



UNC

Universidad  
Nacional  
de Córdoba

**POSIBLES TENSIONES ENTRE  
DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS Y  
SU INCIDENCIA EN EL CONTROL DE  
CONSTITUCIONALIDAD**

**COORDINADORES**

Prof. Ab. Guiñazú Claudio - Ab. Ferniot Cecilia

**INTEGRANTES**

Gómez Perdiguero, Juan Ignacio - Scerbo, Paula Valentina - Vendramín, Bruno

*XII JORNADAS INTERUNIVERSITARIAS DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y DERECHOS HUMANOS  
PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA  
BOGOTÁ – COLOMBIA – 2014*



JORNADAS INTERUNIVERSITARIAS DE  
DERECHO CONSTITUCIONAL  
Y DERECHOS HUMANOS

**SUMARIO:** I- INTRODUCCIÓN. II- DISCUSIONES ACERCA DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. a. *¿Es necesario el control judicial de constitucionalidad en democracia?* i) *El Control de Constitucionalidad respecto de decisiones adoptadas por las mayorías.* ii) *El Control de Constitucionalidad en defensa de los derechos humanos de las minorías.* III- DERECHOS HUMANOS Y DEMOCRACIA. a. *Concepto de derechos humanos. Los derechos humanos en la democracia.* b. *El Caso de los delitos de lesa humanidad.* c. *Justicia vs Seguridad jurídica.* VI- EL CASO GELMAN, UN PARADIGMA EN DEMOCRACIA. V- UNA PROPUESTA PARA PENSAR.

**PALABRAS CLAVES:** Control de Constitucionalidad. Democracia. Derechos Humanos. Delitos de Lesa Humanidad. Mayorías y Minorías. Justicia Retroactiva. Imprescriptibilidad. Caso Gelman.

## I- INTRODUCCIÓN

La democracia es uno de los sistemas políticos más extendidos y adoptados por los Estados a nivel global. Sin embargo, es una realidad que para los Estados Latinoamericanos no ha sido una constante institucional a lo largo de su historia. En particular, las décadas de los años setenta y ochenta se vio atravesada, en diversos países del cono sur americano, por una serie de golpes de estado que dio lugar a los que se conocieron como terribles gobiernos autoritarios por el tipo de crímenes a los que fue sometida su población.

Se reconoce a nivel nacional e internacional, que es necesaria la reflexión, memoria y continua búsqueda de justicia que trae aparejada la violación de derechos humanos, y que éstos objetivos deben ser seguidos por los gobiernos democráticos que siguieron.

Sin embargo, la serie de leyes de amnistía, caducidad e indultos que surgieron de los gobiernos democráticos posteriores, socavaba la investigación y juicio de los ejecutores de crímenes contra la humanidad de esos períodos. Ese hecho, da cuenta de cómo la democracia y el sistema jurídico falló respecto del restablecimiento de los derechos humanos conculcados.

Es nuestro interés, ver las razones de tal falencia jurídica. Pretendemos en el siguiente trabajo demostrar, a través de la dialéctica propia de la filosofía del derecho, los justificativos que nos permitirían sostener que es el Control de Constitucionalidad de las leyes es el mecanismo adecuado que tienen las democracias modernas para evitar que este mismo sistema, regulado por la premisa de las mayorías, avasalle derechos humanos de minorías.

Pretendemos con el siguiente estudio encontrar, además, los fundamentos que nos permitan congeniar el sistema democrático con la protección de los derechos humanos de las minorías en delitos de lesa humanidad. Para esto, el escrito adopta la siguiente estructura: En primer lugar, nos sometemos a las discusiones que promueve el Control de Constitucionalidad, siguiendo el embate de dos autores: Ronald Dworkin y Jeremy Waldron; en segundo lugar, reflexionaremos acerca de las tensiones que emergen de la

relación entre democracia y derechos humanos; seguidamente, y para terminar, los análisis teóricos serán aplicados en el Caso Gelman.

## II- DISCUSIONES ACERCA DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

### a. ¿Es necesario el control judicial de constitucionalidad en democracia?

La característica según la cual un Estado de Derecho republicano implica la división de funciones o poderes es aceptada sin mayores reparos. Principalmente ligada a la división de funciones se encuentra la idea de *control* cruzado entre poderes –*check and balance*<sup>1</sup>–. La controversia (al menos para ciertos diseños normativos) surge a propósito de la competencia que se otorga a los jueces de controlar la legitimidad constitucional de leyes ordinarias. Los jueces tienen por actividad central la aplicación de normas y la interpretación de la Constitución. Así, se abre la discusión intensa acerca del carácter de tal competencia y los límites de la misma.

Desde el origen del liberalismo, la idea del poder de la mayoría sin control judicial constitucional es propia de la Revolución Francesa<sup>2</sup>. La contracara de este procedimiento, la ofrece la Revolución Norteamericana donde prima el control judicial sobre el legislativo.

Ahora bien, preguntarse por si es o no necesario el control judicial de constitucionalidad en una democracia afecta al corazón mismo del sistema. Como se caracteriza por ser el gobierno del pueblo, se exigen esquemas normativos que defiendan los derechos individuales de los miembros que la componen, porque, si no se aboca a proteger estos derechos, difícilmente podríamos estar hablando de un régimen democrático. A raíz de esto, se vuelve imperioso preguntarse qué mecanismos institucionales tienen las personas para amparar sus derechos.

Cuando pensamos con qué herramientas contamos para consagrar los derechos e impedir su vulnerabilidad, desembocamos, forzosamente, en el control judicial de constitucionalidad: los jueces tienen el poder de decidir en los conflictos y vicisitudes que afectan los derechos de los individuos. ¿Tiene que estar el control de constitucionalidad, o es una institución que no es constitutiva de la democracia y es meramente contingente?

---

<sup>1</sup> La idea de separación de poderes se remonta a la antigua Roma; en la Modernidad, el que le dio definitiva consagración teórica fue Montesquieu, en su ya célebre *Del Espíritu de las leyes*. MONTESQUIEU, Barón de, *Del Espíritu de las leyes*, ed. Altaya, Barcelona, 1993.

<sup>2</sup> El art. 16 de La Declaración de los Derechos del Hombre y Ciudadano 1789 establece que ninguna sociedad tiene Constitución mientras no asegure la garantía de los derechos y separación de los poderes. En consonancia con esto, la Constitución del 1791 prohibió expresamente a los tribunales inmiscuirse en el ejercicio del Poder legislativo y suspender la ejecución de las leyes, creando un tribunal de casación (un cuerpo junto al legislativo), es decir, un tribunal legislativo para quebrar las sentencias que se apartaban de la voluntad del legislador.

Pensamos que es absolutamente necesario el control de constitucionalidad en un sistema democrático, que se precie de tal, y que considere a todas las personas con igualdad y que resguarde sus derechos humanos individuales.

Es menester, seguidamente, analizar los argumentos a favor o en contra del control de constitucionalidad. Las disputas sobre el tema son muchas y están abiertas; el debate ha producido variada y abundante literatura. Asimismo, involucran otros asuntos: derechos humanos, libertad, comunidad, mayoría, minorías, constitución, etc.

Nos concentramos en la discusión de dos filósofos del derecho contemporáneo: Jeremy Waldron y Ronald Dworkin, figuras principales en la filosofía jurídica y la filosofía política liberal, que más aun, dejan su impronta en la teoría constitucional. El debate es acerca de la necesidad o no del control judicial en una democracia.

Jeremy Waldron se opone frontalmente al control judicial de constitucionalidad. Rechaza, *in toto*, la estructura argumental que defiende a la actividad judicial como el poder de decidir en las cuestiones constitucionales que afectan los derechos de los ciudadanos. Sus tesis sobre el control judicial están expuestas, ampliamente, en *Derecho y desacuerdos*<sup>3</sup>.

Para él, es una práctica que está gastada y no goza de legitimidad. Piensa que la democracia se asienta sobre el conflicto y los desacuerdos permanentes. Ahora bien, los conflictos que habitan el seno de los derechos tienen un espacio específico y propio donde desarrollarse: el Parlamento.

El juego deliberativo de la democracia se encarna en esta institución; allí los actores políticos, todos, van a discutir sobre sus derechos. Esto acarrea importantes efectos: Waldron adopta la postura *mayoritarista* de la política, “a juzgar negativamente la constitucionalización de una *carta de derechos*, y a calificar como insultantes e irrespetuosos hacia la igual dignidad de las personas los intentos de defender un sistema de control judicial como el que hoy conocemos”<sup>4</sup>.

El control judicial es antidemocrático y antipopular. Waldron invoca el argumento de la premisa mayoritaria: en las legislaturas están representados todas las facciones, grupos, actores sociales, etc. Ese es el lugar para formar voluntades colectivas y mayoritarias, y no es legítimo un mecanismo de pocas personas destinado a frustrar las decisiones y deseos de la mayoría. Las discusiones en ellas son francas y abiertas, incluyendo a muchas personas y grupos; las discusiones de los jueces son mínimas y se hacen entre algunas pocas. Sostiene que los jueces, en sus fallos, también aplican el sistema de voto y emplean las reglas de la mayoría, igual que los legisladores y los ciudadanos. Se pregunta qué ocurre en los países que no tienen el control judicial (como en Nueva Zelanda, su país natal), concluyendo que el sistema democrático igual funciona armónicamente y no hay ninguna razón precisa y contundente para que exista.

