

# *La democracia frente a los crímenes masivos: una reflexión a la luz del caso Gelman*

Por Roberto Gargarella<sup>†</sup>

Este artículo toma como punto de partida la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Gelman vs. Uruguay para reflexionar sobre los vínculos entre democracia y crímenes masivos.

A partir de esta sentencia, Gargarella discute la relación entre democracia y derechos, y analiza las tensiones que pueden surgir entre decisiones tomadas por una comunidad democrática y otras adoptadas por tribunales internacionales.

---

<sup>†</sup> Roberto Gargarella es sociólogo, abogado y Doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires, L.L.M. por la University of Chicago Law School, Master en Ciencia Política por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, J.S.D. por la University of Chicago, y Post-Doctorado en la Balliol Collage, Oxford. Es profesor ordinario de la Escuela de Derecho de la Universidad Torcuato Di Tella (UTDT), y profesor asociado de la Facultad de Derecho de la UBA. Ha sido profesor e investigador visitante en varias universidades extranjeras, como Columbia University, Universitat Pompeu Fabra, New York University, University of Bergen y University of Chicago. El profesor Gargarella se hizo acreedor de prestigiosas becas de investigación, entre ellas Fulbright, John Simon Guggenheim Memorial Foundation y Fundación Antorchas. Es autor de numerosos libros y artículos, publicados tanto en el país como en el exterior. Entre sus publicaciones más recientes se encuentran: *The Legal Foundations of Inequality* (Cambridge, Cambridge University Press, 2009) y *The Accountability and Democratic Judiciaries in Latin America, Africa, and East Europe* (en co-autoría con S. Gloppen et al, Palgrave, Nueva York, 2009).

El caso Gelman ilustra este posible conflicto de un modo particularmente claro, en tanto involucra un plebiscito celebrado libremente cuya decisión inevitablemente afectó derechos humanos fundamentales.

---

Palabras clave: Derechos Humanos, Sistema interamericano, crímenes masivos, crímenes de lesa humanidad, Gelman, Uruguay, tribunales internacionales, democracia

---

## **I. INTRODUCCIÓN**

En este escrito, voy a ocuparme del modo en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, "Corte IDH") decidió el caso Gelman y, de ese modo, intervino en las discusiones acerca de cómo una comunidad democrática puede enfrentar el drama de los crímenes masivos. Sin lugar a dudas, el fallo en cuestión es de enorme relevancia política y jurídica, y aborda cuestiones fundamentales para la teoría constitucional contemporánea. En lo personal, me interesará examinar la decisión de la Corte IDH en el caso Gelman, motivado no tanto por la pretensión de defender o criticar la sentencia, sino por la importancia de las cuestiones teóricas que la misma nos urge a explorar. Por supuesto, los temas abarcados por el fallo, y que ameritarían un estudio especial, son numerosos, pero aquí no podré brindarle a todos ellos la atención debida. Me concentraré, en cambio, en una línea de cuestiones de las que el fallo se ocupa, y que tiene que ver con preguntas tan centrales como las siguientes. ¿Cómo pensar la relación entre democracia y derechos? ¿Cómo pensar, más específicamente, esa relación cuando involucra, como en este caso, a derechos humanos fundamentales y plebiscitos libremente celebrados? ¿Cómo resolver la tensión posible entre las decisiones tomadas por una comunidad democrática y las adoptadas por organismos internacionales? ¿Cómo pensar los alcances y límites del reproche estatal frente a las más graves violaciones de derechos humanos?

## **II. LA CORTE INTERAMERICANA, LAS AMNISTÍAS Y LA DEMOCRACIA**

El 24 de febrero de 2011, al resolver el caso Gelman vs. Uruguay, la Corte IDH condenó a Uruguay por la desaparición forzada de María Claudia García Iruretagoyena de Gelman y el nacimiento en cautiverio de

su hija Macarena Gelman, durante la dictadura militar.<sup>1</sup> En su fallo, la Corte sostuvo que Uruguay debía remover todo obstáculo que permitiera la impunidad de los responsables del hecho. En tal sentido, consideró que la Ley 15.848, de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado (“Ley de Caducidad”), promulgada el 22 de diciembre de 1986, que impedía que fueran llevados a juicio quienes habían cometido graves violaciones de derechos humanos durante la dictadura militar, resultaba carente de efectos jurídicos. Ello así dada su incompatibilidad con la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Al mismo tiempo, consideró que no constituía un impedimento para dejar sin efecto a la Ley el hecho de que la misma hubiera sido aprobada democráticamente, y luego respaldada popularmente a través de dos consultas directas con la ciudadanía.

La cuestión democrática resulta central, entonces, en el marco de la causa Gelman. No sorprende entonces que los jueces de la Corte IDH le dediquen al tema algunos de sus considerandos más importantes. Así, en el apartado 238 de su decisión, la Corte manifiesta que:

*“[e]l hecho de que la Ley de Caducidad haya sido aprobada en un régimen democrático y aún ratificada o respaldada por la ciudadanía en dos ocasiones no le concede, automáticamente ni por sí sola, legitimidad ante el Derecho Internacional. La participación de la ciudadanía con respecto a dicha Ley, utilizando procedimientos de ejercicio directo de la democracia...se debe considerar, entonces, como hecho atribuible al Estado y generador, por tanto, de la responsabilidad internacional de aquél”.*

A renglón seguido, en su considerando 239, la Corte extendió y clarificó su posición en la materia al sostener que

*“[l]a sola existencia de un régimen democrático no garantiza, per se, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana”.*

De este modo, y en fuertes términos, la Corte se apresuró a restar validez a la Ley de Caducidad.<sup>2</sup> E inmediatamente, y en el mismo párrafo,

---

<sup>1</sup> Corte IDH, Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2001. Serie C. No. 221.

