

Derechos humanos, soberanía estatal y legitimidad democrática de los tribunales internacionales.

¿Tres conceptos incompatibles?

por **SEBASTIÁN A. REY**⁽¹⁾

I | Introducción

El presente trabajo pretende analizar una discusión, que se ha vuelto cada día más relevante en los ámbitos académicos, esto es la tensión existente entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y las decisiones soberanas de los Estados al momento de legislar y, en particular, los límites a las facultades de los pueblos en casos de iniciativas populares o plebiscitos. Para ello, se tomará como ejemplo la sentencia del caso “Gelman c/ Uruguay” dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) en el año 2011. Finalmente, se estudiarán los argumentos de dicha decisión a partir de la “teoría de la ponderación” propuesta por Robert Alexy.

.....

(1) Abogado con Diploma de Honor (UBA). Magíster en Derechos Humanos (UNLP). Doctorando en Derecho (UBA), Docente de Derechos Humanos y Garantías y Derecho Internacional Público (UBA). Profesor Titular de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación. Secretario de Primera Instancia de la Defensoría General de la Nación. Miembro Titular de la Asociación Argentina de Derecho Internacional.

2 | Los hechos del Caso *Gelman c/ Uruguay*

“Gelman” fue la primera sentencia internacional contra Uruguay por las graves violaciones a los derechos humanos cometidas durante la dictadura cívico-militar entre el 27 de junio de 1973 y el 28 de febrero de 1985. Los hechos del caso tienen la particularidad de que se enmarcan dentro del denominado “Plan Cóndor” plan de coordinación para las desapariciones de personas, la sustracción y apropiación de niños y niñas y, las ejecuciones extrajudiciales de exiliados y refugiados en Argentina luego del golpe de Estado en nuestro país. En este contexto, María Claudia García Iruretagoyena Casinelli y su esposo, Marcelo Ariel Gelman Schubaroff, fueron privados ilegalmente de su libertad por comandos militares uruguayos y argentinos el 24 de agosto de 1976, que los condujeron al centro clandestino de detención conocido como “Automotores Orletti”. Mientras Gelman fue ejecutado en octubre de 1976, García fue trasladada a Montevideo de forma clandestina en avanzado estado de embarazo, habiendo dado a luz a en el Hospital Militar a María Macarena, quien le fue sustraída y abandonada en la casa de un policía uruguayo que la registró como hija propia. En el año 2000, María Macarena se sometió a una prueba de ADN, a los efectos de determinar el eventual parentesco con la familia Gelman, la que resultó en una identificación positiva en un 99,998%.

Por otra parte, el 22 de diciembre de 1986 el Parlamento uruguayo aprobó la Ley de Caducidad que amnistiaba los crímenes cometidos por las fuerzas de seguridad. En 1988 la Suprema Corte de Justicia sostuvo la constitucionalidad de dicha norma. Un año después se interpuso un recurso de referéndum contra la Ley de Caducidad, el cual no fue aprobado por la ciudadanía uruguaya, pues sólo el 42,4% de los votantes se pronunció a favor de hacer lugar al recurso y el resto en contra. El 19 de octubre de 2009 la Suprema Corte de Justicia en la causa “Sabalsagaray Curutchet” declaró la inconstitucionalidad de la amnistía. Una semana después, se sometió a la “iniciativa popular” un proyecto de reforma constitucional por el cual se introduciría en la Constitución una disposición especial que declarararía nula la Ley de Caducidad, propuesta que sólo alcanzó el 47,7% de los votos emitidos, por lo que no fue aprobada.

En cuanto a la investigación de lo ocurrido, en el marco de la dictadura cívico-militar, la Comisión para la Paz redactó un Informe Final en el año 2003, que se asumió como versión oficial sobre la situación de los detenidos-desaparecidos durante el régimen *de facto*. Asimismo, el 19 de junio de 2002 Juan Gelman presentó ante la Justicia una denuncia en relación con la privación de libertad y homicidio de María Claudia García, así como la sustracción de su hija y la supresión de su estado civil. En noviembre de 2003 el Poder Ejecutivo informó que el caso estaba comprendido por los efectos de la Ley de Caducidad por lo que se clausuró la investigación. En el 2004 se desestimó una solicitud de declaración de inconstitucionalidad de la Ley de Caducidad. Al año siguiente, Gelman solicitó la reapertura de la investigación con base en nuevas pruebas. Ante el cambio de criterio presidencial, se reabrió la investigación, pero el Ministerio Público Fiscal consideró que el caso estaba comprendido en la Ley de Caducidad, lo cual fue ratificado por el Tribunal de Apelaciones. Finalmente, en febrero de 2008 a solicitud de María Macarena se reabrió la causa pero al momento de que la Corte IDH dictó sentencia, no había mayores avances en la investigación, ninguna persona fue formalmente acusada ni sancionada, ni se había logrado determinar el paradero de María Claudia García.

3 | Las relaciones entre el derecho nacional y el derecho internacional de los derechos humanos

A partir de una teoría histórica de los derechos humanos se puede sostener que el reconocimiento del carácter universal de aquellos recién se llevó a cabo luego de la Segunda Guerra Mundial, al configurarse un nuevo orden internacional, que modificó las bases del derecho internacional clásico. En este sentido, se afirma que las graves violaciones de derechos cometidas durante el conflicto sirvieron para que la sociedad internacional se diese cuenta de lo equivocada que era la creencia complaciente de que la única manera de proteger los derechos de los individuos era manteniendo a los gobiernos lo más lejos posible.⁽²⁾

(2) SILBERMAN, ABELLA, R., "The Responsibilities of the State", en Bhatia, Gurcharan, J. O'Neill, Gerald Gall y Bendin, Patrick D. (eds.), *Peace, justice and freedom: human rights challenges for the new millennium*, Edmonton, University of Alberta Press, 2000, p. 324.

Junto al fin del conflicto armado aparecieron nuevos sujetos del derecho internacional, las organizaciones internacionales, que surgen en función de la voluntad de los Estados que las crean a través de un acuerdo multilateral, dotándolas de una estructura funcional y permanente que les permite cumplir con la finalidad para la cual fueron creadas.⁽³⁾ Como sostiene Cassese, las organizaciones internacionales intergubernamentales surgieron como una necesidad de los tiempos modernos, de que órganos conjuntos se encarguen del manejo de los intereses comunes de los Estados en determinadas áreas de las relaciones internacionales. Además, el temor a una Tercera Guerra Mundial motivó que estas agencias intergubernamentales tuviesen cada vez más poderes y autonomía, de modo de poner restricciones más fácilmente a los Estados.⁽⁴⁾

Por ende, la cuestión de las limitaciones a la soberanía estatal a mediados del siglo XX comenzó a debatirse. Empero, ello de ninguna manera implica afirmar que con el surgimiento de la Organización de las Naciones Unidas los Estados renunciaron a sus soberanías. La alternativa consistió en que los Estados acordaran, en ejercicio de sus facultades soberanas, el establecimiento de un tipo peculiar de organización internacional intergubernamental con personalidad jurídica propia y vocación de universalidad, en la que la centralización del uso de la fuerza fuese la regla para el ámbito internacional.⁽⁵⁾ De esta manera, en 1945 el ordenamiento jurídico internacional pasó a constituirse en un sistema de normas jurídicas, que regula las relaciones entre quienes son sus sujetos, integrado por un subsistema de coordinación, de tipo descentralizado, basado en el acuerdo de voluntades entre Estados iguales y soberanos⁽⁶⁾ y uno de "cuasi-subordinación", cuyo ámbito de validez material quedó limitado al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales.⁽⁷⁾

(3) LEONE, UGO, *Fondamenti di organizzazione internazionale*, Firenze, Le Monnier, 1986, p. 45.

(4) CASSESE, ANTONIO, *International Law*, New York, Oxford University Press, 2001, p. 69.

(5) REY, SEBASTIÁN A., *Juicio y castigo. Las obligaciones de los estados americanos y su incidencia en el derecho argentino*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2012, p. 24.

(6) Ejemplo de ello es el reconocimiento del principio de la igualdad soberana de todos los Miembros de la ONU en el art. 2.1 de la Carta de la organización.

(7) Cf. MONCAYO, GUILLERMO, VINUESA, RAÚL y GUTIÉRREZ POSSE, HORTENSIA D. T., *Derecho Internacional Público*, 4ªed., Bs. As., Zavalía, 1994, Tomo I, p. 25.