---

<sup>3</sup> WALDRON, Jeremy, *Derecho y desacuerdos*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

<sup>4</sup> GARGARELLA, Roberto y MARTÍ, José Luis, “La filosofía del derecho de Jeremy Waldron: convivir entre desacuerdos”, Estudio preliminar, en Waldron, Jeremy, *Derecho y desacuerdos*, op. cit., p. xxi.

Por lo que se ve, Waldron asume un compromiso bastante fuerte con las mayorías. Y, conforme sus ideas filosóficas del derecho, es coherente porque es conocida su adhesión al positivismo conceptual, que excluye los valores morales de la ciencia jurídica. No hay lugar para la moral en un proyecto como el de Waldron.

Ronald Dworkin razona sustancialmente diferente que Waldron, estando su modelo de control judicial de constitucionalidad en las antípodas de este último, y con ideas formuladas bajo otros presupuestos. Pensemos, con Dworkin, porque se torna necesario el control judicial de constitucionalidad en la democracia.

El punto de partida -y también punto de llegada- de la filosofía dworkiana es la defensa tenaz y el respeto absoluto de los derechos individuales. Rechazando los presupuestos mayoritaristas, los derechos individuales son intocables, indiscutibles, irreductibles a ningún cuerpo colectivo de mayorías o poder público.

Como la democracia es, en esencia, la consagración y el efectivo ejercicio de los derechos de los ciudadanos, necesita de mecanismos institucionales para hacer a estos reales y materiales y que no queden en la mera formalidad, volviéndose “cadáveres conceptuales”, como decía Adorno. En consecuencia: la democracia cuenta con el control judicial de constitucionalidad que tiene como *ratio* la defensa de los derechos y la prohibición de aplastarlos o restringirlos, bajo ningún pretexto. En este sentido, el control judicial es un guardián y protector de la democracia; la fomenta, la radicaliza, agrava las condiciones. Y, como alguna vez sentenció Heidegger, sólo desde el agravamiento de las condiciones llega la profundidad de las cosas<sup>5</sup>.

El control judicial tiene un gran poder en las vicisitudes individuales y sociales de una comunidad. Es un actor principalísimo que, ora a través de sus decisiones o fallos, ora a través de sus opiniones, precedentes, acciones de los jueces, etc., tiene gran peso en la opinión pública y derrama efectos a los demás poderes del estado, las organizaciones sociales, grupos políticos, etc. Y esto por razones precisas: los jueces se valen de principios morales y políticos en sus sentencias, haciendo una lectura moral de la constitución y de las leyes. En efecto, mantienen estable y cohesionada a la sociedad. La cohesionan moralmente, impidiendo los exabruptos, exclusiones y discriminaciones de diversos grupos o a otras personas, y Dworkin piensa aquí, sobre todo, a las minorías.

Por lo que se ve, el control judicial, amén de tener un rol importantísimo en la defensa de los derechos individuales, realiza una tarea eminentemente social y colectiva, influyendo y promoviendo valores morales y políticos.

En la actualidad, la democracia pasa por el aspecto político y electoral, no consiguiendo ir más allá: no hay distribución de poder público, económico, de medios de comunicación, etc. Ahora bien, el aporte dworkiano estriba justamente en la aspiración, que se encarna en el control judicial, de ampliar más los espacios públicos y los poderes de los ciudadanos.

---

<sup>5</sup> HEIDEGGER, Martin, *Introducción a la metafísica*, ed. Gedisa, Barcelona, 1993, p. 9.

Para Dworkin, la democracia no se agota en el Parlamento, no es suficiente la instancia legislativa. Así, escribe que “en una democracia extensa y continental, el poder político de cualquier ciudadano común es minúsculo en cualquier explicación de lo que significa el poder político, y la disminución de ese poder individual como consecuencia de los límites constitucionales de la voluntad mayoritaria es mucho más minúscula aún”<sup>6</sup>. Más: difícil es tener individualmente influencia en las legislaturas para proponer leyes y conseguir logros para extender y ampliar los derechos; no cualquiera puede hacerlo: entrar a ellas sin relaciones, transacciones, impactos de opinión, poderes económicos, etc., es deseo ilusorio y casi imposible.

Elías Canetti, decía que “el Parlamento es una guerra donde los integrantes han renunciado al derecho de matar”<sup>7</sup>. El control judicial se configura con más destreza y lucidez al estar liberado de esta lógica social (de esto no se sigue que los tribunales sean objetivos siempre y estén limpios y puros de todo contacto político o económico: pero más bien es la excepción, y no la regla).

El filósofo norteamericano alega que en los tribunales no cuentan los números, las estadísticas, los fenómenos de masa: “los ciudadanos pueden tener la posibilidad de ejercer mejor las responsabilidades morales de la ciudadanía cuando las decisiones se remueven de la política ordinaria y se asignan a los tribunales, cuyas decisiones se espera que se basen en principios, y no en el peso de los números o las diferencias de influencias políticas”<sup>8</sup>.

Sostiene que es erróneo reducir los debates públicos sólo a los legisladores. Por el contrario, los jueces difunden sendas y profundas disputas individuales y colectivas en la que toman parte muchísimas personas. Se puede pensar en esta hipótesis: ante la falta de voluntad, pereza y negligencia del poder legislativo para proponer los debates, los tribunales pueden resultar una vía apropiada y provechosa para sustanciar y lidiar con cuestiones morales, políticas y económicas.

Dworkin con buen criterio, razona en términos de *singularidad*. Los problemas y los derechos de los individuos son absolutamente singulares. La democracia reclama que se atiendan *todos* los derechos de los ciudadanos, en efecto, cada persona tiene la facultad de acudir a los tribunales para la protección de sus derechos.

Lo que permite el control judicial –y que las cámaras, aquí, otra vez, se quedan cortas–, es otorgar respuestas particulares y circunstanciadas del caso concreto: cada caso, cada persona, cada conflicto es un mundo, y merece un estudio minucioso y cuidadoso para su mejor resolución. En palabras de Dworkin, “cuando un problema de naturaleza política llega a la justicia (...) se vuelve necesario adoptar decisiones individuales y fundamentadas. Las decisiones judiciales sobre temas políticos deben

---

<sup>6</sup> DWORKIN, Ronald, “La lectura moral y la premisa mayoritarista”, en Koh, Hongju Harold, y Syle, Ronald, *Democracia deliberativa y derechos humanos*, ed. Gedisa, Barcelona, 2004, p. 129.

<sup>7</sup> CANNETTI, Elías, *Masa y poder*, ed. DeBolsillo, Barcelona, 2005, p. 299.

<sup>8</sup> DWORKIN, Ronald, “La lectura moral y la premisa mayoritarista”, op. cit., p. 132

tomarse en forma individual y contemplar la complejidad social del problema en su totalidad...”<sup>9</sup>.

El derecho a ser oído, a ser parte, a tener un poder efectivo y material y, sobre todo, a recibir justificaciones específicas y bien argumentadas: esto es propio del control judicial, y “si la justicia reconoce esos derechos, habrá que respetarlos aunque ningún Parlamento haya tenido el tiempo o la voluntad de imponerlos”<sup>10</sup>.

### ***i) El Control de Constitucionalidad respecto de decisiones adoptadas por las mayorías***

Como advertimos, la discusión principal refiere a si, dentro de una democracia se respetan necesariamente los derechos de las minorías, ante la deliberación parlamentaria; o si, en la sanción de las leyes, el voto no es reflejo de aquello que debería considerarse como la voluntad política y moralmente correcta de una sociedad.

Si tomásemos sólo a las decisiones adoptadas por la mayoría parlamentaria, es decir, la voluntad del pueblo reflejada en el ámbito de una junta deliberativa. Y ello, en virtud de que es el ámbito natural en el cual se sancionan leyes durante períodos democráticos –que van a afectar a la comunidad en su totalidad– vamos a hablar, *a fortiori*, de un control de constitucionalidad de las leyes.

Así considerado el sistema, y en apoyo a la tesis de Dworkin<sup>11</sup>, encontramos como necesario el control de las leyes sancionadas por el parlamento, toda vez que éstas pueden afectar derechos de los individuos que en cada caso particular puede constituir una minoría, frente a la aplicación de una ley.

Ésta es la función propia de los controles constitucionales de las leyes, analizar si los textos normativos se adecúan a la protección del individuo que ve que sus derechos pueden verse afectados en el caso concreto. Ya desde *Marbury vs. Madison*<sup>12</sup>, el Control

---

<sup>9</sup> DWORKIN, Ronald, *Una cuestión de principios*, Siglo XXI editores, 2012, Buenos Aires, p. 16.

<sup>10</sup> DWORKIN, Ronald, *Ibíd.*, p. 47.

