrumentos internacionales con anterioridad a las conductas criminales cometidas o comenzadas a cometer durante la dictadura cívico-militar (1973-1985). La sentencia sitúa a la Constitución como “barrera infranqueable” de los Tratados Internacionales, ignorando recientes

¹ Doctor Europeo en Derecho. Investigador Senior del Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional, Freiburg, Alemania.

² Artículo 1º.- Se restablece el pleno ejercicio de la pretensión punitiva del Estado para los delitos cometidos en aplicación del terrorismo de Estado hasta el 1º de marzo de 1985, comprendidos en el artículo 1º de la Ley N° 15.848, de 22 de diciembre de 1986.

³ Artículo 2º.- No se computará plazo alguno, procesal, de prescripción o de caducidad, en el período comprendido entre el 22 de diciembre de 1986 y la vigencia de esta ley, para los delitos a que refiere el artículo 1º de esta ley.

⁴ Artículo 3º.- Declárase que, los delitos a que refieren los artículos anteriores, son crímenes de lesa humanidad de conformidad con los tratados internacionales de los que la República es parte.

⁵ Ley denominada: Pretensión punitiva del Estado. Restablecimiento para los delitos cometidos en aplicación del terrorismo de Estado hasta el 1º de Marzo de 1985 y publicada en el Diario Oficial el 01.11.2011.

resoluciones anteriores que los colocaban en un plano de igualdad en materia de derechos humanos.

4. La sentencia tiene graves errores formales y materiales. El primer desacierto guarda relación con el desconocimiento de la opinión del Fiscal de Corte. El Fiscal de Corte, Jorge Díaz, en el Dictamen 3028/12 correctamente sugiere que no existe un interés directo, personal y legítimo (Art. 258 CU) de los denunciados que dicen ser perjudicados por esa ley y que tal denuncia debería desestimarse, porque no se aplica al caso concreto. Esta opinión es únicamente atendida y aceptada por el Ministro de la SCJ Ricardo Pérez Manrique, que vota en discordia. En mi opinión, esa hubiera sido la posición correcta.
5. El segundo desacierto deriva del primero, que trae como consecuencia que la SCJ haya actuado ejerciendo una potestad para declarar una ley inconstitucional por su oposición genérica a la Constitución y para todos los casos, función que solo tendría un Tribunal Constitucional que en Uruguay lamentablemente no existe. La SCJ solo puede pronunciarse en temas de inconstitucionalidad para casos puntuales sin efecto erga omnes por requerimiento de un juez o cuando el interés directo, personal y legítimo del denunciante se ve afectado. La investigación penal iniciada contra dos ex militares no tenía su fundamento en la Ley 18.831 sino en la averiguación de responsabilidad penal de los delitos amparados por la Ley de Caducidad de la pretensión punitiva del Estado, declarada inconstitucional en varias sentencias por la propia SCJ. De este modo, la Ley 18.831 no afectaba ningún derecho de los indagados ni tenía incidencia alguna en el caso. La denuncia debió haber sido desestimada.
6. El tercer desacierto está también vinculado con el desconocimiento del dictamen del Fiscal de Corte, en cuanto este refiere a la necesidad de cumplir con el fallo Gelman. En línea argumental contraria a aquel dictamen, dice la SCJ que el fallo Gelman no es vinculante para el Uruguay, a pesar de la aceptación del Uruguay de todas las condiciones y consecuencias del Pacto de San José de Costa Rica, porque la CIDH sugiere o exige la violación de derechos de los justiciables. La sentencia no cuestiona que la CIDH sea el último intérprete de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), sino que se inmiscuya en la materia penal que es potestad exclusiva de los órganos nacionales. Al ingresar en este campo, la SCJ debió aclarar que Uruguay no puede desconocer totalmente el fallo de la CIDH sino tan solo (al momento del control de constitucionalidad) aquellas obligaciones que guarden relación con una presunta violación de los derechos humanos, explicitando cuáles serían los derechos lesionados. La sentencia no deja en claro si Uruguay tiene obligación de cumplir con el fallo Gelman o si lo puede desconocer sin necesidad de denunciar el tratado internacional vinculante. En ese sentido, y para despejar dudas, hubiera correspondido mencionar que Uruguay viene dando satisfactorio cumplimiento del fallo mediante diversas medidas, de modo que no habría desconocimiento del fallo de la CIDH ni tampoco de su vinculación con el orden jurídico nacional. Es obvio que dentro del control de constitucionalidad Uruguay no puede aceptar una violación de la ley fundamental, de los principios y de las garantías allí contenidas para asegurar un castigo penal porque ello significaría aceptar un activismo judicial de corte totalitario, de modo que allí está el freno basado en los