En función de lo señalado, la creación de la ONU coincidió con el surgimiento de la noción de “comunidad de naciones” —en términos habermasianos— o de “comunidad internacional” con sus intereses propios, siendo el más importante la garantía de un nuevo orden público mínimo y necesario para evitar un nuevo derramamiento de sangre.⁽⁸⁾ En palabras de Pinto, esto trae aparejado el surgimiento de una noción vertical del derecho internacional, que conlleva la aceptación mayoritaria de la existencia de normas de *ius cogens*⁽⁹⁾, cuestión que volveré a analizar más adelante. Además, la aparición del derecho internacional de los derechos humanos permitió que los Estados ya no pudiesen sostener la idea tradicional de soberanías ilimitadas y libres de cualquier control externo y que el respeto de los derechos de los individuos sea un asunto de carácter doméstico.⁽¹⁰⁾

En este sentido, se comenzaron a adoptar tratados internacionales de derechos humanos, que creaban mecanismos específicos para su protección e institucionalización.⁽¹¹⁾ A los fines de analizar las relaciones entre esta normativa internacional y el derecho interno existen diferentes teorías. En este artículo se defenderá una posición monista con preminencia del derecho internacional y, en particular, del derecho internacional de los derechos humanos, sobre el derecho interno de los Estados, posición que encuentra respaldo en la jurisprudencia de la totalidad de los tribunales internacionales⁽¹²⁾ y en la gran mayoría de la doctrina. Ello se debe a que

(8) AGUIAR, ASDRÚBAL, “La coherencia funcional entre el derecho internacional y el derecho del Estado. Reconstrucción teórica y análisis comparado de la jurisprudencia argentina y venezolana sobre derechos humanos y crímenes de lesa humanidad”, en *Revista de Derecho Comparado*, n° 13, Bs.As., Rubinzal Culzoni, 2009, p. 6.

(9) PINTO, MÓNICA, *L'Amérique latine et le traitement des violations massives des droits de l'Homme*, París, Editions A. Pedone, 2007, pp. 27/28.

(10) BUERGENTHAL, THOMAS, “International Human Rights in an Historical Perspective”, en Symonides, Janusz (ed.), *Human Rights: Concept and Standards*, UNESCO Secretariat, 2000, p. 12; SUDRE, FREDERIC, *Droit international et européen des droits de l'homme*, París, Presses Universitaires de France, 1989, pp. 36/37.

(11) CARRILLO SALCEDO, JUAN A., “Souveranité des Etats et droits de l'homme en droit international contemporain”, en Matscher, Franz y Petzold, Herbert (ed.), *Protecting Human Rights: The European Dimension. Studies* (in honour of Gerard J. Wiarda, Carl Heymanns Verlag KG), Köln, Berlín, Bonn y Munich, 1988, p. 92.

(12) La Corte Internacional de Justicia, quizás el tribunal internacional más reconocido, ha reconocido esta supremacía del derecho internacional desde 1872. Ver. CIJ, *Applicability of the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement of 26 June 1947*, Advisory Opinion of 26 April 1988, I.C.J. Reports 1988,

para el derecho internacional, el derecho interno es un mero hecho, al igual que las sentencias locales y las decisiones administrativas.⁽¹³⁾ Incluso la Comisión de Derecho Internacional ha señalado que

“[e]l hecho de un Estado debe calificarse de internacionalmente ilícito si constituye una violación de una obligación internacional, aunque ese hecho no contravenga el derecho interno del Estado, ni siquiera en el caso en que, con arreglo a tal derecho, el Estado esté en realidad obligado a ese comportamiento”.⁽¹⁴⁾

Estos principios fueron codificados en el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que cuando dispone que “[u]na parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado(...)”, refleja una norma consuetudinaria de derecho internacional.⁽¹⁵⁾

En virtud de ello, una vez que un tratado de derechos humanos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH) entró en vigor para un Estado, éste debe adaptar su legislación de conformidad con las obligaciones contenidas en dicho tratado con el fin de asegurar la más efectiva protección de los derechos humanos consagrados en el mismo instrumento.⁽¹⁶⁾ Sobre el particular, la Corte IDH ha señalado

párr. 57. La Corte Permanente de Justicia Internacional en su jurisprudencia constante también había reconocido que en las relaciones entre las partes en un tratado es un principio generalmente aceptado del derecho internacional que el derecho interno no prevalece sobre las cláusulas del pacto. Ver, CPJI, *Interpretation of the Convention Between Greece and Bulgaria Respecting Reciprocal Emigration, Signed at Neuilly-Sur-Seine on November 27th, 1919 (Question of the "Communities")*, Advisory Opinion of July 31, 1930, P.C.I.J., Series B, N° 17, p. 13 y 32; *Case of the Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex*, Judgment of June 7th, 1932, P.C.I.J., series A/B, N° 46, 1932, p. 167 y *Appeal from a Judgment of the Hungaro/Czechoslovak Mixed Arbitral Tribunal (The Peter Pázmány University)*, Judgment of 15 December 1933, P.C.I.J., serie A/B, N° 61, 1932, p. 243.

(13) Ver, CPJI, *Case concerning certain German interests in Polish Upper Silesia*, Judgment of May 25, 1926, P.C.I.J., series A, N° 7, p. 19.

(14) AG, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional*, 56° período de sesiones, suplemento N° 10 (A/56/10), 2001, Capítulo IV, Responsabilidad de los Estados, art. 3, p. 57.

(15) Ver. CIJ, *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina c/ Uruguay)*, Judgment of 20 April 2010, párr. 121.

(16) CIDH, “*Caso Ivcher Bronstein c/ Perú*”. Competencia. Sentencia de 24 /09/1999, serie C N° 54, párr. 37 y “*Caso Lori Berenson Mejía c/ Perú*”. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 25/11/ 2004, serie C N° 119, párr. 222.

que “de conformidad con el art. 2 de la CADH, la obligación de adaptar la legislación interna es, por su propia naturaleza, una de resultado”.⁽¹⁷⁾

Una de las críticas que ha recibido la Corte IDH consiste en que cuando ordena a un Estado reformar su Constitución política se produce una clara intromisión en asuntos de exclusiva competencia estatal.⁽¹⁸⁾ En igual sentido, al criticar el fallo “Gelman” se afirmó que “...la ley nunca puede aceptar la jurisdicción de un organismo que puede, eventualmente, dictar fallos contrarios a las normas de [l]a Constitución (...) Uruguay —como los otros Estados— no estaría obligado a cumplir con fallos que nos condenen a violar [l]a Constitución”.⁽¹⁹⁾

En primer término, debe recordarse que un Estado no puede alegar su propia Constitución con el fin de eludir obligaciones que le incumben en virtud del derecho internacional o de tratados en vigencia.⁽²⁰⁾

Por otra parte, el propio derecho de los tratados admite como excepción a esta primacía del derecho internacional sobre el derecho interno los supuestos de nulidad de un tratado por haberse brindado el consentimiento de un Estado a obligarse violándose manifiestamente una disposición de su derecho interno, concerniente a la competencia para celebrar tratados.

.....

(17) CIDH, “Caso Caesar c/ Trinidad y Tobago”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 11/03/ 2005. Serie C No. 123, párr. 93.

(18) MALARINO, EZEQUIEL, “Activismo judicial, punitivización y nacionalización: tendencia antidemocráticas y antiliberales de la CIDH”, en Daniel Pastor, (dir.), *El sistema penal en las sentencias recientes de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos*, 1ª ed., Bs. As., Ad-Hoc, 2009, p. 50.

(19) PASTORI FILLOL, ALEJANDRO, “Reflexiones sobre los problemas jurídicos vinculados con la ejecución de la sentencia de la corte interamericana de derechos humanos en el caso Gelman c/ Uruguay”, en *Revista Internacional de Derechos Humanos*, Año I, N° 1, Mendoza 2011, p. 190.

(20) CPJI, *Treatment of Polish Nationals and Other Persons of Polish Origin or Speech in the Danzig Territory*, Judgement of 1932, P.C.I.J., series A/B, N° 44, pp. 24 /25; *Jurisdiction of the Courts of Danzig*, 1928, P.C.I.J., series B, N° 15, pp. 26/ 27. *Mutatis mutandi S.S. “Wimbledon”*, 1923, P.C.I.J., series A, N° 1, pp. 29/30; Greco-Bulgarian “Communities”, 1930, P.C.I.J., series B, N°17, p. 32, *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex*, 1930, P.C.I.J., series A, N° 24, p. 12; *Exchange of Greek and Turkish Populations*, 1925, P.C.I.J., series B, N° 10, p. 20. Véase también CIJ, *Nottebohm, Preliminary Objection*, ICJ Reports 1953, p. 123; *Application of the Convention of 1902 Governing the Guardianship of Infants*, ICJ Reports 1958, p. 67 y *Applicability of the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement of 26 June 1947*, ICJ Reports 1988, párr. 57.