<sup>11</sup> Dworkin nos ilustra su postura diciendo que: “En algunas circunstancias, como he sugerido recién, los ciudadanos pueden tener la posibilidad de ejercer mejor las responsabilidades morales de la ciudadanía cuando las decisiones se remueven de la política ordinaria y se asignan a los tribunales, cuyas decisiones se espera que se basen en principios, y no en el peso de los números o las diferencias de influencias políticas. Si bien el proceso político que conduce a una decisión legislativa puede ser de muy alta calidad, muy a menudo no lo es (...). Incluso cuando el debate es iluminador, asimismo, el proceso mayoritario favorece compromisos que podrían subordinar importantes cuestiones de principio. Los casos jurídicos constitucionales, en contraste, pueden provocar y, de hecho, provocan una discusión pública extendida que se concentra en la moralidad política. (...) Quiero sugerir que el control judicial de constitucionalidad puede proveer un tipo de deliberación republicana sobre algunas cuestiones (...). No quiero decir, que sólo los jueces deberían discutir cuestiones de grandes principios políticos. Las legislaturas también son guardianes de éstos principios, y ello incluye a los principios constitucionales.”, DWORKIN, Ronald, “La lectura moral y la premisa mayoritarista”, *op. cit.*, p. 132.

<sup>12</sup> *Marbury vs. Madison*, es el caso más famoso del constitucionalismo moderno, la sentencia data del 23 de febrero de 1803, y la misma ilustra la doctrina del nacimiento del Control de Constitucionalidad sobre los actos de los poderes públicos del Estado; no sólo puede analizarse el caso como el reconocimiento

de Constitucionalidad aparecía, no sólo como un medio para asegurar la supremacía constitucional, sino como límite y control a los actos de los otros poderes del Estado.

Diferimos, de ésta manera, de la idea sostenida por la corriente que apoya a Waldron, según la cual “el voto es esencial para otorgarle a la democracia deliberativa los efectos transformadores de la opinión que ella persigue (...). Parece bastante claro que su defensa de la regla de la mayoría como el hecho característicamente democrático se basa en la afirmación de que, generalmente no hay ninguna política no justificable en política excepto las que se adecúan a la voluntad de la mayoría, o las que son recomendadas por la regla de la mayoría”<sup>13</sup>. Si concebimos que “la democracia es el poder de la mayoría, la voluntad del mayor número como fuente genuina de derechos. Una vez concluido el escrutinio de votos en la elección y proclamado el resultado, la minoría desaparece como entidad del mundo político e incluso –muchas veces– carece de voz y representación”<sup>14</sup>.

Es, entonces, que podríamos hacernos los siguientes planteos: ¿Cómo afecta a la democracia, si es que la afecta de alguna manera, la declaración de inconstitucionalidad de una ley, sancionada por los mecanismos parlamentarios correspondientes (es decir, sin vicios en su procedimiento), cuando se afectan derechos individuales en la misma?; ¿y qué pasa cuando esa ley afecta derechos humanos de una minoría parlamentaria?; ¿hasta qué punto debe ser tolerada esa decisión porque responde a una voluntad mayoritaria?

Para responder a esos interrogantes, en principio, y ya habiendo sostenido que, al decir de Dworkin<sup>15</sup>, resulta natural y ampliamente aceptado por la sociedad el control judicial, y como lo sostiene la jurisprudencia Argentina<sup>16</sup>, la falta de legitimación del Poder Judicial o de las Cortes Constitucionales, es lo que le permite asegurar y proteger los derechos de las minorías, ya que ellos no representan a mayoría alguna.

---

judicial de la Supremacía Constitucional, sino también como la defensa de la Constitución como límite a la Democracia.

<sup>13</sup> GUTMANN, Amy, “Democracia deliberativa y la regla de la mayoría: una réplica a Waldron”, en *Democracia deliberativa y derechos humanos*, op. cit., p.269.

<sup>14</sup> AMAYA, Jorge Alejandro, “Marbury vs Madison o de antiguas y modernas tensiones entre Democracia y Constitución”, *Revista de Estudios Jurídicos* n° 10/2010, (Segunda Época), Universidad de Jaén, España, versión electrónica: rej.ujaen.es

<sup>15</sup> Establece Dworkin que: “ (...)Si la interpretación más directa de la práctica constitucional estadounidense demuestra que nuestros jueces tienen la última autoridad interpretativa, y que ellos entienden claramente el *Bill of Rights* como una constitución de principio; si esto explica mejor las decisiones que, de hecho, toman los jueces y que el público acepta en su mayor parte, no tenemos ninguna razón para resistir esa lectura ni para luchar por otra que aparezca congeniando mejor con una filosofía mayoritarista”, DWORKIN, Ronald, “La lectura moral y la premisa mayoritarista”, op. cit, p.132.

<sup>16</sup> Cámara Nacional Electoral, *Patti Luis A S/promueve acción de amparo c/ Cámara Nacional Electoral de la República Argentina*, Exp. N°4207/06, considerando 22º) “(...) Sin embargo, resulta indispensable advertir que el carácter “contramayoritario” del Poder Judicial...es precisamente el que permite a los magistrados judiciales – ajenos a las mayorías coyunturales y mutables – aseguren y preserven los derechos de las minorías frente a los potenciales excesos de las mayorías.”



Es así que, si *a priori*, establecemos que este mecanismo de control judicial de las leyes no implica una afectación a la decisión de la mayoría, menos aún, cuando refiere a leyes que afectan derechos individuales. Ahora, que ocurre cuando lo que se afectan son derechos humanos de una minoría, deberíamos preguntarnos, primero, cómo una ley semejante pudo salir de un parlamento. Pero, paso siguiente, debemos recordar que hablamos de leyes sancionadas por mayoría de votos de representantes del pueblo, por lo que todo proceso deliberativo puede haber sido sesgado o ineficaz al momento de la votación. Y es aquí, una vez más, que recordamos la premisa de Waldron, que la democracia se defiende, según esta corriente, a través de la regla de la mayoría.

En contra de ésta tesis, Amy Gutmann sostiene que: “La regla de la mayoría pierde su atractivo moral cuando hay minorías discretas e insulares cuyas meritorias ideas políticas tienen permanentemente menos probabilidades de prevalecer que aquellas que una mayoría relativamente cohesionada. En tal contexto, el mayoritarismo perjudica injustamente a las minorías ya desventajadas, y no hay nada característicamente democrático en la defensa de la regla de la mayoría, a pesar que produce resultados sistemáticamente injustos si existen alternativas procedimentales que protegerían con mayor igualdad los intereses básicos de las minorías y permitirían que sus voces estuviesen más igualmente representadas en los órganos de toma de decisiones”<sup>17</sup>.

## ***ii) El Control de constitucionalidad en defensa de los derechos de las minorías.***

Es de nuestro interés examinar la hipótesis de que el control constitucional es necesario para defender a las minorías, más aún si entendemos a la Constitución como portadora de principios rectores y supremos respecto a cualquier acto ordinario legislativo. En este sentido, debemos contestar, ¿por qué el control de constitucionalidad es necesario para defender a las minorías?

La indagación nos obliga a dar una precisión aparejada a la lectura moral de la “premisa mayoritaria”<sup>18</sup> y nuestra concepción constitucional de la democracia. ¿Deberíamos aceptar o rechazar lo que denominaremos premisa mayoritaria?

Para esta pregunta, debemos aclarar previamente dos concepciones constitucionales<sup>19</sup>. En primer lugar, entendemos por concepción constitucional de democracia (al que adherimos) una actitud frente al gobierno mayoritario. Para esta concepción, democracia significa gobierno sujeto a condiciones, las cuales podríamos denominar condiciones o reglas limitadoras y posibilitadoras de gobierno entre personas morales.

Ahora bien, en segundo lugar, la tesis *mayoritaria* sostiene que los procedimientos políticos deberían ser diseñados para que, por lo menos en las cuestiones importantes, la

---

<sup>17</sup> GUTMANN, Amy, “Democracia deliberativa y la regla de la mayoría: una réplica a Waldron” en *Democracia deliberativa y derechos humanos*, op. cit., p. 275.

<sup>18</sup> DWORKIN, Ronald, “La lectura moral y la premisa mayoritaria”, op. cit., p. 115.

<sup>19</sup> DWORKIN, Ronald, “La lectura moral y la premisa mayoritaria”, op. cit., p. 117.

decisión alcanzada sea la favorable a la mayoría. Esta tesis no niega que los individuos tienen importantes derechos morales que la mayoría debería respetar, sino que considera que la comunidad debe remitirse a la visión de la mayoría sobre cuáles son esos derechos individuales, cómo son mejor respetados y ejercidos.

La premisa mayoritaria no impide excepciones, pero insiste que, en esos casos –aún si algún apartamiento del gobierno mayoritario está justificado– algún costo moral ha sucedido. Aun así, nuestra concepción de democracia no es óbice para la premisa mayoritaria, pero debe contener *reglas limitadoras* para el resguardo de los derechos humanos individuales.