<sup>2</sup> La Ley estableció la caducidad del “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

el tribunal hizo lo propio, también, con las dos consultas directas hechas por el gobierno rioplatense a la ciudadanía del país: en primer lugar, el recurso de referéndum (párrafo 2 del artículo 79 de la Constitución del Uruguay), en abril de 1989; y más luego, un plebiscito (literal A del artículo 331 de la Constitución del Uruguay), sobre un proyecto de reforma constitucional por el que se habrían declarado nulos los artículos 1 a 4 de la Ley, el 25 de octubre del año 2009.

Una primera pregunta que genera lo decidido por la Corte se vincula con el lugar en donde aparece la tensión denunciada entre las decisiones democráticas del caso, y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Más específicamente: ¿cuál era el aspecto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que estaba siendo desafiado por las decisiones democráticas tomadas en Uruguay? La respuesta había sido anticipada por la Corte, y era retomada ahora en la sección F de su decisión, referida a “Las amnistías y la jurisprudencia de esta Corte.” Allí, la Corte volvió a insistir sobre la idea según la cual *“las leyes de amnistía, en casos de graves violaciones a los derechos humanos, son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu del Pacto de San José (de Costa Rica).”* Esta idea ya había sido expresada por la Corte, de otro modo, en casos como Barrios Altos vs. Perú, del 2001, y su decisión se relacionaba también con los dicho en sus fallos La Cantuta vs. Perú, del 2006; Almonacid Arellano vs. Chile, del 2006; y Gomes Lund vs. Brasil, del 2010.<sup>3</sup> Ello así, pues las amnistías (agregó el tribunal en su decisión de Gelman, considerando 226)

*“impiden la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos y, consecuentemente, el acceso de las víctimas y sus familiares a la verdad de lo ocurrido y a las reparaciones correspondientes, obstaculizando así el pleno, oportuno y efectivo imperio de la justicia en los casos pertinentes, favoreciendo, en cambio, la impunidad y la arbitrariedad, afectando, además, seriamente el estado de derecho, motivos por los que se ha declarado que, a la luz del Derecho Internacional, ellas carecen de efectos jurídicos.”*

---

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”.

<sup>3</sup> Corte IDH. Caso Barrios Altos vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C. No. 75; Caso La Cantuta vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162; Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154; Caso Gomes Lund y otros (Guerrilla de Araguaia) vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219.

Lo señalado por la Corte IDH en la materia resulta difícil de aceptar por varios motivos, algunos de los cuales examinaremos en el marco de este trabajo. Por el momento, llamaría la atención sobre una primera cuestión, que tiene que ver con lo siguiente. Latinoamérica tiene una larga historia de amnistías y leyes de perdón, y esa historia se tornó especialmente densa y poblada en las últimas décadas a raíz de dos motivos bien conocidos: por un lado, la grave oleada de quiebras democráticas y masivas violaciones de derechos humanos producidas, muy en particular, desde comienzos de la década del 70; y por otro, la desigualdad política y económica que desde siempre ha afectado a la región, y que se ha manifestado también en la presencia de actores con enorme capacidad de acción y presión sobre los poderes políticos democráticos.

Ahora bien, por una diversidad de razones (relacionadas por caso con el aprendizaje mutuo que se dio en todos estos años entre los distintos países de la región; los temores y entusiasmos generados por las experiencias vecinas; las diferentes maneras en que se dio la transición en los distintos países; y la mayor fortaleza o debilidad de sus actores civiles), las amnistías que fueron apareciendo en la región respondieron a motivaciones diversas, y adquirieron formas y contenidos también diferentes. De allí que la decisión de la Corte de considerar igualmente carentes de validez jurídica a todas las amnistías aparecidas frente a graves violaciones de derechos humanos, a pesar de sus diferencias evidentes y relevantes, pueda resultar, en principio, poco sutil, y finalmente injusta.

Ello así, en particular, teniendo en cuenta un elemento especialmente importante y diferenciador entre las diversas amnistías producidas: su diferente legitimidad democrática.

Quisiera ilustrar las diferencias que señalo haciendo referencia a cuatro amnistías –según entiendo, muy diversas entre sí– aparecidas en la región durante los últimos 30 años. Me refiero a i) la auto-amnistía dictada por el Proceso de Reorganización Nacional de la Argentina, antes de abandonar el poder; ii) la auto-amnistía dictada por el régimen de Alberto Fujimori, en Perú, luego de producida la masacre de Barrios Altos; iii) las leyes de perdón dictadas por el gobierno democrático de Raúl Alfonsín, en la Argentina, para poner término a los juzgamientos contra los responsables de las graves violaciones a los derechos humanos ocurridas en el país desde 1976; y iv) la Ley de Caducidad dictada en el Uruguay y respaldada a través de dos procesos de consulta popular.

Teniendo en cuenta estas cuatro amnistías, es posible llamar la atención sobre la diferencia sustantiva que se advierte entre tales estrategias normativas de perdón. Podemos hablar aquí de una clara gradación entre las mismas, en lo relativo a su legitimidad democrática.<sup>4</sup>

Podríamos decir que la primera de las normas citadas, i) dispuesta por el General Bignone, nos refiere a una amnistía dispuesta por un cruento régimen militar, a favor de sí mismo, en su peor momento de popularidad. Es decir, se trató en este caso de una norma situada en un extremo de falta de legitimidad.