El requisito adicional que se exige es que esa violación sea manifiesta, es decir, que resulte objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe, y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno. Entonces, en función del principio de buena fe, que rige las relaciones internacionales, este supuesto deberá ser demostrado en el caso concreto a los fines de afirmar que un tratado no se aplica por violar una norma constitucional pero el mero hecho de que la Constitución contradiga un tratado de derechos humanos no basta para hacer prevalecer a la primera. Un claro ejemplo de ello fue la cláusula de la constitución chilena que admitía la censura previa que generó responsabilidad internacional del Estado.⁽²¹⁾ De este modo, como sostiene Cançado Trindade queda claro que cualquier norma de derecho interno, independientemente de su rango —constitucional o infra-constitucional—, puede, por su propia existencia y aplicabilidad, *per se* comprometer la responsabilidad de un Estado Parte en un tratado de derechos humanos.⁽²²⁾

Una última cuestión se vincula con los hechos internacionalmente ilícitos que se les atribuyen a los Estados. En general, se reconoce que el Estado responde por los actos u omisiones de sus órganos, quedando comprendidos así los tres poderes del Estado. De esto se desprenden dos consecuencias importantes a los fines de este trabajo. La primera, que la Corte IDH ha denominado el deber de realizar un

“...control de convencionalidad”, implica que “cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la CADH, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un ‘control de convencionalidad’ entre las normas internas y la CADH, eviden-

(21) Ver, Corte IDH, “Caso La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) c/ Chile” Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 05/02/2001. Serie C N° 73, párrs. 72 y 98.

(22) Ídem, voto concurrente del juez A. A. Cançado Trindade, párr. 40.

temente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes".⁽²³⁾

La segunda consiste en que los pronunciamientos directos de la ciudadanía relativos a la aprobación o ratificación de una ley tienen naturaleza legislativa por lo que pueden comprometer la responsabilidad internacional del Estado.⁽²⁴⁾

3.1 | El respeto de los derechos humanos como límite a la voluntad de las mayorías

En función de la relación existente entre el derecho nacional y el derecho internacional de los derechos humanos es que entiendo debe leerse el examen que la Corte IDH hizo en "Gelman" de la Ley de Caducidad de 1986 —la versión uruguaya de la amnistía de los criminales del Cono Sur— teniendo en cuenta que había sido respaldada por un gran número de uruguayos a través del referéndum de 1989 y la "iniciativa popular" de 2009.

El Tribunal señaló que todos los órganos internacionales de protección de derechos humanos y diversas altas cortes nacionales de la región, han concluido que las leyes de amnistía sobre graves violaciones de derechos humanos violan el deber de investigar y sancionar dichas violaciones,

.....

(23) CIDH, "Caso Cabrera García y Montiel Flores c/ México". Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 26/11/ 2010, serie C N° 220, párr. 225. El juez Ferrer Mac-Gregor Poisot entiende que "[a]l ser la Corte el órgano jurisdiccional internacional del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, cuya función esencial es la aplicación e interpretación de la CADH, sus interpretaciones adquieren el mismo grado de eficacia del texto convencional. En otras palabras, la norma convencional que deben aplicar los Estados es el resultado de la interpretación de las disposiciones del Pacto de San José (y sus protocolos adicionales, así como otros instrumentos internacionales). Las interpretaciones que realiza la Corte se proyectan hacia dos dimensiones: (i) en lograr su eficacia en el caso particular con efectos subjetivos, y (ii) en establecer la eficacia general con efectos de norma interpretada. De ahí la lógica y necesidad de que el fallo, además de notificarse al Estado parte en la controversia particular, deba también ser 'transmitido a los Estados parte de la Convención', para que tengan pleno conocimiento del contenido normativo convencional derivado de la interpretación de la Corte, en su calidad de 'intérprete última' del *corpus iuris* interamericano". Ídem, voto razonado juez *ad hoc* Ferrer Mac-Gregor Poisot, párr. 63.

(24) CIDH, "Caso Gelman c/Uruguay". Fondo y Reparaciones, sentencia del 24/02/2011, serie C N° 221, voto concurrente del juez Vio Grossi.

cuestión a la que regresaré en el apartado § V.⁽²⁵⁾ Al mencionar su jurisprudencia constante sobre este tema, la Corte IDH recuerda, por si a algún/a desprevencido/a se le olvidó, que Uruguay forma parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos por decisión soberana.⁽²⁶⁾

Puntualmente, la Corte IDH no dedica mucha tinta a cuestionar la legitimidad democrática de la amnistía uruguaya. Al referirse a la ratificación o respaldo por la ciudadanía de la norma discutida, en un párrafo concluyó 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 (...) la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías”.⁽²⁷⁾

Además, el Tribunal destacó que ésta había sido también la línea argumentativa utilizada por la Suprema Corte de Justicia de Uruguay en el Caso “Sabalsagaray Curutchet”, al establecer que “el límite de la decisión de la mayoría reside, esencialmente, en dos cosas: la tutela de los derechos fundamentales y la sujeción de los poderes públicos a la ley”.

Ante este breve desarrollo surgieron algunas críticas. Así, Filippini sostuvo que “[e]l caso uruguayo invitaba a argumentar con más solidez acerca del valor de los procesos de construcción de decisiones, vistas las votaciones celebradas en Uruguay en torno a la vigencia de la Ley de Caducidad”.⁽²⁸⁾

.....

(25) Ello acarrea la violación de los arts. 8.1 y 25 de la CADH en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, y en el caso particular, de los art. III, IV, V y XII de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada. Ver REY, SEBASTIÁN A., “Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del año 2011”, *Diario La Ley*, 9 de mayo de 2012, pp. 1/6.

(26) CIDH, “Caso Gelman Vs. Uruguay”, párr. 197.

(27) Ídem, párr. 239.

(28) FILIPPINI, LEONARDO, “Reconocimiento y justicia penal en el caso Gelman”, *Anuario de Derechos Humanos*, N° 8, Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, 2012, p. 191.

El propio autor señaló que:

“[e]s cierto que, como regla, desde la perspectiva del derecho internacional, un plebiscito o un acto unilateral del poder ejecutivo son igualmente hechos del estado obligado. Pero no es menos cierto que uno y otro tienen distintas implicancias para las personas directamente interesadas y que tales implicancias deberían ser ponderadas por un sistema de protección de derechos subsidiario y dirigido a la satisfacción de los derechos de esa misma comunidad”.⁽²⁹⁾

Para Gargarella, la posición del Tribunal llevada a su extremo implicaría que la democracia debe arrodillarse frente al Derecho Internacional, lo cual considera “...gravísimo para quienes pensamos a la democracia en términos de deliberación democrática, [donde] lo central es el origen más o menos democrático de las normas cuestionadas y no el contenido”.⁽³⁰⁾ Esta concepción de la democracia también parecería ser compartida por Filippini cuando señala que la Corte IDH “anula la Ley de Caducidad porque expresó la impunidad, y no una salida auténticamente consensuada”.⁽³¹⁾

En primer lugar, considero destacable que exista un diálogo fluido entre los tribunales internacionales y los órganos de los Estados a los fines de que no existan criterios demasiado dispares sobre cómo interpretar el contenido de los tratados de derechos humanos. Igualmente, las decisiones de los tribunales internacionales deben ser motivadas, lo que es inherente a la correcta administración de la justicia. Empero, las sentencias no son tratados o manuales de derecho internacional. Los jueces tampoco deben explicitar las distintas teorías sobre la democracia que existen y demostrar por qué eligen unas y no las otras. Con esto quiero decir que cuando una cuestión ya ha sido resuelta en numerosas oportunidades de la misma manera y los Estados continúan incumpliendo sus obligaciones, un par de párrafos son más que suficientes. Vale la pena mencionar que

(29) FILIPPINI, LEONARDO, *op. cit.*

(30) GARGARELLA, ROBERTO, “5 Comentarios sobre la Decisión de la Corte Interamericana en Gelman”, 07/06/2011, Publicado en <http://seminariogargarella.blogspot.com.ar/2011/06/5-comentarios-sobre-la-decision-de-la.html>

