

# El derecho internacional de los derechos humanos: ¿límite o elemento constitutivo de la democracia? –A propósito de la transición uruguaya a la democracia–

International human rights law: a limiting or constituent element of democracy? About the Uruguayan transition to democracy

O direito internacional dos direitos humanos: ¿límite ou elemento constitutivo da democracia? A propósito da transição uruguia à democracia

---

TATIANA RINCÓN-COVELLI\*

Universidad Autónoma Metropolitana de México

FECHA DE RECEPCIÓN: 3 DE JUNIO DE 2012 • FECHA DE APROBACIÓN: 19 DE JULIO DE 2012

*Mientras que varios hombres reunidos se consideren como un solo cuerpo, no tienen más que sólo una voluntad, que se refiere a la común conservación y al bienestar general.<sup>1</sup>*

## RESUMEN

La idea de la voluntad del pueblo como expresión de la soberanía es propia de la teoría política que busca explicar el origen del Estado moderno liberal. La compatibilidad entre la libertad individual de sujetos considerados iguales y el ejercicio del poder político requiere pensar a los ciudadanos como sujetos libres, y esto se logra cuando el poder que se ejerce sobre ellos se concibe como un poder que nace solo de los propios ciudadanos. En la concepción individualista de la democracia, los derechos de los individuos son anteriores y tienen primacía sobre la pertenencia a la sociedad. Sin embargo, no es necesario asumir esta concepción para defender esa primacía. Se la puede defender solo respecto de las decisiones de la sociedad. Desde esta posición, es posible concebir el conflicto entre soberanía popular y derechos humanos. La transición política uruguaya ejemplifica esa posibilidad. A través

\* Doctora en Derechos Fundamentales de la Universidad Carlos III de Madrid, DEA en Lógica, Historia y Filosofía de la Ciencia de la UNED-Madrid y acaba de terminar su estancia posdoctoral en la UAM-México en temas de justicia transicional, bajo la tutoría del Dr. Jesús Rodríguez Zepeda. Ha escrito sobre derechos humanos, justicia transicional y filosofía política. El presente artículo forma parte de la investigación adelantada por la autora en su estancia posdoctoral. Correo electrónico: tatusca@hotmail.com

<sup>1</sup> Rousseau, Jean-Jacques, *Del contrato social - Discurso sobre las ciencias y las artes - Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres*, Alianza Editorial, Madrid, 1980 [1762], p.105.

de un referéndum y un plebiscito convocados por la propia sociedad, la mayoría avaló la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, que impide los juicios por los graves crímenes cometidos durante la dictadura. La Corte IDH declaró, en el 2011, que esa decisión popular violaba la CADH y que la soberanía popular está sujeta a los límites que le imponen los derechos humanos. Los análisis de esta decisión se han centrado en la obligación del Estado de acatarla, pero no en lo que ella significa para la comprensión contemporánea de la democracia. Eso es lo que pretendo hacer en este artículo, a través de dos tesis: el conflicto se mantiene si el concepto de democracia es un concepto procedimental; y la Corte IDH ofrece un concepto que abre un camino a la solución del conflicto.

**Palabras clave:** transición política uruguaya, democracia y ejercicio de los derechos humanos, límites a la soberanía popular, democracia en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, derechos humanos y regla de la mayoría.

## ABSTRACT

The idea of the will of the people as an expression of sovereignty is typical of the political theory that seeks to explain the origin of the modern liberal state. The compatibility between the individual freedom of subjects considered equal and the exercise of political power needs to think of citizens as free subjects, and this is achieved when the power exercised over them is seen as a power that comes only from the citizens themselves. In the individualist conception of democracy, the rights of individuals are older and have precedence over membership in the society. However, it is not necessary to commit to this conception to defend the primacy of the rights. It can be defended only on the decisions of the society. From this position a potential conflict between popular sovereignty and human rights is conceivable. The Uruguayan political transition exemplifies this possibility. Through both a referendum and a plebiscite called by the civil society, the majority endorsed the Law of Caducity of the Punitive Claim of the State that prevents prosecution of serious crimes committed during the dictatorship. The ICHR declared in 2011 that this decision violated the ACHR and that popular sovereignty is subject to the limits imposed by human rights. The analyses of the decision have focused on the obligation of the State of Uruguay to fulfill it, but not on what it means to the contemporary understanding of democracy. This is what I intend to do in this article, through two theses: i) the conflict remains if the concept of democracy is a procedural concept, and ii) the ICHR offers a concept that opens a path to the resolution of the conflict.