En segundo lugar tenemos a ii) una norma impulsada por el Presidente peruano Fujimori, y aprobada por el (conocido como) nuevo Congreso Constituyente Democrático en 1995, que apareciera luego de que el Congreso fuera cerrado por el (auto)golpe del 5 de abril de 1992, impulsado por el propio Presidente Fujimori (los miembros del nuevo Congreso unicameral de Perú aún no habían tomado posesión de sus cargos), y en un contexto de fuertes restricciones a los derechos civiles y políticos. Es decir, nos encontramos aquí con una ley que goza de una muy baja presunción de validez o, lo que es lo mismo para nuestros propósitos, de una muy baja legitimidad democrática.

Luego nos encontramos con iii) las leyes de perdón promovidas por el gobierno democrático de Raúl Alfonsín, aprobadas por el Congreso nacional, y respaldadas luego por la Corte Suprema. Y, aunque es siempre difícil medir la legitimidad de una norma, podría decirse que las leyes de perdón alfonsinistas se dieron en un contexto de amplias libertades civiles y políticas, movilización ciudadana en las calles y amplia disputa y debate público. Lo dicho, de todos modos, no debe impedirnos reconocer que, al mismo tiempo, tales normas surgieron a partir de indebidas presiones militares, que culminaron en la fuerte asonada de Semana Santa. De este modo, podríamos decir que en este caso nos encontramos con normas, en principio, democráticamente legítimas, aunque al mismo tiempo golpeadas en su legitimidad por la presión ilegítima de los sectores militares.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> Asocio aquí la legitimidad (democrática) de una norma, simplemente, con el grado de inclusividad y debate público que haya rodeado a la misma, al momento de su dictado. Conforme con este criterio, una norma que es producto de una dictadura, típicamente, gozará del grado más bajo de legitimidad, debido a los niveles de exclusión social presentes en la redacción y discusión de la misma (cierre de instituciones democráticas, restricción a las libertades civiles y políticas fundamentales, etc.). Sobre validez jurídica y los diferentes niveles de legitimidad democrática de una decisión, ver Nino (1987). Ver también Ackerman (1993).

<sup>5</sup> Esta posición nos acerca a lo que sostuvo el juez de la Corte Suprema Argentina Carlos Fayt, en su voto individual en Simón, cuando –para diferenciarse de sus colegas Zaffaroni o Petracchi-

Finalmente llegamos a iv) el caso de Uruguay, en donde volvemos a encontrarnos con una norma de amnistía dictada dentro de un contexto de plenas libertades civiles y políticas, aunque afectada tanto por los miedos esperables (y típicos en cualquier democracia) que podía generar el ejemplo argentino, como por presiones (en muchos casos inaceptables) ejercidas por los militares uruguayos (aunque no en forma de asonada, como en el caso argentino).<sup>6</sup> La legitimidad de la norma en cuestión, por lo demás, resultó notablemente reforzada por la presencia de dos consultas populares, entendidas naturalmente como máxima expresión de la soberanía popular. Podemos hablar aquí, entonces, de una norma democráticamente legítima, en un grado significativo.<sup>7</sup>

Las diferencias que separan, por caso, la auto-amnistía de la dictadura militar argentina, y la Ley de Caducidad uruguaya resultan extraordinarias, y ameritan, cuanto menos, un proceso de estudio y distinción trabajoso y cuidado. Como sostuviera Carlos Nino, en su momento, no había mayores razones para considerar válida la auto-amnistía, que luego (en cierta medida siguiendo sus invocaciones) derogara el Congreso argentino (Nino 1996). Sin embargo, debiera ser claro, el caso de la Ley de Caducidad planteaba un asunto por completo distinto al de la auto-amnistía militar en la Argentina –un caso que involucraba a un complejo, atribulado, conflictivo, pero en todo caso deliberado, proceso de reflexión colectiva–.

---

mantuvo que no podía tomarse al caso Barrios Altos como antecedente vinculante, dado que la amnistía ocurrida en Perú resultaba incomparable con la que se había dado en la Argentina, ya que en este último país las normas de perdón fueron el resultado de la decisión de un congreso democrático. De todos modos, la posición que aquí defiende se distingue de la de Fayt por considerar, como él no lo hiciera, que la legitimidad de las normas argentinas se veía afectada, a su vez, por las graves presiones militares existentes en el momento de su dictado

<sup>6</sup> Es habitual encontrar argumentos contra la fortaleza democrática de tales expresiones populares en Uruguay (se las encuentra en el propio caso Nibia Sabalsagaray, en sus referencias al hecho de la “fuerza”, es decir al peso que habrían tenido en esos años las presiones militares sobre la sociedad democrática). Tal línea de argumentos, sin embargo, se enfrenta a un inconveniente muy serio, cual es el plebiscito constitucional de 1980, convocado por el propio gobierno cívico-militar, con el objeto de legitimar su continuidad y dejar definitivamente de lado la Constitución democrática de 1967. El hecho es que, contra todas las previsiones, la ciudadanía uruguaya, durante la dictadura, y enfrentada a las limitaciones a la libre expresión propias de un régimen de facto, no tuvo dificultades para rechazar, por más de un 57%, la invitación que le formulara el gobierno militar. Es decir, aún en las peores condiciones, la ciudadanía uruguaya supo decirle que “no” a la dictadura, a través de una consulta popular.