(31) FILIPPINI, LEONARDO, *op. cit.*, p. 192.

en el ámbito interamericano ya desde 1974 existen pronunciamientos en contra de la impunidad de graves violaciones a los derechos humanos.⁽³²⁾ Incluso, en el caso de la Ley de Caducidad uruguaya, en 1992 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos concluyó que el gobierno uruguayo no había cumplido con la obligación de garantizar el respeto a los derechos reconocidos en los arts. 8.1 y 25 de la CADH, sin que resulte importante que la norma haya sido aprobada por la vía de un referéndum popular, toda vez que:

“...a la Comisión no le compete pronunciarse sobre la legalidad o constitucionalidad internas de las legislaciones nacionales. Sin embargo, sí es de su competencia la aplicación de la CADH y el examen de los efectos jurídicos de una medida legislativa, judicial o de otro carácter, en tanto y en cuanto surta efectos incompatibles con los derechos y garantías consagrados por la CADH o la DADH”.⁽³³⁾

Con posterioridad sobrevino toda la extensa jurisprudencia de la Corte IDH que reafirmó este criterio. Es decir, en el ámbito americano la obligación de castigar las graves violaciones a los derechos humanos ya no le debería generar dudas a nadie, por lo menos, en lo que hace a su consagración convencional.⁽³⁴⁾ Por lo tanto, si en Uruguay o cualquier otro país se decide actuar manifiestamente en contra de una obligación internacional la responsabilidad será de sus ciudadanos o, en última instancia, de sus gobernantes en el supuesto de que sus habitantes desconozcan el contenido de ésta.⁽³⁵⁾

.....

(32) REY, SEBASTIÁN A., *Juicio y castigo*, op. cit., p. 171 y ss.

(33) CIDH, Informe N° 29/92, Casos 10.029, 10.036, 10.145, 10.305, 10.372, 10.373, 10.374 y 10.375, Uruguay, 2 de octubre de 1992, párr. 31.

(34) En todo caso se podrá seguir dudando sobre la utilidad del castigo penal para prevenir delitos o si logra la reconciliación nacional pero no que tribunales civiles deben juzgar a los responsables de crímenes internacionales.

(35) Sobre este punto es interesante el voto razonado del juez Ventura Robles en el Caso *Del Penal Miguel "Castro Castro C/ Perú"*. El sub lite trataba de las violaciones de derechos humanos cometidas por el estado peruano en 1992 en el denominado "Operativo Mudanza 1", que consistió en un ataque premeditado diseñado para atentarse contra la vida y la integridad de los prisioneros que se encontraban en dos pabellones de dicha unidad de detención, que eran acusados o condenados por delitos de terrorismo y traición a la patria. Ante la negativa del estado peruano a cumplir con algunas de las reparaciones ordenadas por el Tribunal, el magistrado señaló que "la percepción equivocada de una parte de la población peruana de lo que es un proceso ante la Corte IDH, radica en que cree que éste

Por otra parte, corresponde recordar que el derecho internacional de los derechos humanos surgió con una clara finalidad de limitar el poder de los Estados de decidir unilateralmente qué derechos va a respetar dentro de sus territorios, y por ende, de su capacidad de regularlos normativamente del modo que fuera —ya sea por decreto, ley o por decisión adoptada por vía de consulta popular—. Esto se desprende principalmente de su carácter universal. El deber de investigar y castigar a los autores de graves violaciones de derechos humanos, por los bienes jurídicos que se encuentran vulnerados, son el ejemplo más contundente de un límite que la comunidad internacional le impone a los Estados. Parecería contradictorio, entonces, afirmar que el Estado tiene la obligación de respetar los derechos humanos mas sus electores no. Este límite que importa el respeto de los derechos humanos a la voluntad de regular las conductas humanas se ve en otra multiplicidad de casos.⁽³⁶⁾ A modo de ejemplo, puede mencionarse el derecho de los pueblos indígenas. Como disponen tanto la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas⁽³⁷⁾ como el Convenio n° 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes,⁽³⁸⁾ el derecho a la igualdad y no discriminación implica respetar todas las instituciones y costumbres de los pueblos indígenas siempre que éstas no sean incompatibles con las normas internacionales de derechos humanos. En este sentido, comparto parcialmente la idea de Ferrajoli —que Gargarella cuestiona— de que ninguna mayoría, por aplastante que sea, puede legítimamente decidir la violación de un derecho de libertad, o no decidir la satisfacción de un derecho social,⁽³⁹⁾

.....

es un tribunal penal internacional que determina responsabilidades penales individuales, que es una instancia superior que conoce el mismo proceso que se desarrolló en el derecho interno y, dentro de él, no solo absuelve a presuntos terroristas, sino que además ordena el pago de una indemnización a su favor”, a lo que agregé que “[d]ebe quedar claro entre la opinión pública, y es responsabilidad de los Estados Partes en la Convención hacerlo saber, la naturaleza diferente de ambos procesos. O sea, aclarar que si el caso llegó a la Corte IDH, es porque el Estado no subsanó las violaciones mediante sus propios tribunales”. “Caso Del Penal Miguel Castro Castro”. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 02/08/2008, serie C N°181, voto razonado M. Ventura Robles, párrs. 7 y 9.

(36) Ferreira da ejemplos de tribunales del mundo que rechazaron la validez de plebiscitos en cuestiones que involucraran derechos humanos. Ver, FERREIRA, MARCELO, “Los límites de la voluntad popular”, diario *Página 12*, 24 de mayo de 2011.

(37) Art. 34.

(38) Art. 8.

(39) Ver FERRAJOLI, LUIGI, *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2006.

puesto que ésta es una de las características inherentes a la noción actual de derechos humanos. Negarla, en cierto modo, implica negar los cimientos del moderno derecho internacional tal cual surgió luego de 1945. Sin embargo, reconozco que existe una diferencia en relación con el derecho humano que se encuentra protegido y el carácter de la obligación, dado que no será lo mismo si nos encontramos ante una prohibición establecida en una norma de *ius cogens* que ante una restricción de un derecho reconocido en un tratado, donde podría discutirse el margen de apreciación que tienen los Estados para adoptarlas.

Por ende, queda claro que para el derecho internacional de los derechos humanos el contenido de las normas es tan importante como la forma en que fueron sancionadas.⁽⁴⁰⁾ La democracia que los Estados americanos se comprometieron a respetar requiere que se asegure tanto su carácter sustancial como el formal. Esta es la única manera que la comunidad internacional ha encontrado para evitar que nuevamente en la historia de la humanidad un número de personas —mayoría en el nazismo, minoría en el *apartheid* sudafricano— eliminen directamente los derechos de los individuos.

4 | La legitimidad democrática de los tribunales internacionales de derechos humanos

Una de las principales críticas que recibe el control de constitucionalidad de los jueces en el derecho constitucional y que se puede extender a los tribunales internacionales consiste en su déficit de legitimidad democrática. En efecto, se cuestiona por qué razón un cuerpo, que no es elegido por el pueblo les dice a sus representantes —el poder constituido— que no pueden gobernar del modo que ellos desean,⁽⁴¹⁾ vulnerando el princi-

(40) Sobre este aspecto puede recordarse la jurisprudencia de la Corte de exigir que las restricciones de derechos sean siempre impuestas por ley “en sentido formal” en cuanto expresión legítima de la voluntad de la nación. Corte IDH, *La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, serie A N° 6, párr. 23.