**Key words:** Uruguayan political transition, democracy and exercise of human rights, limits on popular sovereignty, democracy in the jurisprudence of the Inter-American Court, human rights and majority rule.

## RESUMO

A ideia da vontade do povo como expressão da soberania é própria da teoria política que busca explicar a origem do Estado moderno liberal. A compatibilidade entre a liberdade individual de sujeitos considerados iguais, e o exercício de poder político, requiere pensar aos cidadãos como sujeitos livres e isso é possível quando o poder que é exercido sobre eles se concebe como um poder que nasce só dos próprios cidadãos. Na concepção individualista da democracia, os direitos dos indivíduos são anteriores e tem primazia sobre a pertença à sociedade. No entanto, não é necessário assumir esta concepção para defender essa primazia;

Para citar este artículo: Rincón-Covelli, Tatiana, "El derecho internacional de los derechos humanos: ¿límite o elemento constitutivo de la democracia? –A propósito de la transición uruguaya a la democracia–", *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 2012, 14, (2), pp. 71-106.

pode se defender só em relação das decisões da sociedade. Desde esta posição é possível conceber o conflito entre soberania popular e direitos humanos. A transição política uruguaia exemplifica essa possibilidade. Através de um referendun e um plebiscito, convocados pela própria sociedade, a maioria avalizou a Lei de Caducidade da Pretensão Punitiva do Estado que impede os juízos pelos graves crimes cometidos durante a ditadura. A Corte IDH declarou, no ano 2011, que essa decisão popular infringia a CADH e que a soberania popular está sujeita aos limites que lhe impõem os direitos humanos. As análises desta decisão têm se centrado na obrigação do Estado de acatá-la; mas não no que ela significa para a compreensão contemporânea da democracia. É o que se pretende fazer neste artigo, através de duas teses: o conflito se mantém se o conceito de democracia é um conceito procedimental; e a Corte IDH oferece um conceito que abre um caminho à solução do conflito.

**Palavras chave:** Transição política uruguaia, democracia e exercício dos direitos humanos, limites à soberania popular, a democracia na jurisprudência da Corte Interamericana, os direitos humanos e a regra da maioria.

## Introducción

La idea de la *voluntad del pueblo* como expresión de la soberanía es propia de la teoría política interesada en explicar el origen del Estado moderno liberal. La compatibilidad entre la libertad individual de sujetos considerados iguales y el ejercicio del poder político requiere pensar a los ciudadanos como sujetos libres, y esto se logra cuando el poder que se ejerce sobre ellos se concibe como un poder que nace solo de los propios ciudadanos. Como señaló Jean-Jacques Rousseau, “habiendo nacido todo hombre libre y dueño de sí mismo, nadie puede, bajo el pretexto que sea, someterlo sin su consentimiento”.<sup>2</sup> La idea de una voluntad política que encarna la *voluntad de todos* –entendidos como comunidad política y, en esa medida, más allá de intereses o preferencias particulares– es la que se recoge en el concepto de *voluntad general*, a la que el ciudadano se somete sin perder su libertad, porque ella expresa su propia voluntad.<sup>3</sup> La identificación del pueblo con el soberano político produce, a su vez, una identificación entre la democracia y el ejercicio del poder político por el pueblo, con una particularidad: el pueblo no se concibe orgánica ni corporativamente, sino

<sup>2</sup> Ibíd., p. 109. En John Locke, también encontramos la invocación del consentimiento de los individuos libres para dar forma a la comunidad política y a las decisiones adoptadas por ella. Ver Locke, John, *Ensayo sobre el gobierno civil*, Gernika, México, 1995 [1689], cap. VIII.