Nuestro argumento, adelantamos, estriba en que una Constitución y una democracia deben tener (en el procedimiento democrático) reglas posibilitadoras y reglas limitadoras<sup>20</sup>. Las primeras son, por ejemplo, cómo votar, quién puede votar, cual es el poder de las instituciones luego del resultado. Y las segundas (que nos interesan), son condiciones limitantes, supóngase derechos humanos, esenciales para constituir una democracia. Intuimos que no socavan ni perjudican a la democracia, sino que son sus precondiciones.

¿A qué tipo de democracia nos referimos? Siguiendo a Dworkin, existen dos conceptos de democracia. Una es denominada estadística y otra comunitarista. El concepto de *democracia estadística*<sup>21</sup> reside, básicamente, en que las decisiones políticas se toman por la mayoría. Los problemas de esta concepción radican en la desventaja de que los derechos básicos son tomados desde afuera. Por ejemplo, cuando el grupo hace una función específica, de que los miembros individuales hacen por sí solos, es decir, sin la sensación de hacer algo como grupo. Sin precondiciones de que los votantes deben consensuar sobre la validez de la regla de la mayoría, no surge a las minorías la obligación de respetar las decisiones mayoritarias.

Para superar esta desventaja, Dworkin prefiere un concepto de *democracia comunitarista* (al cual adherimos). No es una simple mayoría, sino una unidad de acción autónoma. Sería como si fuese una orquesta, donde se presenta la necesidad de cada músico de actuar independientemente, pero, a la vez, siendo parte de algo más grande. La actuación de una orquesta expresa la unidad autónoma de la democracia. Los ciudadanos en una democracia comunitaria se consideran miembros de una acción autónoma.

Sin embargo, las condiciones para que sean considerados individuos morales dentro de la democracia comunitaria son las siguientes: i) el individuo moralmente debe ser tomado en cuenta en las decisiones como parte del gobierno, esto es, sus derechos humanos morales básicos como los principios de autonomía, inviolabilidad, dignidad; ii) los intereses del individuo deben hacerse valer en la decisión mayoritaria, respetando sus principios básicos; iii) el individuo debe tener independencia moral. Es decir, ser racional, informado e imparcial en su moral intersubjetiva y/o autorreferencial.

---

<sup>20</sup> Véase en *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, vol. 1, número 1, Escuela de Derecho, Universidad Torcuato Di Tella, 1999.

<sup>21</sup> Véase el concepto en DWORKIN, Ronald, “La lectura moral y la premisa mayoritaria”, op. cit., pág. 120-121. Y véase en *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, op. cit.

Estas condiciones revisten importancia decisiva en el caso de los principios morales válidos que generan derechos humanos. Supongamos que una ley del congreso pueda tener un contenido incompatible con lo prescripto por principios morales válidos y, no obstante, ser obligatoria puesto que su origen es de procedimientos legítimos, democráticos y mayoritarios; pero, si tratase de derechos humanos, difícilmente esté justificada y, los jueces –por medio del control de constitucionalidad– son los mejores actores para dilucidar imparcialmente cuáles son los derechos humanos que derivan de esos principios morales válidos y, en su caso, deberán declarar inválida dicha ley en cuestión<sup>22</sup>.

Ahora bien, ¿por qué el control de constitucionalidad defiende –o debería defender– los derechos humanos de las minorías? No sería necesario –este control–, si sustantivamente y formalmente la concepción constitucional de la democracia funcionara, es decir, con precondiciones de los derechos humanos morales válidos. Pero en el caso de desacuerdo, ¿cuál sería la vía más adecuada para resolver sobre los derechos?

Existen autores que sostienen que la regla de la mayoría sería el procedimiento de decisión adecuado para resolver controversias sobre la existencia o contenido de los derechos. Esta tesis es defendida, como explicamos, por Waldron. Si esta idea se sugiriese, expresamos nuestros desalientos: i) para expresar nuestra disconformidad con las decisiones que adoptan nuestros representantes sólo tenemos que votar en contra; ii) que un representante pierda su posición es una reparación insatisfactoria frente a la denegación de un derecho. Más aún si son derechos humanos que ni la mayoría pudiese violar; iii) porque los ciudadanos votan, y la Constitución concede derechos humanos a los habitantes aun cuando no sean ciudadanos, residentes, o no tengan derechos políticos definitivamente, y no puedan jamás estar representados en el Congreso<sup>23</sup>. Amén de ello, una comunidad que se tome en serio los derechos humanos debe proveer mecanismo de su defensa, con el objeto de que cada individuo debe ser oído de las injusticias de lo determinado colectivamente en el contenido (o la simple existencia) de un derecho individual.

Concluimos en este apartado: I) que los jueces con el control de constitucionalidad, deben proteger los derechos humanos de los individuos, estén ellos evidenciados en principios y derechos en las constituciones. II) Y, el deber estatal de reconsiderar cualquier decisión colectiva, en otro órgano imparcial (poder judicial) para su contrapeso –*check and balance*–, para el resguardo de los derechos humanos de las minorías. Para ello, para justificar la premisa mayoritaria y el resguardo de las minorías, necesitamos una concepción constitucional de democracia comunitaria con reglas posibilitadoras y limitadoras.

---

<sup>22</sup> NINO, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos*, ed. Astrea, Buenos Aires, 2012, pág. 24.

<sup>23</sup> ELÍAS, José Sebastián, “El Control judicial de constitucionalidad”, en *La Constitución en 2020*, compilador Gargarella, Roberto, Siglo XXI editores, Buenos Aires, 2011.

### III- DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS

#### a. Concepto de derechos humanos. Los derechos humanos en la democracia.

La noción de derechos humanos en la actualidad está atravesada por interpretaciones disímiles y los filósofos y constitucionalistas no han llegado a formar un concepto unívoco. En efecto, fluctúan entre su aceptación, rechazo o una suerte de escepticismo. Por esta razón, se torna necesario precisar y definir la voz derechos humanos para delimitar sus titulares, su ámbito de aplicación y su relación con el reconocimiento de un sistema jurídico positivo.

Carlos Nino contribuyó enormemente para la elucidación y clarificación del concepto de derechos humanos<sup>24</sup>. Entendemos a los derechos humanos como derechos morales (esto no implica que todos los derechos morales sean derechos humanos)<sup>25</sup>. Son, por ello, principios morales inviolables, y por esto concebimos que: en primer lugar, su existencia estaría dada por su validez o aceptabilidad y no por su reconocimiento efectivo o aceptación real por algunos individuos o instituciones. En segundo lugar, estos son aceptados como justificación final de conductas, y no hay otra clase de principios que prevalezcan sobre los derechos humanos<sup>26</sup>.

Entendemos que la mirada positivista y puramente descriptiva del derecho es insuficiente<sup>27</sup>. Por esto, desde una mirada normativa (un concepto de derechos humanos que denota reglas que *deben ser* reconocidas y aplicadas) tenemos razones para justificar las decisiones de los jueces ante leyes (amnistía, prescripción, caducidad, etc.) que vulneren de la manera más aberrante derechos humanos.

La posibilidad de ejercer estos derechos no está supeditada a ningún condicionamiento (ni siquiera una ley sancionada en democracia)<sup>28</sup>. Los derechos humanos son categóricos, son principios *erga omnes*, o sea se aplican a todos y a todo. Estos principios a los que nos referimos son los de la *inviolabilidad de la persona*, que prohíbe imponer sacrificios a un individuo sólo en razón de que ello beneficia a otros individuos o grupos sociales; el segundo principio es el de la *autonomía de la persona*, que le asigna el valor a la persecución de bienestar y plan de vida de una persona, y el

---

<sup>24</sup> El constructivismo ético -al que adscribimos- sostiene la posibilidad de justificar racionalmente principios morales normativos como los de índole liberal. Esta corriente fundamenta los derechos individuales bajo presupuestos ético-políticos. En consecuencia, su importancia para nuestro trabajo es su consagración indubitable por parte de los Estados latinoamericanos. Los poderes del Estado, ante su violación (como los delitos de lesa humanidad), deben garantizarlos y protegerlos.

<sup>25</sup> NINO, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos*, op. cit., p. 40.

<sup>26</sup> NINO, Carlos Santiago, *Ibíd.*, p. 20.

<sup>27</sup> El positivismo conceptual, representado por nombres como Bentham, Austin, Kelsen, Hart, sostienen tesis descriptivas acerca del derecho, aludiendo a normas que de hecho son reconocidas por los órganos estatales. En este sentido ver NINO, Carlos Santiago, *Derecho, Moral y política, Una revisión de la teoría general del derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, p. 44-45.

<sup>28</sup> NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 2012, p 418.

respeto por su felicidad y ausencia de dolor; el tercer principio, el de *dignidad de la persona*, prescribe tratar a los hombres de acuerdo a sus voliciones<sup>29</sup>. Estos derechos básicos son aquellos derechos morales que gozan todos los seres con capacidad potencial para tener conciencia de su vida, integridad física, identidad como titular independiente de sus intereses, y el resto de los derechos que se desprenden por el solo hecho de tener personalidad moral.