derechos humanos de posibles violaciones que Uruguay no debe realizar ni la CIDH puede exigir. Pero para sostener esto no hace falta negar la vinculación con la CIDH (que existe y es innegable), sino simplemente argumentar considerando los tratados internacionales suscritos por Uruguay (a los que no se puede oponer ninguna norma de orden interno salvo que desde el orden internacional se exija expresamente una violación al derecho), demostrando que los derechos humanos (de los justiciables) no se pueden lesionar para satisfacer los derechos humanos (de las víctimas). La sentencia toma por el camino más corto y prefiere desconocer los derechos de las víctimas, como si la consideración de los mismos tuviera como inevitable correlato una lesión en las garantías materiales y procesales de los presuntos autores. Es un error grave en materia de derechos humanos desconocer y desproteger jurídicamente a las víctimas de los delitos cometidos en utilización del aparato estatal. Justamente esta es la función y legitimación que tiene la CIDH para proteger a las víctimas cuando un Estado incumple con sus obligaciones de protección y satisfacción en relación a las mismas. No se puede, por otra parte, declarar que la naturaleza de las violaciones a los derechos humanos cometidas durante la dictadura son delitos comunes sin entrar a considerar a cada una de esas conductas criminales en sí mismas. Este es otro error cometido por la SCJ del Uruguay. Lamentablemente la sentencia no brinda claridad jurídica y puede prestarse para interpretaciones equivocadas de los operadores de la justicia, pero muy especialmente, puede servir de base para erróneas interpretaciones desde el punto de vista político, reforzando los argumentos a favor de la impunidad de los criminales y desconsiderando una vez más los legítimos intereses de las víctimas. Al desconocer la sentencia del caso Gelman se vuelve a legitimar el resultado de las consultas populares de 1989 y 2009, ignorando que las cuestiones atinentes a los derechos humanos no pueden estar sometidas al criterio de la mayoría.

7. En cuanto a los aspectos jurídicos formales, la sentencia no debió haberse formulado porque asistía razón al Fiscal de Corte y al Ministro discordante. En cuanto a los aspectos jurídicos materiales, si bien desde un punto de vista exclusivamente penal nacional para los delitos comunes los principios de legalidad e irretroactividad de la ley penal desfavorable al reo no admiten excepciones, también es cierto que frente a determinadas conductas de especial gravedad llevadas a cabo desde el aparato y organización del Estado estos principios pueden buscarse en el derecho (penal) internacional del que Uruguay es parte. Desconocer este principio moderno provoca también una sensación de injusticia y admite que un estado pueda sin consecuencia jurídica alguna adherir y ratificar tratados internacionales a los que luego irresponsablemente les impone como barrera y límite su ordenamiento jurídico interno. Por otra parte, la SCJ dicta principios jurídicos generales relativos a su relación con la CIDH y la forma de amparar mejor los derechos humanos (de los presuntos responsables), que pueden ser compartibles y acertados según se dice supra, pero en ningún momento ingresa en el debate fundamental sobre la naturaleza jurídica de las violaciones de los derechos humanos llevadas a cabo desde el aparato de estado de la dictadura. La SCJ da por sentado -sin más argumentación que la propia de un positivismo kelseniano- que tales conductas no existían en el Código Penal vigente al momento del comienzo de la ejecución. Ni siquiera se analiza la posibilidad de que una desaparición forzada de personas (figura reconocida por el derecho internacional, por la Comisión para la Paz y por el propio ordenamiento jurídico uruguayo a partir de

la ley 18.026 de 2006) pueda constituir un delito de comisión permanente o un delito instantáneo con efectos antijurídicos permanentes.⁶ Esta consideración y discusión doctrinaria hubiera sido esencial para apoyar los fundamentos de la SCJ en defensa del principio de irretroactividad frente a conductas delictivas que podrían ser de una naturaleza jurídica distinta a los delitos comunes. Esta es una consideración que deberá llevar a cabo cada juez penal a cargo de una investigación penal.