<sup>3</sup> Rousseau lo expresa de esta manera: “Cuando se propone una ley en la asamblea del pueblo, lo que se les pide no es precisamente si aprueban la proposición o la rechazan, sino si es conforme o no con la voluntad general que es la suya” (Rousseau, *Del contrato social...*, óp. cit., p. 109).

como el conjunto de individuos libres e iguales. La democracia moderna nace, como ha dicho Norberto Bobbio, de una concepción individualista de la sociedad, conforme a la cual la sociedad política “es un producto artificial de la voluntad de los individuos”.<sup>4</sup> Aun cuando esta concepción ha sido objeto de críticas y revisiones teóricas,<sup>5</sup> resulta vital para plantear y entender la cuestión que interesa a este artículo: la relación entre ejercicio de la democracia y garantía de los derechos humanos.

En la concepción individualista de la democracia, los derechos atribuidos a los individuos cumplen un papel esencial en la justificación de las instituciones y la acción políticas: se conciben anteriores a la sociedad y tienen primacía sobre la sociedad y sobre la pertenencia a esta, incluso cuando se trata de sociedades que ofrecen las condiciones ideales de ejercicio de esos derechos. Esta es una tesis radical de la doctrina de la primacía de los derechos humanos reconstruida por uno de sus críticos, Charles Taylor.<sup>6</sup> Sin embargo, no es necesario comprometerse con ella para defender esa primacía. Se la puede defender respecto de las *decisiones* de la sociedad y no de la pertenencia en sí a una sociedad. Es lo que está implícito en la defensa que John Stuart Mill hace de la libertad de pensamiento y de la elección del propio proyecto de vida frente a la opinión de la mayoría.<sup>7</sup> Desde una posición como la de Mill, es posible concebir que las decisiones de la sociedad y los derechos y libertades individuales entran en conflicto, y, por lo tanto, que el conflicto entre el ejercicio de la soberanía popular y los derechos humanos es posible.<sup>8</sup> A pesar de la intuición de Rousseau, no toda expresión de la voluntad general sería *necesariamente* compatible con la garantía de las libertades fundamentales y los derechos humanos.<sup>9</sup>

<sup>4</sup> Bobbio, Norberto, *El futuro de la democracia*, FCE, México, 1986, p. 17.

<sup>5</sup> Ver, entre otros, Bobbio, *ibíd.*; y Taylor, Charles, “El atomismo”, en *La libertad de los modernos*, Amorrortu Editores, Buenos Aires, 2005.

<sup>6</sup> Taylor, *ibíd.*

<sup>7</sup> Mill, John Stuart, *Sobre la libertad*, Ediciones Orbis, Madrid, 1980 [1859].

<sup>8</sup> Sobre la existencia de este conflicto, puede verse Habermas, Jürgen, “Derechos humanos y soberanía popular. Las versiones liberal y republicana”, en AA. VV., *La democracia en sus textos*, Alianza Editorial, Madrid, 2007, pp. 267-280.

<sup>9</sup> Rousseau consideraba que al dar su sufragio cada uno dice su opinión sobre si la ley es conforme o no con la voluntad general. De este modo, la declaración de la voluntad general se saca del cálculo de los votos y, por lo tanto, “cuando la opinión contraria a la mía prevalece, esto no prueba otra cosa sino que yo me había equivocado, y que lo que yo estimaba que era la voluntad general no lo era. Si mi opinión particular hubiera vencido, yo habría hecho otra cosa distinta de lo

La transición política uruguaya a la democracia ejemplifica, en principio, la posibilidad de ese conflicto. A través de un referéndum y de un plebiscito convocados autónomamente por la propia sociedad y realizados en años distintos, la mayoría de la sociedad uruguaya avaló, en democracia, la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado (“Ley de Caducidad”), que impide a las autoridades judiciales investigar y procesar a los autores de graves crímenes cometidos durante la dictadura que gobernó el país de 1973 a 1985. En una sentencia de febrero de 2011, la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró, sin embargo, que esa decisión popular violaba la Convención Americana de Derechos Humanos y que la Ley de Caducidad no podía producir ningún efecto jurídico.<sup>10</sup> Para la Corte, la soberanía popular está sujeta a los límites que le imponen los derechos humanos fundamentales, entre ellos, el derecho a la justicia retributiva penal en casos de graves violaciones de derechos humanos y, por lo tanto, no es absoluta.