La consagración de los derechos humanos en el derecho positivo, no sólo en distintos Estados de Latinoamérica sino en el derecho internacional, es de una gran relevancia para hacerlas valer por medios jurisdiccionales (supóngase el control constitucional de los jueces). Pero la ausencia de ellos, no modifica de ningún modo la ilegitimidad de las normas y las decisiones del Estado para desconocerlas, y su presencia no exime de la necesidad de recurrir a argumentos morales para establecer su alcance. En este último caso, los jueces imperiosamente desde argumentos morales pueden establecer el *deber ser* jurídico de los principios morales válidos de los derechos humanos, que se desprenden de los tratados internacionales, convenciones de la ONU, y las cartas magnas supremas de los Estados supremos.

## **b. El caso de los delitos de lesa humanidad.**

Ya hemos hecho mención de la postura adoptada acerca de que entendemos por derechos humanos, y ellos como derechos categóricos que deben ser siempre reconocidos por el sistema jurídico. Pero ahora debemos tratar un tema que los contiene, y que incluso se presenta como su contrapuesto, y es el caso de los delitos de *lesa humanidad*<sup>30</sup>. Vamos a encuadrar a los mismos dentro de lo que denominaremos como grave violación a los derechos humanos, categoría que creemos los contiene.

Debemos entender, respecto de éste tipo de delitos que, luego de su tratamiento por distintos tribunales (como aquellos que se conformaron para los juicios de Núremberg, la ex Yugoslavia y Ruanda), se han positivizado en el marco de los derechos internacionales, y se encuentran contenidos en la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad adoptada por Asamblea General de la ONU en 1968 (desde ahora Convención), y el Estatuto de Roma (a partir de ahora Estatuto). Este último plexo normativo nos trae, desde 1998, una concepción acabada de lo que se entiende por delitos de lesa humanidad, dentro del sistema de la Corte Penal Internacional<sup>31</sup>. De esta norma se

---

<sup>29</sup> NINO, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos*, op. cit., p 46.

<sup>30</sup> La frase *lesa humanidad* encuentra origen en la lengua latina, lesa proviene de *laesus*, participio pasado del verbo *laedere* cuyo significado es dañar, agraviar, ofender; y se la define, en general, como crímenes contra la humanidad, un tipo de delito que afecta a toda la comunidad en su conjunto por el tipo de afectación a los derechos humanos que éstos implican.

<sup>31</sup> Estatuto de Roma (1998), Artículo 7. Crímenes de lesa humanidad: “1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución

desprende no uno sino una serie de delitos, y que se pueden reconocer que conculcan de manera tajante uno, o varios, derechos humanos. El Estatuto intenta dar un sistema acabado en cuanto a la determinación puntual de aquellos delitos que comprenden la categoría de lesa humanidad.

No debemos perder de vista que el marco del derecho penal internacional exige que los tipos se encuentren determinados. Aun así, el mismo articulado permite una apertura del tipo penal en su tratamiento por parte del tribunal<sup>32</sup>.

Se puede predicar de la categoría de delitos de lesa humanidad que ésta constituye un cúmulo de delitos particularizados e individualizados, y para que se conforme el tipo no es necesario que se deban cumplir todos los delitos de manera conjunta y simultánea, sino que ocurra alguno o varios de ellos.

Los bienes conculcados en ese orden delictual, afectan gravemente a los derechos humanos de las personas que han sido víctimas, pero también a la sociedad toda, la comunidad global, o como se refiere su nombre, la humanidad, se ha visto agraviada ante la comisión de éstos delitos. Determina la Convención, y es el criterio que continúa el Estatuto, que este tipo de delitos son imprescriptibles<sup>33</sup>, y que la persecución penal debe ser seguida por los Estados, y de manera complementaria por la Corte Penal Internacional<sup>34</sup>.

En este orden de ideas, y toda vez que hablemos de delitos de lesa humanidad, y que los mismos han sido ejecutados por el aparato de coacción estatal durante períodos autoritarios, es que nos referiremos a continuación a la posibilidad de persecución de los mismos por generaciones futuras.

En este contexto, es interesante analizar el tratamiento judicial que se le puede dar a este tipo de delitos, que han sido cometidos por órdenes autoritarios en tiempos

---

*forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de apartheid; k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física. (...)”*

<sup>32</sup> Estatuto de Roma (1998), Artículo 7, apartado k, que se menciona en la nota anterior cuando dice: “(...)I. k) Otros actos inhumanos de carácter similar (...).”

<sup>33</sup> Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los crímenes de lesa humanidad (1968), Artículo I: *Los crímenes siguientes son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido: (...) b) Los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, (...). Estatuto de Roma (1998) Artículo 29. Imprescriptibilidad: “Los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán.”* (el subrayado nos pertenece).

<sup>34</sup> Estatuto de Roma (1998), Artículo 1. La Corte: *“Se instituye por el presente una Corte Penal Internacional (“la Corte”). La Corte será una institución permanente, estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales. (...).”* (el subrayado nos pertenece).

anteriores al período democrático que le sigue. Se denomina a éste proceso como *justicia transicional*<sup>35</sup>, y abarca, entre otras medidas, las políticas de sometimiento ante la justicia de aquellas personas responsables por la grave violación a los derechos humanos por delitos de lesa humanidad.

Al decir de Nino<sup>36</sup>, torna de especial relevancia analizar cómo se ha dado el proceso de transición entre el gobierno autoritario al régimen democrático que le siguió, para saber el tipo de políticas que debieron seguirse en cada caso particular para componer el orden social. De más está decir que éste autor no plantea una receta de condiciones a cumplirse y acciones a seguir, sino que establece un análisis generalizado de distintos procesos que han llevado los Estados cuando se han encontrado en la necesidad de juzgar violaciones graves a los derechos humanos por parte de un régimen, al cual luego, por la normativa establecida, anterior o durante el mismo, no podría ser juzgado.

Además, debemos anexar un problema más. Nos referimos a la práctica común de intentar evadir la responsabilidad penal por la comisión de delitos de lesa humanidad a través de leyes de amnistía, decretos e indultos, entre otras; ya sean éstas adoptadas como parte del proceso de “sanación del Estado” para componer el orden social, o como un acuerdo político necesario para la construcción democrática<sup>37</sup>, o porque fueron adoptadas por los mismos responsables de las violaciones para desligarse de responsabilidades posteriores<sup>38</sup>.

Gargarella nos habla, así, del problema de la *gradación democrática*<sup>39</sup>, es decir, el problema de la legitimidad en la adopción de esas medidas. Ello porque algunas fueron tomadas durante la vigencia de los regímenes autoritarios, por lo que su falta de legitimidad no estaría discutida; pero otras han sido adoptada en medio de procesos democráticos. Y es, respecto de ellas, que entra en conflicto el orden democrático cuando lo enfrentamos con los derechos humanos, en este caso, cuando es el sistema democrático el que está otorgando la herramienta que permite dejar impunes la violación grave de derechos humanos al no juzgar delitos de lesa humanidad.

---

<sup>35</sup> The International Center for Transitional Justice define a la Justicia transicional como “el conjunto de medidas judiciales y políticas que diversos países han utilizado como reparación por las violaciones masivas de derechos humanos. Entre ellas figuran las acciones penales, las comisiones de la verdad, los programas de reparación y diversas reformas institucionales.

La justicia transicional no es un tipo especial de justicia sino una forma de abordarla en épocas de transición desde una situación de conflicto o de represión por parte del Estado. Al tratar de conseguir la rendición de cuentas y la reparación de las víctimas, la justicia transicional proporciona a las víctimas el reconocimiento de sus derechos, fomentando la confianza ciudadana y fortaleciendo el Estado de derecho”, consultado en: <http://ictj.org/es>, 1 de agosto 2014, 10:37.

<sup>36</sup> Véase en NINO, Carlos, *Juicio al mal absoluto*, ed. Ariel, Buenos Aires, 2006.

<sup>37</sup> Como lo fue la Ley de Caducidad en Uruguay y respaldadas por dos consultas populares; y las “leyes de perdón” dictadas en el gobierno democrático de Alfonsín en Argentina.

<sup>38</sup> Este es el caso de las “ley de auto-amnistía” (ley n° 22.934) de 1983 del Gral. Bignone en Argentina poco tiempo antes de dejar el poder; y la Ley de amnistía general (ley n° 26.479) de 1995, en Perú, luego de la masacre de Barrios Altos.

<sup>39</sup> GARGARELLA, Roberto, “Sin lugar para la soberanía popular. Democracia, derechos y castigo en el caso Gelman”, Consultado en: [www.law.yale.edu](http://www.law.yale.edu), 20 de julio de 2014, 15:57.

### c. Justicia vs Seguridad jurídica

La justicia y la seguridad jurídica son conceptos pilares de la ciencia jurídica. Con el primero no hay duda: el derecho tiene por objetivo final la búsqueda incesante de la justicia<sup>40</sup>. Es el ideal de toda una estructura de valores y principios morales del cual se derivan normas jurídicas positivas que aspiran a su materialización. Por otro lado, la seguridad jurídica es, básicamente, el respeto por las leyes vigentes de un país dado, la previsibilidad de que en el mediano plazo continuaran vigentes las normas estructurales de dicho Estado, y el funcionamiento de las instituciones en el control y cumplimiento de las normas.

