
Exigimos más razones: un comentario a Roberto Gargarella a propósito de la validez democrática de la ley de Caducidad Uruguaya

Inés Jaureguiberry*

En el capítulo 6 de su libro *Castigar al prójimo*, Roberto Gargarella (RG) nos invita a repensar la validez de las normas penales a partir de la teoría de la Democracia de Carlos Nino.

La propuesta de RG surge al notar que el temprano fallecimiento de Nino dejó inconclusa la expansión de su teoría democrática hacia otros campos de estudio, como sus estudios del Derecho Penal al doctorarse en la Universidad de Oxford.

RG afirma, entonces, que la teoría de la democracia de Nino nos brinda buenas herramientas para reflexionar sobre la validez de las leyes penales.

Desde hace algunos años, RG viene interpelando a buena parte del pensamiento jurídico mediante el cuestionamiento de los pilares fundamentales del derecho penal y la renovación de las preguntas en torno a la legitimidad del reproche estatal, las dimensiones democráticas del castigo y la demanda de mayor participación del pueblo en el diseño y aplicación del derecho penal. Desde el inicio, acompañamos y celebramos estas indagaciones –cuyos postulados e intuiciones compartimos– y el capítulo que nos ocupa no es la excepción.

Sin embargo, entendemos que algunas de las afirmaciones que el autor realiza resultan problemáticas o bien no han sido suficientemente desarrolladas, por lo que este comentario no es más que una invitación a continuar con las inteligentes reflexiones a las que RG nos tiene acostumbradxs.

El autor toma como punto de partida los aportes sobre la validez del derecho que Nino desarrolló en el marco del debate que se dio en nuestro país por la Ley de Autoamnistía impulsada por la Dictadura militar poco antes del retorno a la Democracia. En ese marco, Nino propuso: 1) Que no era posible derivar la fuerza normativa de una disposición legal de cuestiones fácticas, como la detentación del poder coercitivo por parte de la autoridad de la que emana. 2) Que sólo las normas surgidas de procedimientos democráticos se presumen moralmente aceptables y, consecuentemente, gozan de presunción de validez jurídica. El procedimiento democrático al que Nino

* Profesora, Universidad de Buenos Aires, Universidad Nacional de La Plata, Universidad de Palermo.

se refería no era otro que su teoría de la democracia deliberativa, caracterizado por un proceso de discusión colectiva capaz de garantizar la participación de todos los potencialmente afectados en condiciones de igual respeto y consideración.

Para Nino, este procedimiento era el que más se acercaba al ideal regulativo constituido por el discurso moral ideal. Por ello, en su aproximación a la cuestión planteada por las normas de facto, lejos de trazar una frontera rígida entre validez e invalidez de las normas, propuso pensar el problema en niveles de gradación de validez, conforme se alejaran o acercaran al discurso moral ideal: a mayor nivel de discusión democrática en las condiciones mencionadas, mayor presunción de validez de las normas que surjan de esa deliberación.

Para poner en práctica estas enseñanzas al ámbito de las leyes penales, RG escoge un caso peculiar: la ley de Caducidad Uruguaya. Se trata de una norma sancionada a poco más de un año del retorno al sistema democrático y sometida posteriormente a un plebiscito (1987) y un referéndum (2009). Básicamente, la ley imponía la caducidad del ejercicio de la pretensión punitiva del Estado respecto de los delitos cometidos durante el período de facto por funcionarios militares y policiales.

Lejos de los lugares habituales que propondrían el análisis de la validez de las normas penales a partir de ejemplos ampliatorios del poder punitivo o del recrudescimiento del castigo (ciertamente, la mayoría de las normas sancionadas en las últimas décadas), RG escoge un ejemplo difícil y ciertamente inusual.