La decisión de la Corte Interamericana, aun cuando referida al proceso transicional uruguayo, plantea un problema general: ¿hasta dónde puede llegar el ejercicio de la soberanía popular en la era de los derechos humanos? La cuestión es, entonces, si existen límites al soberano popular en los regímenes democráticos y si esos límites están dados o no por los derechos humanos. Una cuestión derivada es si la existencia de esos límites implica o no una transformación del concepto mismo de soberanía popular. Hasta ahora, los análisis de la decisión de la Corte se han centrado en la obligación que el Estado de Uruguay tiene de acatarla, pero no hay un análisis sobre lo que ella significa para la comprensión de las democracias en los Estados de derechos. Ese análisis es el que pretendo hacer en este artículo mediante el desarrollo de dos tesis. La primera, que el conflicto entre democracia y derechos humanos se mantiene solo si el *concepto* de democracia es un concepto procedimental de regla de mayorías. Y la segunda, que la Corte ha construido, precisamente, un concepto de democracia que modifica la idea mantenida, hasta ahora, como adecuada al sentido común político de las sociedades modernas occidentales del carácter definitorio de la democracia que tiene la regla de la mayoría, y esa modificación abre un camino

que hubiera querido, y entonces es cuando no habría sido libre” (Rousseau, *Del contrato social...*, óp. cit., pp. 109-110).

<sup>10</sup> Corte IDH, Caso Gelman vs. Uruguay, sentencia de 24 de febrero de 2011, serie C N° 221.

a la solución del conflicto que permite conciliar democracia y derechos humanos. Para desarrollar el análisis y fundamentar las dos tesis, el artículo está organizado de la siguiente forma: 1) una presentación sucinta de la transición política uruguaya; 2) la reconstrucción del concepto de democracia que la Corte ha venido haciendo explícito en su jurisprudencia; 3) una comparación entre este concepto y el concepto procedimental de democracia que descansa en la regla de la mayoría, con el fin de encontrar elementos que permitan articular un concepto de democracia inclusivo tanto de la soberanía popular como de la garantía de derechos humanos; y 4) como conclusión, una reflexión final sobre el sentido de la decisión de la Corte en el contexto político uruguayo.

## 1. La transición política uruguaya

Al igual que otros países del Cono Sur, Uruguay vivió entre 1973 y 1985 bajo un régimen autoritario que se caracterizó por la comisión masiva y sistemática de graves violaciones de derechos humanos.<sup>11</sup> Los estudiosos de la dictadura uruguaya han destacado, no obstante, algunas de sus particularidades. La primera de ellas, la forma en que se produjo el golpe de Estado. A diferencia de Argentina, Chile y Brasil, el golpe del 27 de junio de 1973 fue dado conjuntamente por las Fuerzas Armadas y el presidente electo en 1971, Juan María Bordaberry, después de un período de extrema tensión, progresivo deterioro del Estado de derecho y rebeldía de los militares frente a decisiones del ejecutivo.<sup>12</sup> Esta característica ha llevado