Ahora bien, si contamos con que el art. 1 de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, determina que son delitos “imprescriptibles” –cualquiera sea la fecha y la situación en que se han cometido–, se deriva de éste un principio moral válido en protección de los derechos humanos ante delitos de lesa humanidad. Y es una obligación de los Estados tener en sus ordenamientos jurídicos una interpretación jurídica acorde –con respecto a los derechos humanos- con la comunidad internacional.

Para enfrentar el problema, partimos de una primera intuición que consideramos válida: que la seguridad jurídica cumple un rol importante en el ordenamiento jurídico; nos concentramos en dos de sus funciones en la responsabilidad penal: el primero de ellos es la prescripción, y el segundo es el *nullum crimen nulla poena sine lege praevia*.

En el primero, Sebastián Soler nos dice que la prescripción tiene diversos fundamentos, y menciona entre ellos a) el simple transcurso del tiempo, b) la desaparición de los rastros y efectos del delito, c) la presunción de buena conducta, d) el olvido social del hecho, etc.<sup>41</sup>. Núñez, afirma que “la prescripción se funda en la destrucción por el transcurso del tiempo de los efectos morales del delito en la sociedad: extingue la alarma social ante el delito y la correlativa exigencia de que se lo reprima, que es lo que constituye el fundamento político de la pena”<sup>42</sup>. ¿Qué sucedería entonces si la alarma social frente a cierto tipo de delitos (delitos de lesa humanidad) en algunos Estados Latinoamericanos no se ha extinguido? Aceptando a modo de hipótesis de que en estos Estados no se ha podido eliminar el efecto moral de los delitos cometidos en las últimas dictaduras (como la pérdida de la identidad, la desaparición forzada de personas, torturas, persecución ideológica, etc.) ¿Podemos decir que estamos habilitados a pasar por alto –meramente– de que la mayoría de los países de Latinoamérica tuvieron como vigencia internacionalmente desde el 1968, una norma positiva derivada de un principio moral válido de derecho internacional?

Cuando hablamos de la prescripción penal común se hace necesaria la justificación de los efectos morales del delito, al olvido social del mismo, al cese de interés social por su castigo<sup>43</sup> o a la inutilidad del delito por el transcurso del tiempo, y como respeto al

---

<sup>40</sup> En este sentido, adscribimos a lo que sostiene la teoría del constructivismo ético-político.

<sup>41</sup> SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, tomo II, ed. Tipográfica, Buenos Aires, 1951, p. 510.

<sup>42</sup> NUÑEZ, Ricardo, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, ed. Lerner, Córdoba, 1975, p. 243.



debido proceso o presunción de inocencia del imputado. Pero no debe identificarse un mero presupuesto procesal una condición de eficacia con la causa que da lugar al fundamento de la prescripción de los delitos. Esta distinción muestra que *la prescripción tiene un fundamento que no es procesal sino de orden moral*, ya que su justificación sería distinta si se tomase en juego la vulnerabilidad de los derechos humanos, que son derechos morales. Dicha excepción sería la imprescriptibilidad.

El más claro ejemplo de esto sería que algunos delitos (los tipificados por el Estatuto y los establecidos en la Convención) hayan alcanzado el “rango” de imprescriptibilidad absoluta, objetiva y retroactiva, siempre que se acrediten tales delitos.

El segundo problema que enfrentamos es el *nullum crimen nulla poena sine lege praevia*. Este adagio romano es un principio central en materia penal: “sólo podrá reprimirse una conducta humana si se encuentra descripta por la ley como punible antes de su acaecimiento y sólo con la pena prevista en ese momento”<sup>44</sup>.

Si bien este principio es parte de la seguridad jurídica de un Estado, cede ante principios categóricos de derechos humanos. Cabe contextualizar un detalle no menor: la sanción de la Convención nació para aplicarse retroactivamente, a saber, para juzgar delitos ya cometidos durante la Alemania nazi<sup>45</sup>. En el fallo “Simón”<sup>46</sup>, la Corte Suprema de Justicia de Argentina (en adelante CSJN), por mayoría<sup>47</sup>, declaró la inconstitucionalidad de las leyes –obediencia debida y punto final- que impedían el juzgamiento de militares. Y también sostuvo que correspondía aplicar el principio de imprescriptibilidad de los delitos en cuestión, en virtud tanto del derecho internacional consuetudinario como de dicha Convención.

Ahora bien, la aplicación de la Convención y el principio en cuestión no presenta grandes reparos. Los jueces interpretan—en fallos sobre delitos de lesa humanidad- un reconocimiento de una norma ya vigente —el *ius cogens*<sup>48</sup>— en función del derecho

---

<sup>43</sup> CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho Criminal, Parte general*, ed. Temis, Bogotá, 1972, p. 182.

<sup>44</sup> CAFFERATTA Nores, José y otros, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Ciencia, Derecho y Sociedad, UNC, 2004, p. 121.

<sup>45</sup> Esta consideración fue hecha por la jueza Argibay en el caso “Simón” (Corte Sup. 14/06/2005, “Simón, Julio y otros”). Entiende que “... tampoco puede omitirse la aplicación de la Convención sobre Imprescriptibilidad cuando ella es retroactiva, si se tiene en cuenta que fue dictada con la manifiesta intención de tener dicho efecto retroactivo (el objetivo inmediato fue el de remover el obstáculo que suponían las leyes nacionales sobre prescripción para el juzgamiento de crímenes cometidos durante el régimen nazi que gobernó Alemania entre 1933 y 1945”. (consid. 18).

<sup>46</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Caso Simón, Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de la libertad, etc., causa 17.768, resolución del 14 de junio de 2005.

<sup>47</sup> El juez Lorenzetti sostuvo “... no hay una violación del principio *nulla poena sine lege*, en la medida en que los crímenes de lesa humanidad siempre estuvieron en el ordenamiento y fueron reconocibles para una persona que obrara honestamente conforme a los principios del Estado de Derecho” (consid. 30).

<sup>48</sup> Brownlie afirma que la función del *ius cogens* es “proteger a los Estados de acuerdos concluidos en contra de algunos valores e intereses generales de la comunidad internacional de Naciones en su conjunto,

internacional público de origen consuetudinario. De esta manera, no se fuerza la prohibición de la irretroactividad de la ley penal<sup>49</sup>.

Empero, al parecer, los jueces cuando se enfrentan a causas de delitos de lesa humanidad, apelan a argumentos morales para fundamentar sus decisiones jurídicas (donde no es posible la duda, ni la inestabilidad ni el relativismo). Entonces, ¿por qué los jueces utilizan argumentos morales?

La solución ante el problema de violaciones de derechos humanos conlleva pensar sobre lo que Nino denominó el mal absoluto<sup>50</sup>. Afirma el autor que estas violaciones suponen unas “ofensas contra la dignidad humana tan extendidas, persistentes y organizadas que el sentido moral normal resulta inapropiado”<sup>51</sup>. Este hecho era un plan sistemático orientado a destruir la personalidad jurídica moral de los individuos. Es por ello que los crímenes contra la humanidad tenían una naturaleza moral completamente distinta a los crímenes comunes, lo que hacía que el principio de *nullum crimen nulla poena sine lege praevia* no se violaría en los casos de justicia retroactiva aplicada en delitos de lesa humanidad.

Por eso, es correcto como definimos en su apartado, que los derechos humanos son principios morales válidos inviolables, aún ante una ley —o la seguridad jurídica— sancionada en democracia por los procedimientos legítimos. La necesidad del conocimiento público de estos hechos es, según Thomas Nagel<sup>52</sup>, una de las formas de superar el mal absoluto. Despertar la “conciencia jurídica dormida” de las sociedades en Latinoamérica, y no reconocer la inmoralidad e inhumanidad del mal absoluto. Es por todo esto que la imprescriptibilidad es necesaria para asegurar que los delitos efectivamente se juzguen; además, refuerza el Estado de Derecho de forma fáctica y simbólica<sup>53</sup>. Jaime Malamud Goti entiende que “... no sólo suaviza el deseo de venganza, sino que reconstituye el auto respeto a la víctima”<sup>54</sup>.

---

para asegurar el respeto de aquellas reglas generales cuya inobservancia puede afectar la esencia misma del sistema legal”. En BROWNLIE, Ian, *Principes of Public Internacional Law*, ed. Clarendon Press, Oxford, 1985, p. 512-514. La traducción es nuestra.

<sup>49</sup> Toma esta postura del caso “Arancibia Clavel” (CSJN - 24/08/2004 - "Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros- causa n° 259-."), el Dr. Zaffaroni, en el fallo “Simón” considerando 27 de su voto razonado y la Dra. Highton de Nolasco en el considerando 31, por su voto.

<sup>50</sup> Nino tomó la categoría de mal absoluto de las conocidas reflexiones de Hannah Arendt sobre el nazismo, quien, a su vez, lo reinterpreta de Kant. El filósofo de Königsberg entendía por “mal radical” a la propensión de la razón a desatender los imperativos morales de la razón, es decir, hacer mal algo cuando se sabe moralmente que obrar así está mal y se hace además, de una forma reiterada, desobedeciendo conscientemente la orden marcada por el “imperativo categórico”.