182

El autor señala que la ley de Caducidad en cuestión fue sancionada a poco más de un año de la vuelta del sistema democrático, y *“ratificada en proceso de consulta directa a la ciudadanía en dos oportunidades”*, y agrega que *“nos encontramos entonces con una amnistía que, a diferencia de la aprobada en la Argentina por la dictadura, fue producto de condiciones democráticas en verdad excepcionales, muy poco habituales para cualquier ley aprobada en democracia, en cualquier país de la región, a lo largo de toda su historia. La norma se discutió popularmente, en los diarios, en las calles, a través de manifestaciones recurrentes y por todos los poderes del Estado, en varias oportunidades”*.

El ejercicio propuesto es atractivo, como también lo es el caso elegido. Pero a poco que avanzamos en la aplicación de las enseñanzas de Nino en materia democrática, las conclusiones de RG nos parecen –al menos– apresuradas.

La primera objeción a la defensa ensayada por RG del alto valor democrático de la ley de Caducidad, reside en la falta de mención o desarrollo de los contextos que rodearon la ley, como así también el tiempo y circunstancias en que se produjeron las consultas a la ciudadanía.

Si la teoría de la gradación de validez de Nino reposa en buena parte sobre el mayor o menor respeto del proceso deliberativo en las condiciones por él concebidas, entonces su evaluación deviene ineludible para quien pretenda extraer conclusiones a partir de tal proceso.

En otras palabras, RG nos debe muchas explicaciones sobre los factores que le permiten concluir que el proceso democrático que precedió a la ley de caducidad fue “excepcional”. Y esas explicaciones no se saldan con la referencia abstracta y genérica al plebiscito de 1987 y el referéndum de 2009.

Por supuesto que tales actos poseen relevancia y no constituyen un dato menor. Pero, en el caso uruguayo, las condiciones en que se desarrolló tal participación del pueblo, nos presentan una imagen alejada de la romántica versión brindada por RG.

En primer término, aparece la cuestión temporal.

No es un dato menor que las consultas se produjeron *con posterioridad* a la sanción de la ley. La invitación “al pueblo” aparece entonces de forma tardía y a contramano del amplio proceso de deliberación democrática del que Nino nos habla.

Para él, el proceso de deliberación necesariamente precedía a la decisión, y no a la inversa. Ello porque serían las razones públicas brindadas por los participantes en condiciones de igual respeto y consideración las que maximizarían las chances de arribar a decisiones imparciales. En otras palabras, la participación del pueblo a la que se refería Nino era una idea muy distante de un contrato de adhesión –a todo o nada– a una ley ya adoptada, y sobre la que “el pueblo” no había sido convocado a opinar.

RG no hace mención alguna a la cuestión temporal (que deviene sustancial) ni tampoco nos brinda razones para persuadirnos por qué deberíamos asignar alto valor a esta participación ciudadana, dados los modos en que se desarrolló.

183

Esto nos lleva directamente a la siguiente cuestión.

Contrariamente a lo afirmado por RG, ni el referéndum ni el plebiscito “confirmaron” la ley. Hay evidentes diferencias entre “la ratificación ciudadana de una ley” y que no se alcancen las mayorías necesarias para modificarla.

Lejos de la cuestión semántica, es importante hacer la distinción pues la Ley de Caducidad no tenía cláusula alguna que supeditara su vigencia a la confirmación por parte de la ciudadanía. Una hipótesis así, seguramente nos llevaría a conclusiones distintas, mas no es ése el modo en que ocurrieron los hechos en el caso uruguayo.

Es la propia ley la que da cuenta de la débil trayectoria democrática que la rodea.

El art. 1 explica que la norma se sancionó “*como consecuencia de la lógica de los hechos originados por el acuerdo celebrado entre partidos políticos y las Fuerzas Armadas en agosto de 1984 y a efecto de concluir la transición hacia la plena vigencia del orden constitucional*”.

Es el propio texto de la ley el que reconoce que –lejos de ser la consecuencia de un proceso deliberativo robusto–, la norma fue “acordada” con los beneficiarios, cuando éstos detentaban aún altos grados de poder y capacidad de desestabilización, y teniendo en miras sus propios intereses.

Ningún proceso de deliberación amplia y robusta precedió a la decisión, sino que la misma fue producto de un pacto del poder, efectuado de modo oscuro e inconsulto.