<sup>7</sup> Es muy importante resaltar, sin embargo, que el examen que merece hacerse en torno al lugar en el que se encuentra una cierta decisión pública, en términos de gradación democrática, no termina ni encuentra su punto más interesante, necesariamente, en la aparición de un acto plebiscitario. Siempre corresponderá seguir explorando las características particulares de ese plebiscito: quién y cómo lo convoca; cómo se enuncian las consignas del caso; qué niveles de discusión e información rodean al acto; etc. Agradezco a Gustavo Beade por algunos comentarios al respecto.

La Corte IDH, en su sentencia, debió haber hecho un especial esfuerzo argumentativo para distinguir unas amnistías de otras. Ello, no simplemente por pretensión académica o teórica, sino en respeto de lo que significa para la ciudadanía lograr acuerdos democráticos de nivel semejante. Si una norma goza de (cierta) legitimidad democrática, ella no puede ser, luego, simplemente desafiada como si se tratara de una norma emanada de una dictadura. En otros términos, existe un problema serio cuando se toman como idénticas –por caso- normas ilegítimas de un modo extremo, y normas democráticamente legítimas en un grado significativo.

Al respecto, es interesante recordar que, en el caso que aquí más nos interesa, el de Uruguay, encumbrados dirigentes y juristas vinculados con el gobierno del Frente Amplio, supieron reconocer bien el significado de los reiterados pronunciamientos mayoritarios en respaldo de la norma de perdón. Ello, más allá del hecho de que muchos de tales individuos estuvieran convencidos de la necesidad de juzgar a todos los responsables de la comisión de crímenes masivos y militaran, en consecuencia, en pos de tal objetivo.<sup>8</sup>

Lamentablemente, el enfoque adoptado por la Corte IDH en el fallo Gelman se mostró esquemático y carente de matices. Para la Corte, simplemente, las amnistías se encontraban prohibidas en todos los casos. Los jueces de la Corte dejaron en claro que la incompatibilidad con la Convención de Derechos Humanos no se limitaba a las “autoamnistías” sino que alcanzaba a todo tipo de amnistías, porque lo relevante no era *“el proceso de adopción” de la norma o “la autoridad que emitió la ley de amnistía”, sino “su ratio legis”, es decir, “dejar impunes graves violaciones al derecho internacional”* (considerando 229). Más gravemente aún, y por si lo anterior no fuera suficientemente claro, la Corte señaló entonces que, para el caso específico del Uruguay, el hecho de que *“la Ley de Caducidad haya sido aprobada en un régimen democrático y aún ratificada o respaldada por la ciudadanía en dos ocasiones no le concede, automáticamente ni por sí sola, legitimidad ante el Derecho Internacional”*. Para la Corte, la incompatibilidad de las leyes de amnistía con la Convención Americana “no deriva de una cuestión formal, como su origen”, sino de su aspecto material. Es decir, la expresión de un Congreso soberano, tanto como la organización ciudadana de un referéndum

---

<sup>8</sup> Diario La República, Uruguay, 20/3/2010. Ver también <http://www.180.com.uy/articulo/14697>; y Diario El Espectador, Uruguay, 18/11/2010.

primero, y luego de un plebiscito, representaban cuestiones meramente formales, que poco tenían que ver con la validez sustantiva de la ley.<sup>9</sup>

En definitiva, en menos de 10 renglones, y básicamente sin dar argumentos, el pronunciamiento de la Corte IDH en Gelman desautorizó sin atenuantes ni matices la decisión del Congreso uruguayo, ratificada por la voluntad de más del 50% de la población expresada de modo limpio y directo. El problema que identificáramos como de la gradación democrática quedaba de este modo expuesto, de la forma más grave.

Ahora bien, algunos defensores de la decisión de la Corte IDH podrían alegar, contra lo dicho hasta aquí, que el tribunal –simplemente- hizo lo que estaba obligado a hacer, conforme al derecho que debía aplicar. En otros términos, la Corte no tenía ninguna opción alternativa a mano para decidir de un modo diferente. Sin embargo, dicha afirmación no resulta atractiva, dado que el derecho, para ser aplicado, debe ser interpretado y lamentablemente -como sostuviera el filósofo del derecho Jeremy Waldron- de modo habitual disintimos, razonable y profundamente, sobre cuáles son esos derechos, y cuáles sus contenidos y contornos: nuestra vida en sociedad se encuentra decisivamente marcada por razonables y persistentes desacuerdos en materia de justicia y derechos (Waldron 1999).

Lo dicho no significa renunciar a la idea de derechos; ni implica colapsar a la misma, simplemente, en la idea de democracia. Lo dicho pretende, más bien, objetar la estrategia contraria, esto es, aquella que pretende, simplemente, aislar a la idea de derechos de todo contacto con