(41) ELY, JOHN H., *Democracy and Distrust*, Cambridge, Harvard University Press, , 1980, p. 45; HAMAMOTO, SHOTARO, “An Undemocratic Guardian of Democracy - International Human Rights

pio mayoritario. Esta posición es defendida a nivel doctrinario tanto por aquellos penalistas, que desconocen la incidencia del derecho internacional de los derechos humanos sobre el derecho penal clásico⁽⁴²⁾ como algunos constitucionalistas. Dentro del primer grupo, a modo de ejemplo, puede mencionarse a Malarino para quien la Corte IDH “subestima el valor que representa el principio democrático para una sociedad cuando ordena a un Estado —como reparación de la violación de un derecho protegido en la CADH— que el poder legislativo suprima una ley o bien la sancione o reforme de acuerdo con lo establecido en su sentencia”.⁽⁴³⁾ Por su parte, Gargarella es quien sintetiza la crítica de los constitucionalistas. Para este último, la Corte IDH “no reconoce ni reflexiona sobre las limitaciones propias de su legitimidad —algo que cualquier tribunal hace, cuando define, en casos concretos, los alcances y límites posibles de su decisión; y algo sobre lo cual la doctrina reflexiona desde hace más de doscientos años—”.⁽⁴⁴⁾ Asimismo, destaca “los déficit de legitimidad que suelen afectar a todas las autoridades invocadas como fuente en el derecho internacional” para concluir que:

“...la enorme mayoría de la ciudadanía latinoamericana desconoce la existencia, la misión, las funciones, o la composición de la Corte IDH. Como suele ocurrir con los tribunales internacionales, los miembros de la Corte IDH no son elegidos popularmente y tampoco son removibles por la ciudadanía. Más todavía, la ciudadanía carece de toda forma razonable y alcance para desafiar las decisiones de ese tribunal. Además, las decisiones de tal tribunal suelen ser objeto de interpretaciones que quedan en manos de órganos que, nuevamente, merecen ser señalados por sus problemas de legitimidad”.⁽⁴⁵⁾

.....

Complaint Procedures”, *Victoria University of Wellington Law Review*, vol. 38, issue 2, 2007, pp. 200 y 201.

(42) REY, SEBASTIÁN A., *Juicio y castigo*, op. cit., pp. 231, 243, 409 y ss.

(43) MALARINO, EZEQUIEL, op. cit., p. 48.

(44) GARGARELLA, ROBERTO, “5 Comentarios sobre la Decisión de la Corte Interamericana en Gelman”, op. cit.

(45) GARGARELLA, ROBERTO, “Justicia penal internacional y deliberación democrática. Algunas notas sobre el caso ‘Gelman’”, p.12 Ver texto en <http://seminariogargarella.blogspot.com.ar/>

Para abordar estos cuestionamientos, en primer término, frecuentemente se olvida que los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos tienen una naturaleza subsidiaria y complementaria de las jurisdicciones internas. Por ello, para que una denuncia contra un Estado se declare admisible en el ámbito interamericano, el peticionario previamente debe acreditar que se han interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna idóneos y efectivos para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla o, en todo caso, la imposibilidad de hacerlo.⁽⁴⁶⁾

Como señaló la Corte IDH en el "Asunto Viviana Gallardo y otras vs. Costa Rica", el previo agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna "busca dispensar [al Estado] de responder ante un órgano internacional por actos que se le imputen, antes de haber tenido la ocasión de remediarlos con sus propios medios".⁽⁴⁷⁾

Este requisito de admisibilidad para denunciar a un Estado por violaciones de derechos humanos se complementa con la denominada "fórmula de la cuarta instancia", frecuentemente utilizada en el sistema europeo de protección de derechos humanos y que ha recibido favorable acogida por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Los órganos del sistema interamericano han establecido que no constituyen una cuarta instancia,⁽⁴⁸⁾ dado que el "elemento de subsidiariedad respecto de la protección interna es caracterizante de la protección internacional en la situación actual del Derecho Internacional".⁽⁴⁹⁾

El fundamento normativo de esta fórmula son el Preámbulo y el art. 47.b) de la CADH⁽⁵⁰⁾ y la Corte IDH ha expresado que su premisa básica "es

.....

(46) Ver art. 28.h) del Reglamento de la Corte IDH y art. 46.2 de la CADH.

(47) Corte IDH, "Asunto de Viviana Gallardo y otras Vs. Costa Rica", Serie A N° 101/81, párr. 26 y "Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua". Excepciones Preliminares, sentencia de 01/02/2000, serie C N° 66, párr. 56.

(48) CIDH, Informe n° 87/98, Caso 11216, "Oscar Vila-Mazot vs. Venezuela", 12/10/1998, párr. 17.

(49) Corte IDH, "Caso Viviana Gallardo y otras", ídem, párr. 16 y "Caso Ricardo Canese vs. Paraguay". Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31/08/2004. Serie C N° 111, párr. 71.

(50) CIDH, Informe N° 34/97, "Jorge Enrique Benavides vs. Colombia", 03/10/1997, párr. 22.

que la Comisión no puede revisar las sentencias dictadas por los tribunales nacionales que actúen en la esfera de su competencia y aplicando las debidas garantías judiciales, a menos que considere la posibilidad de que se haya cometido una violación de la Convención”,⁽⁵¹⁾ pues la jurisdicción interna tiene carácter prioritario con respecto a la internacional.⁽⁵²⁾ En igual sentido, la Corte IDH ha manifestado que puede examinar los procedimientos internos como un todo al solo efecto de esclarecer si el Estado ha violado o no sus obligaciones internacionales por virtud de las actuaciones de sus órganos judiciales,⁽⁵³⁾ agregando algunos ex magistrados, que el Tribunal no puede ni pretende convertirse en una nueva y última instancia para conocer la controversia suscitada en el orden interno.⁽⁵⁴⁾

De este modo, la posibilidad de revisión de un procedimiento interno queda excluida a no ser que sea manifiestamente arbitrario o constituya denegación de justicia,⁽⁵⁵⁾ no haya sido sustanciado por jueces competentes, independientes e imparciales,⁽⁵⁶⁾ no se haya permitido recurrir la

.....

(51) CIDH, Informe n° 39/96, Caso 11673, “Santiago Marzoni c/ Argentina, 15/10/1996, párrs. 49 y 50.

(52) Corte IDH, “Caso Velásquez Rodríguez c/ Honduras”. Excepciones Preliminares, sentencia del 26/06/1987, Serie C N° 1, párrs. 92 y 93; “Caso Fairén Garbí y Solís Corrales c/ Honduras.” Excepciones Preliminares. sentencia del 26/06/1987. Serie C N° 2, párrs. 91 y 92; “Caso Godínez Cruz c/ Honduras. Excepciones Preliminares, sentencia del 26/06/1987, serie C N° 3, párrs. 94 y 95 y “Caso Las Palmeras c/ Colombia”. Fondo, sentencia del 06/12/2001, serie C N° 90, párr. 33 y CIDH, Informe N° 85/98, Caso 11472, “Gilbert Bernard Little c/ Costa Rica”, 28/09/1998, párr. 49.

(53) Corte IDH, “Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez c/ Ecuador”. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 21/11/2007, serie C N° 170, párr. 22 y “Caso Alfonso Martín del Campo Dodd c/ México”, Excepciones Preliminares, sentencia de 03/09/2004, serie C N° 113, párr. 82.

(54) Corte IDH, “Caso Vargas Areco c/ Paraguay”. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 26/09/2006, serie C N° 155, voto razonado del juez García Ramírez, párrs. 6 y 7 y “Caso Lori Berenson Mejía c/ Perú”, ídem, voto disidente jueza Medina Quiroga, párr. XIV.

(55) Ver CIDH, Informe 39/96, cit., párrs. 50/52 y CIDH, “Caso Yatama c/ Nicaragua” Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 23/06/2005, serie C N° 127, voto disidente del juez Montiel Argüello, párr. 8.

(56) CIDH, Informe de admisibilidad N° 74/90, Caso 9850, “Héctor Gerónimo López Aurelli”. Argentina, 04/10/1990.

sentencia ante un tribunal superior⁽⁵⁷⁾ o se haya vulnerado alguna de las restantes garantías establecidas en el art. 8 de la CADH.⁽⁵⁸⁾

Por otra parte, un principio básico del derecho internacional es la igualdad soberana entre los Estados, que implica que son iguales jurídicamente y que gozan de los derechos inherentes a la plena soberanía⁽⁵⁹⁾. Es evidente que el concepto de soberanía ya no puede considerarse como la autoridad ilimitada del Estado, puesto que en ese caso no se deja ninguna posibilidad a la existencia de un ordenamiento internacional. Por ende, cuando un Estado ratifica un tratado que le otorga competencia a un tribunal internacional se produce una cierta erosión en su soberanía, que se relaciona con el principio de derecho internacional de buena fe y con la necesidad de garantizar una buena convivencia internacional.⁽⁶⁰⁾

En este contexto, resultan desacertadas las críticas que Gargarella formula a la falta de legitimidad democrática de los jueces de la Corte IDH por no haber sido designados mediante el voto popular o de sus sentencias porque la ciudadanía no puede impugnarlas o, directamente, de los tratados de derechos humanos, porque el pueblo no participa en el debate que culmina en su aprobación.⁽⁶¹⁾

.....
(57) CIDH, Informe de admisibilidad, resolución N° 29/88, Caso 9960 "Clifton Wright" Jamaica, 14/09/1988, párrs. 5 y 7.