<sup>51</sup> NINO, Carlos Santiago, *Juicio al mal absoluto*, op. cit., p. 33.

<sup>52</sup> Citado en NINO, Carlos S., op. cit., p. 212.

<sup>53</sup> DOMENICONI, Daniela, “Reflexiones en torno a los fundamentos éticos y políticos de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad”, en <http://www.derecho.unc.edu.ar/njrj/revista-no-1/historia-sociologia-politica-filosofia-economia-etica>

<sup>54</sup> Citado en NINO, Carlos S., op. cit., p. 213.

Nuestro argumento en este apartado es el siguiente: si el mismo Estado cometió delitos de lesa humanidad, no puede él mismo sancionar leyes de amnistía, caducidad o prescripción para dejar impune sus propios actos. La democracia no puede avanzar avasallando derechos de minorías.

Como advertimos al comienzo del trabajo, no son unos simples acuerdos y desacuerdos del Estado (Waldron), sino que se hace necesario el control de constitucionalidad de los jueces para una democracia, que con reglas posibilitadoras y limitadoras, emerge teniendo en cuenta el contenido de los derechos morales violados (Dworkin) –derechos humanos–.

#### **IV. EL CASO *GELMAN*, UN PARADIGMA EN DEMOCRACIA**

No es menor recordar, que entendemos a los derechos humanos como derechos morales y para su ejercicio efectivo no es necesaria su positivización. Empero, los jueces pueden y deben garantizarlos en cualquier sistema jurídico, ya que son principios morales categóricos. El ejercicio de la magistratura puede ser referido al control constitucional o control convencional<sup>55</sup> de las leyes sancionadas en un Estado.

En consecuencia, es menester analizar el Fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (a partir de ahora Corte IDH) en el “*Caso Gelman vs. Uruguay*”<sup>56</sup>, con sentencia del 24 de Febrero de 2011, como un caso paradigmático entre las condiciones de la democracia mayoritaria, el rol jurisdiccional y la defensa de los derechos humanos de minorías.

Este caso bajo análisis nos presenta un conflicto tajante entre la puja del sistema democrático y la protección de los derechos humanos conculcados en épocas de gobierno de facto. Ello porque, como brevemente pasaremos a relatar, las condiciones históricas que se vivían en ese momento llevaron a sancionar, democráticamente y por mayoría parlamentaria, la ley 15.848<sup>57</sup>.

---

<sup>55</sup> Utilizamos indistintamente los términos “control de constitucionalidad”/“control de convencionalidad”.

<sup>56</sup> El “*Caso Gelman vs. Uruguay*”, llega a la Corte IDH por la presentación de la demanda de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el día 21 de enero del 2010, contra la República Oriental del Uruguay, en relación al caso Juan Gelman, María Claudia García de Gelman y María Macarena Gelman García. El mismo trata sobre la desaparición forzada de María Claudia García de Gelman, tomada como prisionera encinta, en Argentina, desde finales de 1976, y posteriormente trasladada a la República de Uruguay, donde habría dado a luz a su hija María Macarena, quien fuera luego entregada a una familia uruguaya. Debido a la supresión de la identidad e historia familiar de la Sra. María Macarena Gelman y el desconocimiento del paradero actual de la Sra. María Claudia García de Gelman o de sus restos, es que se sigue el caso ante la Corte IDH. Lo que busca el fallo es que se revierta la situación de denegación de justicia, impunidad y falta de averiguaciones acerca de la verdad histórica de lo ocurrido durante la última dictadura militar, por la aplicación de la Ley de Caducidad (ley 15.848).

<sup>57</sup> La Ley de Caducidad, aprobada por el parlamento uruguayo el 22 de diciembre de 1986. Ésta ley reconoce la caducidad del ejercicio de la pretensión punitiva del estado respecto de los delitos cometidos hasta el 1ro de marzo de 1985.

Tras la promulgación de ésta, la Corte Suprema de Justicia de Uruguay fue llamada a pronunciarse sobre su constitucionalidad, tanto por presentaciones de las víctimas y familiares de éstas, como planteos formulados de oficio por jueces que estaban conociendo causas de derechos humanos respecto de estos delitos. En 1988, la Corte Suprema de Justicia Uruguayana sostuvo su constitucionalidad por mayoría de tres votos contra dos, con efectos vinculantes para el caso concreto, debido al tipo de sistema de control de constitucionalidad difuso que rige en este Estado.

A esta situación le siguió que, en 1989, ciudadanos y familiares de detenidos y desaparecidos conformaron una “Comisión Nacional pro- Referéndum contra la ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado”, logrando los porcentajes para llevar a cabo dicho referéndum, pero los resultados del mismo fueron que no se aprobara, sólo el 42,8% se pronunció a favor de hacer lugar al recurso, pero fue insuficiente. Ya en 2009, la Corte Suprema de Justicia Uruguayana dictó, en el “Caso Sabalsagaray Curuchet, Blanca Stela” (sentencia N°365), la inconstitucionalidad de la Ley de Caducidad para ese caso concreto. Días después, se sometió a consideración de la ciudadanía, a través del mecanismo de “iniciativa popular”, un proyecto de reforma constitucional que introduciría en la constitución uruguaya, una disposición que declarararía nula la Ley de Caducidad. Pero la propuesta alcanzó el 47,7% de los votos emitidos, por lo que no fue aprobada.

De esto se siguen importantes consecuencias. En primer lugar, advertimos que todo el procedimiento democrático seguido no ha llevado a una resolución del “Caso Gelman”, de acuerdo a los parámetros que consideramos respetuosos de los derechos humanos.

Ello porque, si bien, en el “Caso Nibia Sabalsagaray Curuchet” ya la Suprema Corte de Justicia Uruguayana había declarado la inconstitucionalidad de la ley, y con importantes argumentos<sup>58</sup>; ésta situación no se repitió en el Caso Gelman bajo análisis.

En segundo lugar, la sentencia de la Corte IDH determina la responsabilidad del Estado por no perseguir ni investigar delitos de lesa humanidad, más si se encuentra implicado el propio aparato coercitivo del Estado durante gobiernos de facto. Respecto de ello “esta Corte ha destacado que la obligación general de investigar y sancionar las violaciones de derechos humanos y, en su caso, enjuiciar y sancionar a los responsables, adquiere particular importancia ante la gravedad de los delitos cometidos y la naturaleza de los derechos lesionados, especialmente en vista de que la prohibición de la desaparición forzada de personas y su correlativo deber de investigarla y sancionar a sus responsables han alcanzado hace mucho carácter de *ius cogens*. (...) Si el aparato del

---

<sup>58</sup> En este sentido sostiene el alto tribunal que: “el límite de la decisión de la mayoría reside, esencialmente, en dos cosas: la tutela de los derechos fundamentales (los primeros, entre todos, son el derecho a la vida y la libertad personal, y no hay voluntad de la mayoría ni interés general, ni bien común o público en aras de los cuales puedan ser sacrificados) y la sujeción de los poderes públicos a la ley. (...) Como sostiene Luigi Ferrajoli, las normas constitucionales que establecen los principios y derechos fundamentales garantizan la dimensión material de la “democracia sustancial”, que alude a aquello que no puede ser decidido o que debe ser decidido por la mayoría, vinculando la legislación, bajo pena de invalidez, al respeto de los derechos fundamentales y a los otros principios axiológicos establecidos por ella (...) el mencionado autor califica como una falacia meta jurídica según la cual una norma es legítima solamente si es querida por la mayoría.”, Corte Suprema de Justicia de la República Uruguayana, *Sabalsagaray Curuchet, Blanca Stela*, sentencia N°365, de 19 de octubre de 2009.

Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablece, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción”<sup>59</sup>.

Evidencia, entonces, que la Ley de Caducidad, es un mecanismo propio del gobierno democrático para impedir que se restablezcan los derechos conculcados. Se trata a esta ley como una ley de amnistía general, que si bien su nombre no lo aclara, sus efectos son los mismos. Por ello, en la sentencia, la Corte IDH trata a la misma cómo una análoga y establece respecto de ello que, “las amnistías o figuras análogas han sido obstáculos alegados por algunos estados para investigar y, en su caso, sancionar a los responsables de violaciones graves a los derechos humanos. (...)”<sup>60</sup>, situación que se presenta el “Caso Gelman”, particularmente.

Por último, no podemos dejar de mencionar, que se puede evidenciar como el régimen democrático a través de su sistema de mayorías ha avasallado, una vez más, los derechos de una minoría, en este caso representada por el Sr. Gelman, Sra. María Claudia García de Gelman y su hija, María Macarena Gelman.

Ello, porque la vigencia de la Ley de Caducidad ha evitado que por más de tres décadas hayan podido obtener justicia. Aun así, el control que ha realizado la Corte IDH ha venido a poner, años más tarde, un ápice de justicia a ésta situación.

Porque como la misma sostiene, “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. (...) La 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 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 modo que 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, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas (...)”<sup>61</sup>.

---

<sup>59</sup> Corte IDH, “Caso Gelman vs. Uruguay”, sentencia de 24 de febrero 2011, fondo y reparaciones, considerandos 183 y 191.