¿Podrían, entonces, un plebiscito y un referéndum sanear a posteriori una norma

de origen tan débil desde el punto de vista democrático?

Veamos el modo en que se produjeron las consultas al pueblo.

Tanto el plebiscito como el referéndum surgieron a instancia de los movimientos sociales de Uruguay, y no como una invitación del Gobierno ni de las Fuerzas Armadas para que el pueblo participe.

Por otra parte, ninguna de las consultas permitió al pueblo discutir el contenido de la ley de caducidad ni proponer modificaciones a los tipos de solución arribada. Ambos procesos fueron “a todo o nada”, mecanismo que sin dudas plantea discusiones profundas sobre la incapacidad de estos canales de participación para traducir las preferencias, opiniones o motivos que tuvo en cuenta la ciudadanía para decidir del modo en que lo hizo.

Afirmar a partir de las consultas que el pueblo “ratificó” el contenido de la ley –como hace RG– puede conducirnos a conclusiones simplificadoras o excesivamente genéricas.

Teniendo en mira estas circunstancias de tiempo y modo de la participación ciudadana (sin duda, débiles) llama la atención que RG afirme que “*la amnistía uruguaya ilustra el polo positivo de las reglas discutidas y aprobadas en forma colectiva*”.

Más allá de las cuestiones apuntadas, creemos que la teoría de la democracia deliberativa que Nino desarrolló, presupone condiciones que no se verifican en el caso de la Ley de Caducidad.

184 Para Nino, la democracia deliberativa de la que dependen la validez de las normas, se asienta en su mayor cercanía al discurso moral ideal, el cual reposa en los principios de imparcialidad y universalidad. A su vez, la imparcialidad está dada en gran parte por la imposibilidad de argumentar desde un punto de vista estrictamente interesado, del que no puedan derivarse conclusiones universales. En este sentido, Nino no admitía en el proceso de deliberación “proposiciones normativas que no son generales, en el sentido de que los casos a los cuales se aplican se refieren a nombres propios o descripciones definidas”. Entonces, así como el proceso verdaderamente democrático no admite razones del tipo “esto está mal cuando se me hace a mí”¹, tampoco habilita a decir “esto no está tan mal cuando no se me hace a mí”.

La Ley de Caducidad –al igual que muchas de las leyes de amnistía– no revisten las exigencias de imparcialidad y universalidad que la acercan al discurso moral ideal² y en gran parte en esta ausencia reside su escasa calidad democrática.

No es lo mismo perdonar un hecho del que potencialmente podemos ser víctimas, que hacerlo cuando ya tenemos el conocimiento de que no nos ha afectado directamente. El riesgo de adoptar en este caso decisiones autointeresadas, en lugar

¹ Nino, Carlos, *La Constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Ed Gedisa, 1996, p. 170 y ss.

² Nino, Carlos, *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2007, pp. 186, 388, 399, 400 y ss.

de hacerlo por normas generales, es alto.

En este sentido, el carácter previo de las decisiones que imponen penas ante la comisión de ciertos hechos –y, correlativamente, las normas que las eximen– encuentran sentido en tanto aseguran la imparcialidad de trato.

El mismo RG reconoce en otras partes de su libro, al intentar posibles modos de justificar el reproche penal, que los propios ciudadanos deberían tomar protagonismo para diseñar qué respuestas darán a quienes no respeten las reglas colectivas. Y esa fuerza de validez reside en que todos sabrían que sanción les correspondería en caso de violarlas, y a la vez el resto también conocería cuáles son las consecuencias que se han previsto de modo colectivo para aquéllos que nos las cumplen.

En este sentido, del “carácter previo” de las normas penales deriva gran parte del potencial igualador que deriva del desconocimiento de quiénes serán los infractores a las normas penales: sea quien fuere quien cometa tal o cual hecho, será sancionado de esta forma.

En el caso de la ley de caducidad, por el contrario, la decisión de “perdonar” o, estrictamente, “renunciar a la potestad punitiva” fue hecha cuando ya se conocía quiénes eran los autores de los hechos y quiénes habían resultado víctimas de los mismos.