8. La SCJ ofrece argumentos anacrónicos en el análisis de los principios de legalidad e irretroactividad utilizando lenguas muertas como el latín e ignorando el inglés, que es la lengua en la que se produce la mayoría del conocimiento relacionado con las más graves violaciones a los derechos humanos, como son los crímenes contra la humanidad. La sentencia ignora la discusión actual⁷ sobre justicia de transición y no ingresa al debate sobre la naturaleza de las violaciones a los derechos humanos a las que simplemente califica de delitos comunes (como si la tortura y la desaparición forzada de personas llevada a cabo sistemáticamente por funcionarios públicos de derecho o de hecho utilizando el aparato estatal para cometer el delito y para garantizar la impunidad fueran delitos comunes).
9. Es de rescatar, sin embargo, el voto disidente del Ministro Ricardo Pérez Manrique, que puso el tema a debatir en su justo término e ingresó a la cuestión de la relación del ordenamiento jurídico internacional que integra el orden nacional con igual valor jerárquico a la Constitución. En todo caso, lo más grave de la sentencia no es el anacronismo argumental y la necesidad (aparentemente más política que jurídica) de declarar algunos artículos de la ley 18.831 inconstitucionales, sino que los fundamentos esgrimidos y el total desconocimiento de la sentencia del caso Gelman y de los tratados internacionales firmados y ratificados por el Uruguay, significan un claro desconocimiento de la Sentencia 365/2009 de la propia SCJ. Esta sentencia fue valorada por toda la doctrina uruguaya porque declaró la inconstitucionalidad de la Ley de Caducidad y terminó con la discusión doctrinaria uruguaya sobre el valor jurídico de los tratados en relación al orden nacional, ubicándolos por encima de la ley (penal) y al mismo nivel jerárquico que la Constitución. La sentencia en comento significa un grave retroceso en materia de protección de los derechos humanos en Uruguay y un retorno a la jurisprudencia de la SCJ anterior a la Sentencia 365/2009, es decir, un retroceso en la consideración del valor jurídico de los tratados internacionales en relación a la Constitución.
10. En definitiva es un regreso al oscurantismo en materia de derechos humanos que pone al Estado uruguayo en una incómoda situación en relación a sus relaciones y compromisos internacionales. La CIDH dejó muy claro que determinadas cuestiones están exentas a las decisiones de las mayorías y que ningún pronunciamiento popular puede decidir cuestiones fundamentales relacionadas con los derechos humanos. Así

⁶ Posición personal defendida en “El tipo penal de la desaparición forzada de personas como un acto aislado: consideraciones críticas”, *Un Derecho Penal Comprometido. Libro Homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 419-448.*

⁷ Con la salvedad de una cita a Ezequiel Malarino en un reciente libro del Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional utilizada para fundamentar la no vinculación de la SCJ a la jurisprudencia de la CIDH.

como el propio ejercicio de soberanía directa implica responsabilidad internacional del Estado, también lo implica una decisión última del Poder Judicial. Como sugiere Pérez Manrique en su voto disidente: “La inequívoca y permanente conducta internacional del Estado Uruguayo ha sido de respeto y respaldo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La variación de tal situación jurídica necesariamente debería darse en conjunto con la denuncia del Tratado” (fs. 60).