---

<sup>9</sup> Aquí aparece una objeción que más de una vez me ha formulado mi colega Víctor Abramovich, quien fuera Vicepresidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos –objeción a la que llamaré, por tanto, “objeción Abramovich”–. La objeción Abramovich parte de la idea de que los países de la región también han afirmado “democráticamente” su pertenencia al Sistema Interamericano, y suscripto “democráticamente” los tratados de derechos humanos que ahora, los Tribunales cuya autoridad han reconocido “democráticamente” les obligan cumplir. Es decir, la objeción viene a llamarnos la atención sobre el pedigree también democrático de las decisiones que aquí objeto usando argumentos del mismo calibre. La objeción, sin embargo, no me resulta para nada persuasiva. Ello así (más allá del uso, otra vez “plano” e indiferenciado de la idea de “democracia”), por la razón siguiente: Desde las primeras reflexiones públicas que conocemos en torno al control judicial –pienso, en particular, en la batalla jurídico-político que se generara en torno al caso *Marbury v. Madison*, en los Estados Unidos- tenemos en claro que la creación y aceptación de un órgano de naturaleza jurisdiccional no cierra sino que abre la discusión en torno a los alcances, límites y modalidades de su actuación. Es decir, cuando ponemos en funcionamiento a un tribunal superior no precluimos sino que inauguramos el debate acerca de qué es lo que puede decidir ese tribunal, de qué modo, o con qué autoridad. Y, como sabemos, lamentablemente, luego de más de 200 años de reflexión sobre el tema, todavía no hemos podido saldar la discusión referida a la legitimidad (democrática) y alcance de la autoridad de los tribunales superiores.

la noción de regla mayoritaria. En este punto, cabría señalar junto con Waldron, nuevamente, que la pretensión de independizar la discusión de los derechos del recurso a la regla de la mayoría, se frustra apenas comienza a andar. Ello es lo que se advierte, claramente, en casi cualquiera de las decisiones de tribunales como la Corte IDH. Tales decisiones reflejan los dos aspectos que aquí se enfatizan: por un lado, un razonable desacuerdo interno (entre los jueces, en este caso), y por otro, y a partir de allí, el recurso a la regla mayoritaria (en este caso, interna al tribunal) como método para zanjar ese desacuerdo.

Si la Corte uruguaya o la Corte IDH se niegan a dar este paso, ello se debe a dos supuestos adicionales (tan difíciles de sostener como el que niega el hecho del desacuerdo), que parecen estar presentes en su razonamiento. El primero de tales supuestos es el que vincula a la regla mayoritaria con una tendencia a la toma de decisiones irracionales e irrazonables; y el segundo, que aparece como la contracara del primero, es el que vincula al Poder Judicial con la toma de decisiones racionales y razonables.

En definitiva, este tipo de supuestos relacionados con la irracionalidad propia de las mayorías y la necesidad (consiguiente) del control judicial, parecen ser los que han hecho posible que tribunales como los citados afirmen, con la convicción con que lo han hecho, que las cuestiones de derechos deben ser de competencia exclusiva del Poder Judicial; o que consideren básicamente irrelevante que una amnistía haya sido “aprobada por un régimen democrático y aún ratificada por la ciudadanía en dos ocasiones”; o que califiquen a la decisión del Congreso uruguayo primero, al referéndum luego, y al plebiscito más tarde, como expresiones meramente “formales”, completamente carentes de importancia a la hora de evaluar la validez de la ley.

Una excelente ilustración de cómo es que el problema del desacuerdo sobre el contenido de los derechos impacta en la práctica decisoria de los tribunales aparece, justamente, en el caso Gelman que aquí nos ocupa. El ejemplo en el que pienso no se refiere a una cuestión marginal al fallo sino a otra que se encuentra, más bien, en su mismo centro. Pienso en una de las razones centrales que alega la Corte IDH para justificar su decisión de considerar a la Ley de Caducidad como contraria a lo dispuesto por la Convención Americana de Derechos Humanos. Si la Corte condena a Uruguay en su fallo por haber violado la Convención a través del dictado de la Ley de Caducidad, ello se debe a que los Estados –dice la Corte– tienen la obligación de “sancionar” a los responsables de cometer

crímenes graves. Dicho deber se desprende, según nos aclara la Corte IDH, de *“la obligación de garantía consagrada en el artículo 1.1. de la Convención Americana”* (párrafo 189 de Gelman). Tal artículo –agrega el tribunal– obliga a los Estados a *“prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos”* (ibid., párrafo 190).

Ocurre, sin embargo, que cuando uno lee el artículo 1.1. de la Convención Americana, no se encuentra en absoluto con esa férrea y detalladísima serie de obligaciones enunciadas por la Corte IDH. El artículo 1.1. de la Convención lee como sigue:

*“[L]os Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.*

En suma, una de las principales razones alegadas por la Corte IDH para condenar a Uruguay por su incumplimiento con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos vigente, tiene que ver con un artículo de la Convención que en ningún momento hace referencia más o menos explícita a los deberes de “prevenir”, “investigar”, “sancionar”, restablecer y “reparar” los “daños producidos por la violación de los derechos humanos” –deberes que, según la Corte IDH, Uruguay no habría cumplimentado. Tales deberes se derivan, en definitiva, de una interpretación jurídica, cuanto menos muy polémica (y que, por lo demás, se contradice con las expresiones democráticas del Congreso y la ciudadanía uruguayas), hecha por el tribunal. Con este ejemplo, entonces, podemos reconocer de un modo claro qué es lo que significa y qué es lo que implica no tomar en cuenta el problema del desacuerdo, cuando meditamos sobre el sentido, significado y alcance de los derechos.

### **III. SOBRE EL DERECHO DEMOCRÁTICO A REFLEXIONAR SOBRE EL CASTIGO**

En esta sección, quisiera explorar, mas no sea de modo breve, los diferentes modos en que una comunidad democrática puede reaccionar frente al crimen. Me interesará reflexionar de un modo más específico sobre el derecho de una comunidad democrática de decidir de qué modo

quiere afrontar el drama de las más grandes tragedias a las que se enfrenta –tragedias como las impuestas por las dictaduras que azolaron la región en los años 70s.