¿Cómo saber, entonces, que quienes optaron por no derogar la ley, no lo hicieron guiados por el propio interés? Para Rawls los principios de justicia surgían de seres racionales y mutuamente desinteresados, en el que ninguno de los participantes conociera su real posición en la distribución de ventajas sociales y contingencias naturales³.

¿Cuál podría ser la justificación, entonces, para que ciertos sectores de la población no afectados directamente por los crímenes y que previamente consideraban reprochables ciertos hechos, impongan sus preferencias de “perdón” o “renuncia a la persecución penal” a otros que sí han resultado particularmente perjudicados, vulnerados y excluidos por los hechos delictivos en cuestión?

Ello se parece bastante a los motivos que Nino consideraba inaceptables: “esto está mal, pero no está tan mal cuando no se me hace a mí”.

Por supuesto que tampoco podemos concluir que toda víctima directa de las violaciones a derechos humanos se pronunció por la derogación de amnistía, ni a la inversa. Pero no es posible pasar por alto tan livianamente el hecho que la consulta popular sobre una determinada respuesta estatal se dio, no sólo ante una regla ya sancionada, sino en momentos en que cada participante ya conocía su posición específica sobre los hechos a decidir. Ese conocimiento atenta contra la garantía de imparcialidad que debía guiar el proceso de decisión que Nino tenía en mente.

La ley de caducidad tampoco respeta el principio de universalidad.

Aún si entendiéramos que no hay ningún inconveniente en que una determinada comunidad política decida perdonar conductas con posterioridad a los hechos

³ Rawls, John, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, 1971, reimpresión 2005, p. 19

penalmente tipificados, para ser imparcial –y por lo tanto, moralmente aceptable– el perdón debería ser de carácter general. De lo contrario, debería brindaremos suficientes razones para que ello no fuera así.

En el caso de la Ley de Caducidad, la ley no derogó delito alguno a futuro. Las acciones en juego continúan siendo reprochables penalmente y hacen pasibles de pena a quien las cometa en la actualidad.

Lo que vino a hacer la ley de caducidad, pues, fue establecer una amnistía en base a un recorte temporal y personal específico: su aplicación ese restringía a los delitos cometidos hasta el 1º de marzo de 1985 por funcionarios militares y policiales, equiparados y asimilados por móviles políticos o en ocasión del cumplimiento de sus funciones y en ocasión de acciones ordenadas por los mandos que actuaron durante el período de facto.

Desde esta óptica, no se advierte como la Ley de Caducidad respetaría el principio de universalidad, que exige que se aplique la misma respuesta normativa a todo aquel que incurra en un determinado hecho, sin que pueda distinguirse en virtud de calidades personales. Especialmente si aquél que es perdonado, goza de privilegios o detenta privilegios para imponer su voz en el debate público.

¿Esto implica que cualquier ley de amnistía, sin importar el estándar democrático, es inválida? No es eso lo que queremos decir. Pero sin dudas quien propugna la validez de normas que violan el carácter previo y la generalidad de trato, son quienes tienen que darnos razones para afirmar que tales normas deben ser consideradas imparciales, moralmente aceptables, y, por lo tanto, válidas.

Mientras tanto, estrictamente desde la teoría de la democracia deliberativa de Nino, deberíamos considerar que tales normas no están dotadas de alta gradación democrática, y que por lo tanto su validez resulta cuestionable, contrariamente a lo que parece concluir RG.

En lo restante, el ejercicio más general que nos propone RG –preguntarnos sobre la validez de las normas penales a partir del proceso democrático que precedió a su creación– resulta altamente convocante y sin dudas, constituye un desafío al que el derecho penal no está acostumbrado. Ese valiosísimo aporte que realiza RG en este capítulo no se ve en un ápice empañado por las críticas que señalamos en este comentario.

Bibliografía

Nino, Carlos, *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2007.

La Constitución de la democracia deliberativa, Barcelona, Ed Gedisa, 1996.

Rawls, John, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, 1971, reimpresión 2005.