(58) REY, SEBASTIÁN A., "El litigio en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos (1948-2009)", sitio web de la Cattedra di Diritto dell'Unione Europea della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Torino, ver texto en <http://www.cortieuropee.unito.it>, 14 de agosto de 2009.

(59) AG, *Resolución 25/2625*. Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referente a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, 1883ª sesión plenaria, 24 octubre 1970.

(60) BICUDO, HELIO, "Cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos", en CIDH, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI*, 2ª ed., San José, 2003, Tomo I, p. 230.

(61) Entiendo que la crítica sobre el desconocimiento de la enorme mayoría de la ciudadanía latinoamericana de la existencia, misión, funciones o composición de la CIDH es trasladable, por ejemplo, a la gran mayoría de los tribunales nacionales como la Cámara Nacional de Casación Penal y eso no invalida el carácter democrático del proceso penal argentino y de las sentencias de este último tribunal. Por otra parte, me llama la atención que a nivel doctrinario tanta tinta se haya empleado en criticar el carácter antidemocrático de la Corte IDH y no el de otros tribunales que erosionan de manera más clara la soberanía estatal y los derechos del pueblo como, por ejemplo, los tribunales arbitrales del CIADI.

En primer término, los jueces del Tribunal son designados por los representantes de los Estados que ratificaron la CADH en el ámbito de la Asamblea General de la OEA.⁽⁶²⁾ Es decir, son designados por los respectivos gobiernos que son elegidos por el pueblo. En segundo lugar, el propio derecho internacional establece los mecanismos para que un Estado —en función de la decisión soberana de su pueblo— cuestione o recurra una sentencia e, incluso, deje de estar obligado por el contenido del tratado denunciándolo.⁽⁶³⁾ Finalmente, la participación del pueblo en la discusión de la formación del derecho internacional parece una crítica desmedida.⁽⁶⁴⁾ La realidad indica que en la negociación de los tratados de derechos humanos participan delegaciones estatales, que en general, son designadas por los Poderes Ejecutivos —cuya legitimidad democrática nadie cuestiona—. Posteriormente, los Estados tienen la posibilidad de no obligarse por el tratado si es que en el ámbito interno existe una discusión sobre la inconveniencia de hacerlo.⁽⁶⁵⁾ Es más, en algunos Estados se exige que previo a que el Poder Ejecutivo manifieste el consentimiento del Estado en obligarse, el Poder Legislativo apruebe el tratado.

Por lo señalado, entiendo que las críticas al carácter contra-mayoritario de los tribunales internacionales desconocen o pretenden olvidar que los estados se someten a la jurisdicción de los tribunales internacionales justamente por medio de actos voluntarios realizados por sus órganos representativos. De este modo, cuando se sostiene que una sentencia de la Corte IDH vulnera la soberanía estatal por ordenarle al Estado adaptar su derecho interno, se niega al mismo tiempo, la soberanía estatal manifestada al momento de ratificar la CADH.

Este fue el criterio utilizado por la Corte IDH en “Castillo Petruzzi y otros vs. Perú” cuando consideró que el Estado había aceptado las obligaciones convencionales consagradas en la CADH en el ejercicio de su soberanía,

(62) Ver art. 7 del Estatuto de la Corte IDH.

(63) Ver art. 78 de la CADH.

(64) Imagínese, a modo de ejemplo, si vamos a esperar que el pueblo participe en la discusión sobre el precio de los cajones de manzana en un tratado de comercio entre dos estados, para que dicho acuerdo tenga una mayor legitimidad democrática.

(65) Un ejemplo de ello fue la participación de muchos estados en la negociación del Estatuto de la Corte Penal Internacional y la decisión posterior de no ratificarlo.

admitiendo la competencia de los órganos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos y, por ende, obligándose, también en ejercicio de su soberanía, a participar en los procedimientos ante la Comisión y la Corte y asumiendo las obligaciones que derivan de éstos y, en general, de la aplicación del tratado.⁽⁶⁶⁾

Por otra parte, la legitimidad democrática de las decisiones de la Corte IDH además deriva de un doble control soberano realizado por los Estados, dado que no sólo deciden soberanamente ratificar la CADH —que consagra la obligatoriedad de las sentencias del tribunal y el deber de los estados de cumplir los fallos en todo caso en que sean partes⁽⁶⁷⁾—, sino también reconocen soberanamente y de manera voluntaria, a veces en un acto celebrado muchos años después de ratificar el tratado, la competencia del tribunal sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de la CADH.⁽⁶⁸⁾

Pese a que con lo señalado considero que se superan muchas de las críticas recibidas por los tribunales internacionales, otra posible respuesta proviene de la teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy. Para este autor, “si bien es cierto que en los Estados democráticos existen ciertos principios formales como la competencia para decidir, que está atribuida al legislador legitimado democráticamente,⁽⁶⁹⁾ ello no implica negar la posibilidad de un control judicial. En este sentido, Alexy entiende que la única manera de reconciliar el control de constitucionalidad con la democracia es considerando que aquél también es una forma de representación del pueblo.⁽⁷⁰⁾ Ello se derivaría de que la representación del pueblo en un tribunal constitucional es argumentativa.⁽⁷¹⁾ La clave estará entonces en que el tribunal pueda brindar argumentos correctos o razonables para

(66) Corte IDH, Caso Castillo Petrucci y otros c/Perú, ídem, párrs. 101 y 102.

(67) Ver arts. 67 y 68 de la CADH.

(68) Ver art. 62 de la CADH.

(69) ALEXY, ROBERT, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 38.

(70) ALEXY, ROBERT, *Teoría del discurso y derechos constitucionales*, México, Distribuciones Fontamara, 2005, p. 99.

(71) ALEXY, ROBERT, *Teoría del discurso y derechos constitucionales*, op.cit., p. 100.

dejar de lado la decisión del legislador. En el apartado siguiente, analizaré los argumentos esgrimidos por la Corte IDH para declarar a la Ley de Caducidad uruguaya contraria a la CADH.

5 | La fórmula de la ponderación de R. Alexy en la sentencia *Gelman c/ Uruguay*

Como se desprende del resumen de los hechos expuestos en el apartado §II, la sentencia de la Corte IDH en “Gelman” trata sobre el conflicto existente entre la decisión del Parlamento y del pueblo uruguayo de amnistiar a los autores de graves violaciones de derechos humanos y el derecho de estos últimos a que no se los someta a un proceso penal, por un lado, y el derecho de las víctimas, sus familiares y la comunidad internacional a que se investigue y sancione la comisión de crímenes contra la humanidad, se conozca la “verdad” de lo ocurrido —es decir, conocer cuál fue el destino de los desaparecidos y, en su caso, dónde se encuentran sus restos— y se repare integralmente a las víctimas.

Alexy sostiene que en caso de conflicto entre dos principios, la solución radica en la ponderación de los intereses contrapuestos.⁽⁷²⁾

A partir de la fórmula de la ponderación, se debe determinar en el caso concreto el grado de insatisfacción o detrimento de un primer principio. En segundo lugar, se debe establecer la importancia de satisfacer el principio opuesto. Finalmente, se debe determinar si la importancia de satisfacer el segundo principio justifica el detrimento o la insatisfacción del primero.⁽⁷³⁾ De este modo, cuanto mayor es el grado de la afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro.⁽⁷⁴⁾

(72) ALEXY, ROBERT, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, op. cit., p. 72.

(73) ALEXY, ROBERT, *Teoría del discurso y derechos constitucionales*, op. cit., pp. 92/93.

(74) ALEXY, ROBERT, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, op. cit., p. 66.

En este caso, como ya se señaló, la Corte IDH sostuvo que la incompatibilidad respecto de la CADH incluye a todo tipo de amnistía de graves violaciones de derechos humanos y no se restringe sólo a las denominadas “autoamnistías”, dado que no deriva de una cuestión formal, como su origen, sino de su *ratio legis*, del aspecto material en cuanto violan los derechos consagrados en los arts. 8 y 25, en relación con los arts. 1.1 y 2 de la CADH,⁽⁷⁵⁾ cuestión que ya había quedado resuelta a partir de los casos “Almonacid Arellano y otros vs. Chile” y “Gomes Lund y otros vs. Brasil”.⁽⁷⁶⁾

En efecto, para el Tribunal, las leyes de amnistía “...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 [los derechos a ser oídos por un juez y a la protección judicial], 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”.⁽⁷⁷⁾

En cuanto al derecho a la verdad, el Tribunal lo encontró “subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento

.....