11. En cuanto a cuestiones sistemáticas relacionadas con la justicia, Uruguay tiene que replantearse seriamente la posibilidad de modificar el sistema de control de constitucionalidad y a esta altura de los acontecimientos, un Tribunal Constitucional ya deviene necesario y urgente. Esto demuestra la necesidad inminente de un cambio en la manera en que en Uruguay se analizan las cuestiones de constitucionalidad, para que el Estado no se siga vinculando internacionalmente y luego coloque a su orden interno por delante del internacional.
12. Además, Uruguay tiene que replantear su sistema judicial, quizás recurriendo a salas especializadas por materias para no recargar de tareas a los cinco Ministros de la última instancia que se ocupan no solo de todas las materias jurídicas sino también de toda la dirección administrativa del Poder Judicial. En ese sentido, también se tiene que romper el “pacto político” que existe en el Parlamento para que a la SCJ acceda el Juez de más antigüedad y respetar la Constitución que permite que a la SCJ accedan los mejores juristas sin limitar esta condición a quien ejerce únicamente la judicatura. El Estado tendrá que garantizar no solo la independencia absoluta del Poder Judicial sino dotarlo de mayores recursos y brindar a los jueces todas las condiciones para el mejor desempeño de su cargo en beneficio de los ciudadanos. La necesidad de contar con un Ministerio de Justicia también debería de ser considerada.
13. Desde un punto de vista del proceso de justicia de transición que vive el Uruguay, la sentencia desconoce los derechos de las víctimas y de la sociedad uruguaya a la verdad, la justicia y la reparación. Ello indica, con independencia de las investigaciones penales, la necesidad de discutir en el menor tiempo posible sobre la creación de una auténtica Comisión de la Verdad, que permita conocer lo sucedido y elaborar el pasado con miras a una pronta reconciliación.
14. En cuanto a los aspectos procedimentales y las consecuencias jurídicas que puede traer esta sentencia, debo decir que los procesos penales iniciados proseguirán su curso porque esta sentencia no faculta a la clausura de los mismos. Nuevas investigaciones penales se podrán llevar a cabo, según el criterio del juez actuante porque la Ley de Caducidad es inconstitucional según la misma SCJ y no es obstáculo. Todo queda circunscripto a un problema de prescripción o imprescriptibilidad de cada delito en particular, de su naturaleza jurídica, de su existencia previa en alguna norma internacional, sin que la Ley 18.831 tenga incidencia en esta cuestión. La sentencia de la SCJ demuestra que la Ley 18.831 no parece haber sido un acierto legislativo sino tan solo un nuevo y apurado mecanismo de justicia de transición ofrecido como antídoto a la tan cuestionada Ley de Caducidad para solucionar un aspecto puntual del proceso de justicia de transición. Ambas leyes obedecen a un preponderante interés de “política real” (*Realpolitik*) sobrepuesto a los criterios de justicia y a la propia

Constitución. La de Caducidad para brindar impunidad y la 18.831 para favorecer la punición.

15. En cuanto al principio de legalidad, el juez de la causa penal correspondiente tendrá que analizar si la conducta penal llevada a cabo estaba prohibida por el derecho internacional en una forma compatible con el fundamento y la función del principio de legalidad. Si la prohibición penal existía con anterioridad a los crímenes cometidos por el terrorismo de Estado, no habrá lesión o vulneración alguna a la Constitución en lo que refiere a los principios de legalidad y retroactividad. Por lo tanto, en mi opinión, esta sentencia no impide proseguir con el ejercicio de las acciones penales en curso ni el inicio de nuevas que ya no se encuentren amparadas por el *ne bis in idem*.
16. También debe de quedar claro que la CIDH no puede exigir dentro del concepto “remoción de todos los obstáculos que impiden el castigo” que los presuntos culpables vean disminuidas las garantías procesales como la cosa juzgada (no fraudulenta) el *ne bis in idem* o el *nemo tenetur*, porque los juicios penales solo pueden ser llevados a cabo en un Estado de Derecho manteniendo todas y cada una de estas garantías, para no derivar en un derecho penal infinito que solo pretende castigar a “enemigos” en lugar de juzgar a “ciudadanos” (así hayan cometido los crímenes más atroces contra sus congéneres).
17. Las nuevas decisiones de los jueces penales de primera y segunda instancia, requerirán de un análisis y argumentación mucho más profundo que considere la discusión de doctrina y jurisprudencia actual para fundamentar o rechazar una posible imputación de naturaleza penal. Si el juez de la causa, luego de todos estos exámenes considera que no hay posibilidad de castigo penal, solo quedará abierta la vía de la condena histórica por medio de otros mecanismos de búsqueda y elaboración de la verdad como es una Comisión de la Verdad.