Según la Corte IDH, *“La forma en que, por lo menos durante un tiempo, ha sido interpretada y aplicada la Ley de Caducidad adoptada en Uruguay...ha afectado la obligación internacional del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos [ocurridas en el país]”* (caso Gelman, párrafo 230). Y también: *“[l]a falta de investigación de las graves violaciones de derechos humanos... enmarcadas en patrones sistemáticos, revelan un incumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado, establecidas por normas internacionales. Dada su manifiesta incompatibilidad con la Convención Americana, las disposiciones de la Ley de Caducidad que impiden la investigación y sanción de graves violaciones de derechos humanos carecen de efectos jurídicos y, en consecuencia, no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos del presente caso y la identificación y el castigo de los responsables”* (ibid., párrafos 231 y 232).

Estas manifestaciones de la Corte sugieren no sólo que hay una única (y, conforme viéramos, muy polémica) manera de interpretar las palabras de la Convención Americana, en relación con los deberes del Estado frente a las violaciones que eventualmente debiera enfrentar en materia de derechos humanos. Lo dicho por la Corte implica además, que existe básicamente una única manera en que el Estado puede responder frente a tales crímenes, siendo ésta la respuesta del castigo.

Ocurre, sin embargo, que la respuesta del castigo no sólo no se deriva necesariamente de la letra de la Convención (ni de una interpretación más o menos obvia de ella), sino que implica una opción al menos doblemente problemática. La primera dificultad en la que pienso tiene que ver con una cuestión de teoría de la democracia, y consiste en que una comunidad democrática debiera tener márgenes de acción más amplios, para decidir de qué manera quiere vivir, de qué modo quiere organizarse, de qué forma quiere premiar o reprochar determinadas conductas que por alguna razón considere especialmente relevantes. La segunda dificultad, que es la que aquí más me interesa, se relaciona con una cuestión de teoría del castigo, y se relaciona con el hecho de que el castigo penal puede verse como una de las peores formas de respuesta imaginables, frente a la comisión de crímenes dentro de una comunidad democrática.

Quisiera concentrarme en esta sección, algo más, en el tema del castigo, pero para ello debiera aclarar dos cuestiones previas. En primer lugar, la Corte IDH ha insistido en que la condena a Uruguay se debe a que dicho país ha incumplido con su deber de “sancionar” e “investigar”. Aquí voy a ocuparme de la omisión en que habría incurrido Uruguay de sancionar a los responsables de violaciones de derecho masivas, pero dejando anotado que de los fundamentos del fallo no se deduce claramente lo que en su conclusión se afirma, esto es, que Uruguay hubiera incumplido o no estuviera en condiciones de cumplir (a partir de la ley de impunidad sancionada), tampoco, con sus deberes de investigar.<sup>10</sup>

En segundo lugar, aclararía también que, para los propósitos de este artículo, no necesito dejar probada la superioridad de las alternativas que existen frente al castigo penal. Me basta con dejar en claro que la Corte IDH no sólo no nos dice por qué la Convención exige “sancionar”, sino que además aparece innecesariamente comprometida con la idea de castigo, frente a otras alternativas posibles y a al alcance de toda comunidad democrática.

Yendo entonces a cómo es que la Corte IDH trató la cuestión del castigo en el caso Gelman, nos encontramos con lo que podemos llamar el problema de la diversidad del reproche estatal posible, en manos del Estado. El problema en el que pienso emerge cuando no se reconoce que un Estado democrático tiene, y debe tener, la posibilidad de escoger de qué forma es que quiere reprochar ciertos crímenes (y, agregaría, más aún, los peores crímenes a los que se ha visto enfrentado); y que esa

---

<sup>10</sup> Ver, por ejemplo, el trabajo de la Comisión de Paz creada durante el gobierno del Presidente Battle a través de la Resolución 858 del 9 de agosto del 2000: [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). El trabajo continuó otro informe muy importante organizado por una ONG regional, el Servicio de Paz y Justicia (SERPAJ), presentado en diciembre de 1989. Ver también, por caso, el reporte de la Presidencia de la Nación, sobre la Investigación Histórica sobre Detenidos Desaparecidos, así en: <http://archivo.presidencia.gub.uy/web/noticias/2007/06/tomo4.pdf>. Ver asimismo las declaraciones del Presidente Tabaré Vázquez refiriéndose a los trabajos y búsquedas realizadas desde el gobierno, sobre el tema (por ejemplo: <http://www.sandiegored.com/noticias/8426/Expresidente-uruguayo-critica-un-fallo-de-la-Corte-Interamericana-de-DD-HH/>), y en particular las investigaciones promovidas por dicho presidente, con el objeto de dar cumplimiento del art. 4 de la ley de amnistía. En el año 2007, y a resultados de tales investigaciones, se publicaron 5 tomos conteniendo los resultados del “Nunca Más” uruguayo. Finalmente, llamaría la atención sobre las políticas de memoria y reparación – imperfectas pero significativas– llevadas a cabo por el gobierno uruguayo, que incluyeron la creación de un Archivo Nacional de la Memoria y de un Museo y una Biblioteca destinados al mismo fin (así como la creación de monumentos, y el colocado de placas conmemorativas), tanto como beneficios jubilatorios para los exiliados que regresaron al país, y compensaciones para los ex detenidos políticos (Errandonea 2008, 46 y sigs.)

forma puede incluir, o no, la modalidad del castigo tal cual hoy la conocemos y practicamos.