(75) Corte IDH, *Caso Gelman c/ Uruguay*, ídem, párr. 229.

(76) Corte IDH, “*Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 26/09/2006, serie C N° 154, párr. 120 y “*Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) C/Brasil*”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 24/11/2010, Serie C N° 219, párr. 175. Autores como Gargarella critican la interpretación que el Tribunal le ha dado a las obligaciones que derivan del artículo 1.1 de la CADH a partir de una lectura literal del texto. Empero debe señalarse que el contenido de los deberes de respeto, garantía y adopción de medidas de derecho interno ha sido desarrollado con características muy similares por los diferentes órganos de aplicación regionales y universales de derechos humanos. Además, a nivel interamericano, sus orígenes se remontan al *leading case* “*Velásquez Rodríguez vs. Honduras*” de 1988, jurisprudencia que ha sido mantenida por las diferentes integraciones del Tribunal de los últimos 25 años y no ha sido controvertida por los Estados Partes del tratado.

.....
(77) Corte IDH, “*Caso Gelman c/ Uruguay*”, ídem., párrs. 226 y 227.

que previenen los arts. 8 y 25 de la CADH”.⁽⁷⁸⁾ Al mismo tiempo, destacó que el derecho a la verdad “constituye un derecho de carácter colectivo que permite a la sociedad tener acceso a información esencial para el desarrollo de los sistemas democráticos y, un derecho particular para los familiares de las víctimas, que permite una forma de reparación, en particular, en los casos de aplicación de leyes de amnistía”.⁽⁷⁹⁾ En este sentido, agregó que el derecho que tiene toda persona y la sociedad, de conocer la verdad íntegra, completa y pública sobre los hechos ocurridos, sus circunstancias específicas y quiénes participaron en ellos “no sólo se erige como un modo de reparación y esclarecimiento de los hechos ocurridos [en su modalidad de satisfacción], sino que tiene el objeto de prevenir futuras violaciones y garantías de no repetición”.⁽⁸⁰⁾

En síntesis, la Corte IDH, la auténtica intérprete del sentido de la CADH por voluntad de los Estados soberanos que la crearon, ha considerado que el respeto de los derechos y garantías de los imputados en causas por graves violaciones de derechos humanos, por ejemplo, invocar la prescripción, el *ne bis in idem* y la cosa juzgada o una ley de amnistía- permite que se reasuma la pretensión punitiva en función de que se los debe entender de modo de no sacrificar los derechos a la verdad y a la protección judicial de las víctimas y de la comunidad internacional en su conjunto.⁽⁸¹⁾ Ello obedece fundamentalmente a la importancia que reviste para la comunidad internacional satisfacer el deber estatal de investigar y sancionar las violaciones de derechos humanos y, en su caso, enjuiciar y sancionar a los responsables. En el derecho internacional, eso se ha manifestado al reconocérsele el carácter de norma de *ius cogens*.⁽⁸²⁾ Sobre este punto,

.....

(78) Ídem, párr. 201. En igual sentido ver Corte IDH, “Caso Barrios Altos Vs. Perú”. Fondo, sentencia de 14/03/ 2001. serie C N° 75, párr. 48; “Caso Gómez Palomino vs. Perú”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 136, párr. 78 y “Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 25/05/2010. Serie C N° 212, párr. 206.

(79) CIDH, Informe de Fondo N° 25/98, Casos 11.505, 11.532, 11.541, 11.546, 11.549, 11.569, 11.572, 11.573, 11.583, 11.585, 11.595, 11.652, 11.657, 11.675 y 11.705, Chile, 7 de abril de 1998, párr. 88.

(80) Ídem, párr. 95.

(81) REY, SEBASTIÁN A., “Los indultos, la cosa juzgada y la obligación de investigar y sancionar a los responsables de violaciones a los derechos humanos”, *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Bs. As, Lexis Nexis, noviembre de 2007, p. 2153.

(82) Corte IDH, “Caso Gelman Vs. Uruguay”, ídem., párrs. 64, 75 y 183.

puede mencionarse que con posterioridad a los fallos “Goiburú y otros vs. Paraguay⁽⁸³⁾” y “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”,⁽⁸⁴⁾ la Corte IDH en muchas oportunidades reconoció el carácter de *ius cogens* de la prohibición de la desaparición forzada de personas y el deber de investigar y sancionar a sus responsables.⁽⁸⁵⁾

Ante esta realidad, los penalistas y constitucionalistas vuelven a levantar sus voces. Así, Gargarella sostiene que:

“nadie —siquiera los expertos en la materia— pueden determinar claramente, para tomar un ejemplo, cuál es el contenido y cuáles los contornos del *ius cogens* —el derecho de cumplimiento obligatorio y que no admite comportamiento en contrario del derecho internacional—. Todos, además, tendemos a disentir cuando nos ponemos a pensar acerca de la mejor interpretación acerca del alcance de ciertos compromisos internacionales en materia de derechos humanos. Todo ello genera el enorme riesgo de que una comunidad termine invocando como indiscutible un mandato cuyo contenido no es claro para nadie, y por lo tanto quedando en manos del intérprete o traductor de ese derecho”.⁽⁸⁶⁾

En este punto comparto la afirmación de Abramovich cuando, al referirse a los autores que se niegan a analizar el derecho teniendo en cuenta la importancia que el derecho internacional ha adquirido en el mundo globalizado de hoy en día, considera que “algunas de [sus] críticas evidencian cierto desconocimiento de la dinámica de creación del derecho internacional”.⁽⁸⁷⁾

.....

(83) Corte IDH, Caso “Goiburú y otros vs. Paraguay”. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 22/09/2006, Serie C N°, 153, párr. 84.

(84) CIDH, “Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, ídem, párr. 99.

(85) Corte IDH, “Caso Tiu Tojín c/ Guatemala”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C No. 190, párr. 91; “Caso Anzualdo Castro c/ Perú”. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 22/09/2009. Serie C N° 202, párr. 59; “Caso Radilla Pacheco c/México”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23/11/2009, serie C N° 209, párr. 139 y “Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala”, ídem., párr. 193.

(86) GARGARELLA, ROBERTO, “Justicia penal internacional y deliberación democrática. Algunas notas sobre el caso ‘Gelman’”, *op. cit.*, p. 11.

(87) ABRAMOVICH, VÍCTOR, “‘Transplante’ y ‘Neopunitivismo’”. Debates sobre la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en Argentina”, en Sofía Tiscornia, *Activismo*

En efecto, a partir de la adopción en 1969 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados se ha reconocido positivamente que las normas imperativas o de *ius cogens* son aquellas normas reconocidas y aceptadas por la comunidad de Estados en su conjunto como una norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por otra norma que tenga el mismo carácter. Por ende, son jerárquicamente superiores a cualquier otra norma jurídica del mismo sistema y no pueden ser dejadas de lado por los Estados en sus relaciones mutuas.⁽⁸⁸⁾ En palabras de Cançado Trindade, “[l]a emergencia y consagración del *ius cogens* en el derecho internacional contemporáneo atienden a la necesidad de un mínimo de verticalización en el ordenamiento jurídico internacional”.⁽⁸⁹⁾

Como ya advertí en otra oportunidad, lo señalado no debe confundir a los juristas cuando intenten relacionar la imperatividad de las normas de *ius cogens* con su obligatoriedad.⁽⁹⁰⁾ Todas las normas jurídicas, por definición, son obligatorias, por lo que lo que caracteriza al *ius cogens* es que no admite alternativas o límites que no estén establecidos en la propia norma imperativa.⁽⁹¹⁾ En virtud de esto, en el caso de una norma de *ius cogens* no se requiere el consentimiento o práctica de un Estado para que se halle vinculado jurídicamente, siendo irrelevante su protesta o aquiescencia respecto al contenido de la norma imperativa:⁽⁹²⁾ el criterio a utilizarse a los fines de la

.....
de los derechos humanos y burocracias estatales. El caso Walter Bulacio, 1ª ed., Bs. As., Editores Del Puerto – CELS, 2008, p. 252.

(88) Ver. BIANCHI, ANDREA, “Human Rights and the Magic of Jus Cogens”, *European Journal of International Law*, vol. 19, n° 3, 2008, pp. 494 y 495 y Joyner, Christopher C., “Arresting Impunity: The Case for Universal Jurisdiction in Bringing War Criminals to Accountability”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 59, n° 4, *Accountability for International Crimes and Serious Violations of Fundamental Human Rights*, Duke University School of Law, 1996, p. 168.