<sup>60</sup> Corte IDH, “Caso Gelman vs. Uruguay”, sentencia de 24 de febrero 2011, fondo y reparaciones, considerando 195

<sup>61</sup> Corte IDH, “Caso Gelman vs. Uruguay”, sentencia de 24 de febrero 2011, fondo y reparaciones, considerando 238 y 239.

#### IV- UNA PROPUESTA PARA PENSAR

Creemos que la democracia es el régimen más apto para el Estado de Derecho actual, si bien no desconocemos que, la simple existencia del régimen no garantiza el respeto de los derechos de las personas, y es por ello que resulta necesario el sistema de control de constitucionalidad de las leyes, como propone la tesis de Dworkin.

Tampoco nos es ajena la premisa mayoritaria ante los desacuerdos constantes, es imprescindible señalar, entonces, el valor moral de los derechos humanos como límite constitutivo. Pero nos resulta problemática la sanción de ciertas leyes en los Estados Latinoamericanos (sean en democracia o de facto) como fueron las de amnistía, caducidad o prescripción, de los delitos de lesa humanidad cometidos durante gobiernos de facto.

Actualmente, en democracia, los delitos de lesa humanidad fueron olvidados por algunos Estados Latinoamericanos. Entendemos –con serias razones–, la necesidad de contar con un *control de constitucionalidad* por parte de los jueces para constituir la vigencia de los derechos humanos inalienables de cualquier individuo, *a fortiori*, si se trata de leyes y medidas que conduzcan a la impunidad de delitos de lesa humanidad.

La argumentación de este escrito, intuimos que ha sido tenida en cuenta por los altos tribunales de los Estados Latinoamericanos en distintas causas<sup>62</sup>. Es coherente entonces, que si nos encontramos ante la violación de derechos humanos, no podemos tolerar la constitucionalidad de una norma que impida la investigación y castigo de aquellos responsables por la comisión de tales delitos.

Ya bien ha dicho Rawls, que “cada persona posee una inviolabilidad fundada en la justicia que incluso el bienestar de la sociedad como un todo no puede atropellar. Es por esta razón por la que la justicia niega que la pérdida de libertad para algunos sea correcta por el hecho de que un bien mayor sea compartido por otros. (...) Por tanto, en una sociedad justa, las libertades de la igualdad de ciudadanía se toman como establecidas definitivamente; los derechos asegurados por la justicia no están sujetos a regateos políticos ni a cálculos de intereses sociales”<sup>63</sup>.

En este orden de ideas, proponemos la realización de un riguroso control de constitucionalidad de las leyes, toda vez que promuevan la impunidad de crímenes contra la humanidad. Creemos que existen razones morales de peso para sostener este exigente control o “escrutinio estricto”<sup>64</sup>, por parte de los jueces, ante leyes que

---

<sup>62</sup> Evidencia de ello han sido los fallos del “Caso Simón”, de la Corte Suprema de la República Argentina; “Lecaros Carrasco”, de la Corte Suprema de Chile; “Caso Santiago Martín Rivas” del Tribunal Constitucional de Perú; entre otros. Y replicados en el Sistema Interamericano en el “Caso Barrios Altos” de la Corte IDH, entre otros.

<sup>63</sup> RAWLS, John, *Teoría de la Justicia*, ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1979, p. 17.

<sup>64</sup> Categoría originariamente empleada para las “categorías sospechosas” de discriminación, que Abramovich y Curtis proponen emplear también para las leyes regresivas, en función de la protección de los Derechos Económicos Sociales y Culturales, en ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, “Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y

promuevan leyes o medidas que establezcan amnistías, caducidad o prescripción de acciones, siempre referidas a graves violaciones de derechos humanos.

Es en virtud de éste tipo de escrutinio que tales actos del Estado se presumen inconstitucionales, lo que conduce a un agravamiento de la carga argumental. Quien los defienda debe demostrar que existen muy buenas razones para superar tal escrutinio, demostrar su razonabilidad y legitimidad. De lo contrario, serán inconstitucionales.

Es necesario tener lucida la conciencia jurídica de nuestros Estados. Nuestra propuesta, es tener las razones morales en claro para enjuiciar hechos de tal gravedad – en la inmediatez o *a posteriori*–, como el mal absoluto de las dictaduras Latinoamericanas. Intuimos en no reconocer la inmoralidad en los Estados Latinoamericanos.

La actualidad condice que “*el mal radical ha emergido en relación con un sistema en el que todos los hombres se han tornado igualmente superfluos*”<sup>65</sup>. Por todo esto, es entonces a partir de ahora, pensar y discutir en estos escritos, los derechos humanos en serio.

---

criterios de aplicación ante los tribunales locales”, en COURTIS, Christian y ABREGÚ, Martín (Comp.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, ed. del Puerto, 1997.

<sup>65</sup> ARENDT, Hannah, *Los orígenes del totalitarismo*, ed. Taurus, España, 1998, p. 368.

## BIBLIOGRAFÍA:

### LIBROS

- ARENDRT**, Hannah, *Los Orígenes del Totalitarismo*, Ed. Taurus, España, 1998.
- BOBBIO**, Norberto, *El futuro de la democracia*, Ed. Fondo de Cultura Económica, D.F., México, 1986.
- BROWNLIE**, Ian, *Principes of Public Internacional Law*, Ed. Clarendon Press, Oxford, 1985.
- CANNETTI**, Elías, *Masa y poder*, Ed. DeBolsillo, Barcelona, 2005.
- CARRARA**, Francesco, *Programa de Derecho Criminal*, Parte general, Ed. Temis, Bogotá, 1972.
- COURTIS**, Christian y **ABREGÚ**, Martín (Comp.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Ed. del Puerto, 1997.
- DWORKIN**, Ronald, *Una cuestión de principios*, Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2012.
- GARGARELLA**, Roberto (Comp.), *La Constitución en 2020*, Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2011.
- HEIDEGGER**, Martin, *Introducción a la metafísica*, Ed. Gedisa, Barcelona, 1993.
- HONGJU KOH**, Harold y **SLYE**, Ronald (Comp.), *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Ed. Gedisa, Barcelona, 2004.
- MONTESQUIEU**, Barón de, *Del Espíritu de las leyes*, Ed. Altaya, Barcelona, 1993.
- NINO**, Carlos S., *Derecho, Moral y Política. Una revisión de la teoría general del derecho*, Ed. Ariel, Barcelona, 1994.
- NINO**, Carlos S., *Ética y derechos humanos*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2012.
- NINO**, Carlos, *Juicio al mal absoluto*, Ed. Emecé, Buenos Aires, 2006.
- NINO**, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2012.
- NUÑEZ**, Ricardo, *Manual de Derecho Penal*. Parte Gral., Ed. Lerner, Córdoba, 1975.
- RAWLS**, John, *Teoría de la Justicia*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1979.
- SOLER**, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, t. II, Ed. Tipográfica, Buenos Aires, 1951.
- WALDRON**, Jeremy, *Derecho y desacuerdos*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2005.

### REVISTAS Y ARTÍCULOS WEB

- AMAYA**, Jorge Alejandro, “Marbury vs Madison o de antiguas y modernas tensiones entre Democracia y Constitución”, *Revista de Estudios Jurídicos* n° 10/2010, (Segunda Época), Universidad de Jaén, España, versión electrónica: <http://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej>
- REVISTA ARGENTINA DE TEORÍA JURÍDICA**, vol. 1, número 1, Escuela de Derecho, Universidad Torcuato Di Tella, 1999.
- DOMENICONI**, Daniela, “Reflexiones en torno a los fundamentos éticos y políticos de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad”, en <http://www.derecho.unc.edu.ar/njrj/revista-no-1>
- GARGARELLA**, Roberto, “Sin lugar para la soberanía popular. Democracia, derechos y castigo en el caso Gelman”, consultado en: [www.law.yale.edu](http://www.law.yale.edu)



**HITTERS**, Juan Carlos, Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad. Comparación. (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos), *Revista de Estudios Constitucionales*, N°2, Año 7, 2009, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca.

## **FALLOS Y CASOS CITADOS**

**Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina**, *Simón, Julio H., y otros*, sent. 14 de junio 2005, revista La Ley, Buenos Aires, 29 de Junio de 2005.

**Corte IDH**, *Caso Gelman vs. Uruguay*, de 24 de febrero de 2011, Serie C N° 221.

**Corte IDH**, *Barrios Altos vs. Perú*, de 14 de marzo de 2001, Serie C N° 75.

**Cámara Nacional Electoral de la República Argentina**, *Patti Luis A S/promueve acción de amparo c/ Cámara Nacional Electoral de la República Argentina*. Exp. N°4207/06.

**Corte Suprema de Justicia de la República Uruguay**, *Sabalsagaray Curuchet, Blanca Stela*, sentencia N°365, de 19 de octubre de 2009.

**Corte Suprema de Justicia de Chile**, Caso de Claudio Abdón Lecaros Carrasco, Sentencia de reemplazo, de 18 de mayo de 2010.

**Tribunal Constitucional de Perú**, Caso Santiago Martín Rivas, sentencia de 29 de Noviembre de 2005.