<sup>11</sup> La dictadura uruguaya formó parte, además, de la Operación Cóndor, en la que participaron las dictaduras de Chile, Argentina, Paraguay, Brasil y Bolivia. Esta Operación tuvo por finalidad, entre otras, establecer la coordinación de las actividades de inteligencia de las dictaduras del Cono Sur y de sus fuerzas militares para vigilar, perseguir, capturar, torturar, ejecutar y/o desaparecer, en el territorio de cualquiera de los Estados, a quienes los regímenes consideraban subversivos o contrarios al orden político e ideológico impuesto por la dictadura. Al respecto, puede verse, Uruguay, Sentencia de segunda instancia: Bordaberry y Juan Carlos Blanco, sentencia N° 136, Alfredo Gómez Tedeschi, Montevideo, 1° de junio de 2007; Corte IDH, Caso Gelman vs. Uruguay, óp. cit., párrs. 44 a 63; Corte IDH, Caso Goiburú y otros vs. Paraguay, sentencia de 22 de septiembre de 2005, serie C N° 153, párrs. 61.5 a 61.8; y McSherry, J. Patrice, *Los Estados depredadores: la Operación Cóndor y la guerra encubierta en América Latina*, Ediciones de la Banda Oriental, Montevideo, 2009.

<sup>12</sup> Al respecto, Mallinder, Louise, "Uruguay's Evolving Experience of Amnesty and Civil Society's Response", *Transitional Justice Institute*, March 16, 2009, University of Ulster, pp. 7-9, in <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1387362](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1387362)>, consulta del 19 de diciembre de 2011.

a hablar, en relación con Uruguay, de una “dictadura cívico-militar”, que se prolongó hasta el 1º de marzo de 1985, cuando se inicia el proceso de transición política a la democracia.<sup>13</sup> Con el golpe de Estado, las cámaras de senadores y de representantes fueron disueltas y se creó un Consejo de Estado con funciones legislativas, encargado de elaborar un anteproyecto de reforma constitucional y de controlar al poder ejecutivo.<sup>14</sup> El mismo decreto que disolvió las cámaras legislativas prohibió la divulgación por la prensa oral, escrita o televisada de todo tipo de información, comentario o grabación, que, directa o indirectamente, mencionara o se refiriera a lo dispuesto en el decreto atribuyendo propósitos dictatoriales al gobierno. Una segunda particularidad de la dictadura uruguaya tuvo que ver con los métodos usados por el régimen. Como han señalado varios autores,<sup>15</sup> aun cuando Uruguay no sufrió la magnitud de desapariciones forzadas y ejecuciones extrajudiciales que marcaron otras dictaduras del Cono Sur, sí vivió bajo un régimen de terror que tuvo su mayor expresión en la masividad, sistematicidad y atrocidad de la tortura, y en la masividad de la privación arbitraria de la libertad, al punto de ser considerado, en su momento, el país con el porcentaje per cápita más alto de prisioneros políticos en el mundo.<sup>16</sup> La dictadura uruguaya empleó otros métodos de control y terror, como el debilitamiento progresivo de las garantías judiciales, la subordinación de los jueces al poder ejecutivo, el despido masivo de funcionarios considerados no afectos o peligrosos para el régimen, la cancelación de pasaportes a nacionales uruguayos para impedir su salida del país, la prohibición de partidos políticos, el control de universidades, colegios y currículos, y una fuerte censura de los medios de comunicación. Alexandra Barahona de Brito considera que la forma en que se ejerció el control y el terror sobre

<sup>13</sup> Ver Errandonea, Jorge, “Justicia transicional en Uruguay”, *Revista IIDH*, 2008, 47, pp. 13-69; Galain Perdomo, Pablo, “The Prosecution of International Crimes in Uruguay”, *International Criminal Law Review*, 2010, (10), pp. 601-618, p. 601; y Mallinder, “Uruguay’s Evolving...”, óp. cit., pp. 7-8.

<sup>14</sup> Ver Uruguay, Decreto 464 de 27 de junio de 1973.

<sup>15</sup> Barahona de Brito, Alexandra, “Truth and Justice in the Consolidation of Democracy in Chile and Uruguay”, *Parliamentary Affairs*, 1993, 46, (4), pp. 579-593; Lessa, Francesca, “No hay que tener los ojos en la nuca: The Memory of Violence in Uruguay, 1973-2010”, en Lessa, Francesca & Druliolle, Vincent (eds.), *The Memory of State Terrorism in the Southern Cone: Argentina, Chile and Uruguay*, Palgrave Macmillan, New York, 2011, pp. 179-208; y Mallinder, “Uruguay’s Evolving...”, óp. cit., pp. 8-9.