Lo dicho implica reconocer, ante todo, que existe una distinción entre reproche, sanción y castigo, que merece ser analizada y explorada con más cuidado (Gargarella 2008). Ello, en lugar de simplemente colapsar todas estas categorías en la peor versión de una de ellas: la privación de la libertad. Por ello es que suscribo, por caso, lo señalado por Leonardo Filippini –quien se ha ocupado de la misma cuestión, a la luz del caso Gelman- cuando nos recuerda de qué modo “*el discurso legal –y el de la Corte IDH no es la excepción– continúa asimilando... las ideas de reproche, sanción y castigo, naturalizando, en gran medida, que la prisión es la forma de referencia para expresar la máxima reprobación social en una comunidad*” (Filippini 2012, 190).

Que la Corte IDH se comprometa con la idea del castigo del modo en que lo ha hecho es preocupante, no sólo porque su aproximación se ha basado en citas autoritativas que, en verdad, no le otorgaban el respaldo necesario para afirmar lo que afirmara, sino además porque la respuesta por la que ha optado no sólo no era la única disponible, sino que era una respuesta demasiado poco atractiva como para ser asumida acríticamente.

Por supuesto, mi intención no es la de afirmar la idea según la cual el castigo penal es la peor opción a nuestro alcance, frente a la producción de crímenes masivos. De lo que se trata es, simplemente, de afirmar que la opción en juego no es fácil de justificar y ello, mucho menos, teniendo en cuenta que existen alternativas, que aparecen como igual o más razonables que la alternativa punitiva.<sup>11</sup> Cabe enfatizar, por lo demás, que tales alternativas no son sólo teóricas o imaginables, sino que se trata de posibilidades exploradas en la práctica concreta –típicamente en América Latina– como lo demuestran, por caso, las “Comisiones de Verdad y Reconciliación,” en Chile o El Salvador; la muy imperfecta “Ley de Justicia y Paz,” en Colombia (Uprimny et al 2006); la “Comisión de Paz” uruguaya; o la más reciente “Comisión de la Verdad” instalada en Brasil

---

<sup>11</sup> Sobre la existencia de respuestas alternativas al castigo, me contentaría por el momento con hacer referencia a la vasta literatura especializada en la materia (Braithwaite 1998 y 2000; Braithwaite & Pettit 1990; Braithwaite & Pettit 2000; Cunneen & Hoyle 2010), y a la vez citar la experiencia histórica comparada, que también es rica. Esta experiencia comparada, en efecto, nos permite reconocer que otros países han optado por otras formas de respuesta distintas al castigo, frente a la violación masiva de derechos (ver por ejemplo, Baraine & Levy 1995). El ejemplo de Sudáfrica suele ser el más citado, en estos casos, a partir de su prioritaria preocupación por buscar, antes que al castigo penal, la verdad de lo sucedido.

por el gobierno de Dilma Rousseff (ver, en general, Sikkink 2011). Smulovitz (2009), examinando sólo el caso de la Argentina, da cuenta de la enorme variedad de estrategias judiciales y no judiciales seguidas en el país, tratando de hacer frente a las injusticias del pasado, en tiempos en que se limitaba la posibilidad de la sanción penal. Dichas alternativas incluyeron, por caso, i) la búsqueda de reparaciones económicas; ii) la apelación a tribunales internacionales; iii) la afirmación de pedidos de perdón públicos, por parte de instituciones e individuos comprometidos con la represión pasada; iv) el establecimiento de fechas públicas conmemorativas; v) casos de ostracismo social; vi) la creación de institutos oficiales dedicados a honrar la memoria histórica; vii) la creación de monumentos, espacios y fechas conmemorativas, y viii) el establecimiento de los “juicios por la verdad”.

Experiencias como las citadas pueden haber resultado más o menos exitosas respecto de los fines perseguidos, pero ello no es lo que importa en este punto. Lo que interesa es dejar en claro, simplemente, que existen formas diferentes, y asimismo razonables, de responder ante la afrenta impuesta por los crímenes masivos.

En definitiva, el problema sobre el que insistiría, antes de concluir con esta sección, es el que se deriva de la incapacidad demostrada por la Corte IDH para lidiar con la cuestión de la diversidad del reproche estatal –un tema que aparece de la mano de su negativa a tomar en serio la capacidad de una comunidad democrática para decidir sobre los principios con lo que va a organizar sus instituciones fundamentales.<sup>12</sup>

#### **IV. UNA CONCLUSION PROVISIONAL**

A través de su decisión en Gelman, la Corte IDH perdió una gran oportunidad para contribuir al debate colectivo internacional en torno a temas de primera trascendencia, como los referidos a la democracia, y la legitimidad de las decisiones que resultan del debate público; los derechos constitucionales, y la complejidad propia de la interpretación jurídica; y el castigo estatal y la diversidad de formas con las que una comunidad cuenta para reprochar las conductas que rechaza. En lugar de desplegar una visión muchas veces simplista, punitivista, y basada en la

---

<sup>12</sup> Existen razones de igualdad, en cambio, que sensatamente pueden movernos a considerar que no sería justo asegurar un tratamiento “especial”, por parte de la autoridad coercitiva, justamente a aquellos que han cometido los peores crímenes ocurridos en la historia de la región. En lo personal, concuerdo con este argumento, aunque ello no me lleve a pensar que esas razones de igualdad justifican, finalmente, la necesidad de generalizar las respuestas de punición irracional que hoy, en mi opinión, se aplican al resto de la población carcelaria, en toda la región.

desconfianza hacia la ciudadanía, la Corte IDH pudo habernos ayudado a construir una teoría más rica en términos democráticos; más consciente de las complejidades propias de la interpretación legal; menos punitivista; y finalmente capaz de integrar nuestras intuiciones sobre democracia, derechos y castigo en una teoría abarcativa.