(89) Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos De Los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, Serie A N° 18, voto concurrente del juez A. A. Cançado Trindade, párr. 66.

(90) REY, SEBASTIÁN A., *Juicio y castigo*, op. cit., pp. 66 y ss.

(91) BASSIOUNI, CHERIF, “International Crimes: ‘Jus Cogens’ and ‘Obligatio Erga Omnes’”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 59, nro. 4, *Accountability for International Crimes and Serious Violations of Fundamental Human Rights*, Duke University School of Law, 1996, p. 65.

(92) Ver. BROWNLIE, IAN, *Principles of public international law*, 6ª ed., Oxford University Press, 2003, p. 490.

determinación de su existencia es más cualitativo que cuantitativo.⁽⁹³⁾ Una muestra de ello, fue la negativa de la comunidad internacional a aceptar la objeción persistente de Sudáfrica a la prohibición del *apartheid*.⁽⁹⁴⁾

Para concluir este punto, debe rechazarse la tendencia en ciertos ámbitos del derecho internacional a “buscar” normas de *ius cogens* por doquier, puesto que precisamente atenta contra la utilidad del concepto de norma imperativa. Para la Comisión de Derecho Internacional las normas imperativas reconocidas como tales son muy pocas: la prohibición del uso agresivo de la fuerza, el derecho de legítima defensa, la prohibición del genocidio, la prohibición de la tortura, la prohibición de los crímenes de lesa humanidad, la prohibición de la esclavitud y de la trata de esclavos, la prohibición de la piratería, la prohibición de la discriminación racial y el *apartheid*, la prohibición de las hostilidades contra la población civil —“normas básicas del derecho internacional humanitario”—⁽⁹⁵⁾ y el derecho a la libre determinación de los pueblos.⁽⁹⁶⁾ A nivel doctrinario también se ha mencionado la prohibición de algunos crímenes de guerra,⁽⁹⁷⁾ las prácticas de desapariciones forzadas de personas, las ejecuciones su-

(93) HANNIKAINEN, LAURI, *Peremptory Norms (Ius Cogens) in International Law. Historical development, criteria, present status*, Finnish Lawyers Publishing Company, Helsinki, 1988, pp. 3/189/203 y Kreća, Milenko, “Some General Reflections on Main Features of Ius Cogens as Notion of International Public Law”, en Rafael Gutiérrez Girardot, *At. el* (eds.), *New Directions in International Law. Essays in Honour of Wolfgang Abendroth*, Campus Verlag, Frankfurt, 1982, p. 34.

(94) Ver MERON, THEODOR, *The Humanization of International Law*, cit., p. 376 y Randall, Kenneth C., “Universal jurisdiction under international law”, *Texas Law Review*, March 1988, vol. 66, p. 823.

(95) AG, “Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades Derivadas de la Diversificación y Expansión del Derecho Internacional”, Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional elaborado por Martti Koskeniemi, 58º período de sesiones, Ginebra, A/CN.4/L.682,13 de abril de 2006, párr. 374. Algunos de estos ejemplos también son mencionados por BROWNLIE, IAN, op.cit., p. 489 ; LINDERFALK, ULF, “The Effect of Jus Cogens Norms: Whoever opened Pandora’s Box, Did You Ever Think About the Consequences?”, *European Journal of International Law*, vol. 18, N° 5, 2008, pp. 867 y 869.

(96) AG, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional*, Responsabilidad de los Estados, op. cit., art. 26, pp. 216 /217.

(97) Ver PAULUS, ANDREAS L., “Jus Cogens in a Time of Hegemony and Fragmentation: An Attempt at a Re-appraisal”, *Nordic Journal of International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 2005, Vol. 74, p. 306.

marías y extralegales y la denegación persistente de las más elementales garantías del debido proceso legal.⁽⁹⁸⁾

A partir de lo señalado, entiendo que debe responderse a otra de las críticas que Gargarella formula a la jurisprudencia de la Corte IDH, cuando se pregunta “¿por qué la Corte IDH debe comprometerse con esa visión [de la obligación de la sanción penal], si es que una cierta comunidad democrática —pongamos, Uruguay— concluyera que no quiere sancionar?”.⁽⁹⁹⁾ La respuesta es que para la comunidad internacional el enjuiciamiento y castigo a los responsables de graves violaciones de derechos humanos es la medida más efectiva para su vigencia, resulta útil en términos de prevención general positiva y permite el reproche a sus autores por no haber realizado el “juicio reflexivo” al que se refiere Hannah Arendt.⁽¹⁰⁰⁾

En síntesis, considero que la Corte IDH realizó una ponderación en términos alexianos y concluyó en que si bien existe cierto grado de insatisfacción de los derechos y garantías de los imputados de graves violaciones de derechos humanos que podrían beneficiarse si se los interpreta de acuerdo al derecho penal clásico, frente a la enorme importancia que tiene para la comunidad internacional la satisfacción del deber de investigar, sancionar y conocer la verdad de lo ocurrido, opta por dar preferencia al segundo principio.

(98) CANÇADO TRINDADE, ANTÔNIO A., *El Derecho internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2001, p. 417.

(99) GARGARELLA, ROBERTO, “5 Comentarios sobre la Decisión de la Corte Interamericana en Gelman”, *op. cit.*

(100) A los fines de superar la crítica que recibe el derecho internacional de los derechos humanos en cuanto a su carácter “neopunitivista”, hay que mencionar que la jurisprudencia ha reconocido que el deber de investigar y sancionar penalmente se aplica solo a las graves violaciones. Por ende, el concepto de graves violaciones a los derechos humanos es compatible con el principio de proporcionalidad de los delitos y de las penas, dado que el derecho internacional de los derechos humanos va a consagrar el recurso al derecho penal como *ultima ratio*. En efecto, la pena solo va a ser requerida en conflictos muy graves que comprometen intereses generales. Ello implica que en virtud de los bienes jurídicamente protegidos que se encuentran en juego en los casos de graves violaciones a los derechos humanos la penal es la mejor respuesta posible. Ver REY, SEBASTIÁN A., “La justificación del deber de investigar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos”, en Sebastián Rey y Marcos Filardi (comp.), *Derechos humanos. Reflexiones desde el Sur*, Bs. As., Ediciones Infojus, 2012, (en prensa).

6 | A modo de conclusión

Para poder analizar sentencias como la de “Gelman vs. Uruguay” hay que, primero, comprender que el surgimiento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se da como consecuencia del nuevo orden mundial, que surge luego de las guerras mundiales, donde los Estados aceptaron restringir sus soberanías para mantener la paz y la seguridad internacionales. Como sostiene Pinto, si se reconoce la importancia de los derechos humanos dentro del sistema de normas que regulan las relaciones internacionales, el concepto de soberanía nacional debe ser redefinido en función de aquella, debiendo entonces ser practicada de conformidad con las obligaciones asumidas por los Estados.⁽¹⁰¹⁾ En función de ello, los Estados deben cumplir las decisiones de los tribunales internacionales de derechos humanos aun cuando no estén de acuerdo con ellas.

El análisis de la jurisprudencia de los sistemas de protección de derechos humanos, tanto el interamericano como el europeo y el universal, permite concluir que todos los órganos de aplicación de tratados de derechos humanos coinciden en que existe un deber de perseguir y castigar las graves violaciones.⁽¹⁰²⁾ Esta obligación ha sido reconocida como perteneciente al *ius cogens* por lo que no admite acuerdo en contrario. De este modo, no hay manera para que pese a que exista un consenso total dentro de una sociedad determinada se autorice su violación. Frente a la impunidad de las graves violaciones de derechos humanos la comunidad internacional ya ha dejado sentada su posición y el derecho interno de los Estados —incluso las medidas adoptadas por mecanismos de participación ciudadana por vía directa— no puede vulnerarla.

(101) PINTO, MÓNICA, “La soberanía y el nuevo orden internacional”, Anuario de Filosofía Jurídica y Social”, n° 29, Asociación Argentina de Derecho Comparado, Sección Teoría General, 2009, Bs. As., Abeledo Perrot, 2010, pp. 165/178.

(102) SEIBERT-FOHR, ANJA, “Reconstruction through Accountability”, en von Bogdandy, A. y Wolfrum, R. (eds.), Max Planck Yearbook of United Nations Law, 2005, vol 9, p. 559.