<sup>16</sup> Ver Sondrol, Paul C., “1984 Revisited? A Re-Examination of Uruguay’s Military Dictatorship”, *Bulletin of Latin America Research*, 1992, 11, (2), p. 196.

la sociedad uruguaya durante el régimen autoritario permite hablar de una experiencia “totalitaria”, distinta a la vivida en otros países bajo dictadura como Chile o Argentina.<sup>17</sup>

Al lado de estas particularidades del régimen, la transición política a la democracia se caracterizó en Uruguay también por elementos propios, determinados en gran parte por la forma en que se ejerció el control y el terror contra la población. Mallinder y Barahona de Brito coinciden en señalar, al respecto, la debilidad del movimiento social y del movimiento de derechos humanos cuando se inicia la transición y la falta de acompañamiento de la comunidad internacional durante los primeros años.<sup>18</sup> Esta debilidad se reflejó en la forma en que los primeros gobiernos en democracia afrontaron las graves, masivas y sistemáticas violaciones de derechos humanos cometidas por la dictadura. En lo que tiene que ver con el tema de este artículo, conviene resaltar, igualmente, el momento y la forma en que el régimen inicia su declive. El 30 de noviembre de 1980 la dictadura sometió a plebiscito una propuesta de reforma constitucional que buscaba institucionalizar el modelo de ejercicio autoritario del poder impuesto a partir del golpe de 1973 y afianzado durante los años siguientes. Para sorpresa de los militares, y a pesar del régimen de terror al que había sido sometida la sociedad uruguaya, el resultado fue abiertamente contrario a la pretensión de la dictadura: el 56,83% de los uruguayos y uruguayas votó por el NO.<sup>19</sup>

La decisión popular contra la permanencia de la dictadura abrió el camino hacia el regreso a un gobierno civil y a la democracia, en una forma pactada entre las Fuerzas Armadas y los partidos políticos. Si bien el pacto político hacia la transición no fue exclusivo del proceso uruguayo,<sup>20</sup> sí parece haberlo sido su incidencia en el modelo transicional adoptado por el primer gobierno democrático.<sup>21</sup> Pablo Galain ha dividido el proce-

<sup>17</sup> Barahona de Brito, “Truth and Justice...”, óp. cit.

<sup>18</sup> Barahona de Brito, *ibíd.*; y Mallinder, “Uruguay’s Evolving...”, óp. cit.

<sup>19</sup> El 42,51% votó por el SÍ y hubo un 0,66% de votos en blanco. Ver Uruguay Educa, Portal Educativo de Uruguay, Administración Nacional de Educación Pública, *Plebiscito de 1980, campaña del “SÍ”*, en <<http://www.uruguayeduca.edu.uy/Portal.Base/Web/verContenido.aspx?ID=139331>>, consulta del 19 de diciembre de 2011.

<sup>20</sup> La transición chilena fue también una transición pactada entre las fuerzas militares y los partidos de oposición. Ver Zalaquett, José, “Procesos de transición a la democracia y políticas de derechos humanos en América Latina”, en Gonzales Volio, Lorena (ed.), *Presente y futuro de los derechos humanos: ensayos en honor a Fernando Volio Jiménez*, IIDH, San José, 1998, pp. 105-132, p. 115.

<sup>21</sup> Los estudiosos de la transición uruguaya tienden a hablar de pactos secretos que habrían