---

#### BIBLIOGRAFIA

Ackerman, B. (1993) "We the People. Foundations", Harvard: Harvard University Press.

Almqvist, J. & Espósito, C. (2012), eds., "The Role of Courts in Transitional Justice. Voices from Latin America and Spain", Londres: Routledge.

Boraine, A. & Levy, A. (1995), "The Healing of a Nation?" Cape Town: Justice in Transition.

Braithwaite, J. (1997), "On Speaking Softly and Carrying Big Sticks," 47 Toronto L. J. 305.

Braithwaite, J. (1998), "Restorative Justice," in M. Tonry ed., *The Handbook of Crime and Punishment*, Oxford: Oxford U.P., 323-344.

Braithwaite, J. (1999), "A Future Where Punishment is Marginalized," 46 UCLA L. Rev. 1727.

Braithwaite, J. (2000), "Restorative Justice and Social Justice," 63 Sask. L. Rev. 185.

Braithwaite, J. & Pettit, P. (2000), "Republicanism and Restorative Justice: An Explanatory and Normative Connection," en H. Strang & J. Braithwaite, *Restorative Justice*, Burlington: Ashgate.

Braithwaite, J. & Pettit, P. (1990), "Not Just Deserts: A Republican Theory of Criminal Law", Oxford: Clarendon Press.

Cunneen, C. & Hoyle, C. (2010), "Debating Restorative Justice", Oxford: Hart Publishers.

Chehtman, A. (2010), "The Philosophical Foundations of Extraterritorial Punishment", Oxford: Oxford University Press.

Duff, A. (1986), "Trials and Punishments", Cambridge: Cambridge University Press.

Duff, A. (1998), "Law, Language and Community: Some Preconditions of Criminal Liability," 18 Oxford Journal of Legal Studies 189-206.

Duff, A. (2001), "Punishment, Communication and Community", Oxford: Oxford University Press.

Duff, A. (2004), "I Might Be Guilty, But You Can't Try Me: Estoppel and Other Bars to Trial," 1 Ohio St. J. Crim. L. 245.

Duff, A. (2008), "Authority and Responsibility in International Criminal Law," to appear in S. Besson and J. Tasioulas, eds., *Philosophy of International Law*, Oxford: Oxford University Press.

Elster, J. (1991), "Arguing and Bargaining," *Occasional Papers*, Center for Study of Constitutionalism in Eastern Europe, School of Law, University of Chicago.

Elster, J. (1998), editor, "Deliberative Democracy", Cambridge: Cambridge University Press.

Elster, J. & Hylland, A. (1992), "Foundations of Social Choice Theory", Cambridge: Cambridge University Press.

Errandonea, J. (2008), "Justicia Transicional en Uruguay" *Revista IIDH Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, 47, enero-junio, 13-70.

Ferrajoli, L. (2008), "Democracia y garantismo", Madrid: Trotta.

Filippini, L. (2012), "Reconocimiento y justicia penal en el caso Gelman," *Anuario de Derechos Humanos*, Santiago de Chile: Universidad de Chile.

García Sayán, D. (2012), "En nombre de las mayorías," *La República*, Perú, [1] <http://www.larepublica.pe/columnistas/atando-cabos/en-nombre-de-las-mayorias-28-06-2012>

Garland, D. (2002), "The Culture of Control", Chicago: The University of Chicago Press.

Gargarella, R. (2008), "De la injusticia penal a la justicia social", Bogotá: Universidad de los Andes, Siglo del Hombre.

Habermas, J. (1998) "Between Facts and Norms", Cambridge: The MIT Press.

Hart, H. (1968), "Punishment and Responsibility", Oxford: Oxford University Press.

Nino, C. (1987), "La validez del derecho", Buenos Aires: Astrea.

Nino, C. (1991), "The Ethics of Human Rights", Oxford: Oxford University Press.

Nino, C. (1996) "Radical Evil on Trial", Yale: Yale University Press.

Pastor, D. (2004), "Tensiones: ¿Derechos fundamentales o persecución penal sin límites?", Buenos Aires: Editorial del Puerto.

Pastor, D. (2005), "El poder penal internacional", Barcelona: Atelier.

Pastor, D. (2009), "Encrucijadas del Derecho Penal Internacional y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos", Bogotá: Universidad Javeriana.

Pogge, T. (2002), "World Poverty and Human Rights", Oxford: Polity Press.

Renzo, M. (2012), "Crimes Against Humanity and the Limits of International Criminal Law", *Law and Philosophy*, vol. 31, n. 4, 443-476.

Renzo M. (2012b), "Responsibility and Answerability in Criminal Law" en R.A. Duff, L. Farmer, S. Marshall, M. Renzo and V. Tadros, *The Constitution of the Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press.

Sikkink, K. (2011), "The Justice Cascade", New York: Norton & Company.

Smulovitz, C. (2009), "I can't get no satisfaction. Accountability and Justice for Past Human Rights Violations in Argentina." Paper presentado en el marco del proyecto: "Comparing the Effectiveness of the Accountability Mechanisms in Eastern Europe and Latin America" organizado por el Colegio de México, la Universidad de las Naciones Unidas en asociación con la Universidad de Oxford.

Uprimny, R., Saffon, M., Botero, C., Restrepo, E. (2006), "Justicia transicional sin transición?" Bogotá: De Justicia.

Waldron, J. (1999), "Law and Disagreement", Oxford: Oxford University Press.

---