so transicional de Uruguay en tres momentos: a) de olvido y amnistía: de 1985 al 2000; b) de un intento por establecer la verdad y por alcanzar la reconciliación: 2000-2005; y c) de persecución penal: 2005-hasta hoy.<sup>22</sup> La periodización de Galain muestra que en su inicio la transición uruguaya, a pesar de inscribirse en el segundo gran momento de la justicia transicional en el siglo XX, no apostó por la justicia penal y tampoco lo hizo por la verdad.<sup>23</sup> Similar a lo que había sucedido en la transición política española, el foco del primer gobierno de la transición en Uruguay estuvo en la adopción de una serie de medidas de reparación que no reconocían a las víctimas como víctimas del régimen, sino como víctimas de una guerra interna.<sup>24</sup> Algunas de esas medidas fueron la creación de condiciones políticas, sociales y económicas para el regreso de las personas exiliadas, la restitución en sus cargos de las personas destituidas por la dictadura y la adopción de una ley de amnistía general por delitos políticos y conexos (Ley 15.737 de 8 de marzo de 1985), que permitió a una parte numerosa de presos políticos salir de la cárcel.<sup>25</sup> La preocupación del primer gobierno de transi-

incluido, expresa o implícitamente, el compromiso del gobierno transicional de no propiciar una política de juicios. Ver, por ejemplo, Errandonea, "Justicia transicional en Uruguay", óp. cit., pp. 17-18; y Zalaquett, "Procesos de transición...", óp. cit., p. 115. Esta es, según Zalaquett, una diferencia del proceso de transición uruguayo con el chileno.

<sup>22</sup> Cf. Galain Perdomo, "The Prosecution...", óp. cit. Sobre el olvido, como apuesta del primer gobierno de transición en Uruguay, véase también Lessa, Francesca, "The Missing Memory of Transitional Justice: Past Violence in Argentina and Uruguay", in Department of International Relations, *LSE (London) ISA-ABRI Joint International Meeting - Diversity and Inequality in World Politics WC15, Peacebuilding Mechanisms of Justice, Education and Religion*, 2009.

<sup>23</sup> De acuerdo con la genealogía de la justicia transicional reconstruida por Ruti Teitel, las transiciones políticas de países del Cono Sur, como Argentina y Chile, se ubican en un segundo momento de transiciones, comprometidas, principalmente, con el esclarecimiento de la verdad. Se trata de las transiciones que dieron forma a las comisiones de la verdad como mecanismos de justicia transicional. Ver Teitel, Ruti, "Transitional justice genealogy", *Harvard Human Rights Journal*, 2003, 16, pp. 69-94. Este segundo momento, o fase, de la justicia transicional se corresponde, en parte, con la "tercera ola" de transiciones a la democracia, según la caracterización de Huntington. Ver Huntington, Samuel P., *La tercera ola: la democratización a finales del siglo XX*, Editorial Paidós, Buenos Aires, 1994.

<sup>24</sup> Sobre esta lectura de la memoria inicial de la transición uruguaya, puede verse Lessa, "The Missing Memory...", óp. cit., pp. 19-21. Sobre las características de la transición política en España, en perspectiva comparada con América Latina, puede verse Aguilar, Paloma, "Transitional Justice in the Spanish, Argentinian and Chilean Case", en *International Conference Building a Future on Peace and Justice, Study "Workshop 10-Alternative Approaches to Dealing with the Past" Report*, Nuremberg, June 2007, in <[http://humansecuritygateway.com/documents/PJC\\_SpainArgentinaChile\\_TJcasesudies.pdf](http://humansecuritygateway.com/documents/PJC_SpainArgentinaChile_TJcasesudies.pdf)>, consulta del 19 de diciembre de 2011.

<sup>25</sup> Para una presentación detallada de las medidas de reparación adoptadas por el primer gobierno de transición en Uruguay, véase Errandonea, "Justicia transicional en Uruguay", óp. cit., pp. 48-49.

ción no fue, por lo tanto, la de esclarecer lo que había sucedido y, menos, la de promover el enjuiciamiento de los responsables de los crímenes de la dictadura.<sup>26</sup> Vale la pena señalar, sin embargo, que la Ley de Amnistía de marzo de 1985 excluía expresamente de su aplicación los delitos cometidos por funcionarios policiales o militares, equiparados o asimilados, que fueran autores, coautores o cómplices de tratamientos inhumanos, crueles o degradantes, o de la detención de personas luego desaparecidas.<sup>27</sup> Como ha dicho Francesca Lessa, aun cuando el gobierno transicional no impulsó, en un primer momento, una política de juicios por los crímenes del pasado (como sí lo hizo, para la misma época, el presidente Raúl Alfonsín en Argentina), tampoco tomó, inicialmente, medidas para impedir que los juicios se llevaran a cabo.<sup>28</sup> La presentación a las cámaras del proyecto de ley aprobado el 22 de diciembre de 1986 como Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado fue el producto de la fuerte presión de los militares, quienes públicamente amenazaron con no comparecer ante los jueces que habían iniciado algunos procesos por graves crímenes cometidos por la dictadura.<sup>29</sup>

Con la adopción de la Ley de Caducidad, el gobierno uruguayo de transición se situó, finalmente, del lado de los Estados que, en el Cono Sur, optaron por amnistiar y/o indultar los graves crímenes cometidos por los regímenes autoritarios.<sup>30</sup> Su decisión tuvo un componente adicional,

<sup>26</sup> En 1985, se crearon dos comisiones de investigación en el legislativo. La primera fue la comisión para investigar la situación de las personas desaparecidas y los hechos que la motivaron, que entregó su informe en noviembre de 1985 y lo remitió a los jueces ordinarios. La otra comisión se centró en la investigación del secuestro y asesinato de los representantes Zelmar Michelini y Héctor Gutiérrez Ruiz, y entregó también su informe. A pesar de ser comisiones del legislativo, ninguno de los informes recibió un reconocimiento oficial de parte del gobierno del presidente Sanguinetti.

<sup>27</sup> Cf. Uruguay, *Ley 15.737 de 8 de marzo de 1985*, artículo 5°.

<sup>28</sup> Cf. Errandonea, "Justicia transicional en Uruguay", óp. cit., p. 19; y Lessa, "The Missing Memory...", óp. cit.

<sup>29</sup> En diciembre de 1986, estaban en conocimiento de los jueces 734 casos de graves crímenes cometidos por la dictadura. Ver Lessa, *ibíd.*, p. 9.

<sup>30</sup> Entre esos Estados, estaban, para el momento de adopción de la Ley de Caducidad: Brasil, que había aprobado, bajo dictadura, la Ley 6.683 de 28 de agosto de 1979, a través de la cual se amnistiaban los delitos políticos cometidos tanto por particulares como por servidores públicos; Chile, en donde la Junta de Gobierno presidida por Augusto Pinochet había aprobado el Decreto Ley de Amnistía 2.191 de 18 de abril de 1978, que amnistiaba a todas las personas que hubieran cometido delitos de carácter político durante la vigencia del Estado de Sitio, comprendido entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978; y Argentina, en donde, antes del regreso a la democracia, los militares habían logrado la aprobación de la Ley 22.924 de 23 de marzo de 1983, que amnistiaba a particulares y a servidores públicos por graves delitos cometidos entre el 25 de mayo de 1973 y

por lo menos respecto de Argentina: no promover mecanismos de esclarecimiento sobre lo sucedido durante la dictadura, como una comisión de la verdad o una comisión de esclarecimiento histórico. El uso de este tipo de mecanismos fue tardío en Uruguay. La Comisión para la Paz, cuyo mandato fue el de determinar la situación de las personas desaparecidas durante la dictadura, incluidos los menores desaparecidos, se creó en el 2000, quince años después de iniciada la transición a la democracia.<sup>31</sup> En su informe, del 10 de abril de 2003, la Comisión reconoció que las torturas, las muertes causadas por tortura y las desapariciones forzadas de las que había tenido conocimiento habían sido cometidas por militares y policías. Fue el primer pronunciamiento público y oficial en que se hacía este tipo de reconocimientos.<sup>32</sup>

El vínculo entre este esfuerzo por conocer la verdad y la búsqueda de justicia penal ha sido aún más tardío en Uruguay. Galain ubica el impulso de la persecución penal en los años 2005-2010, durante el gobierno del

el 17 de junio de 1982. Raúl Alfonsín logró su derogación el mismo año 1983 con la Ley 23.040, pero el 24 de diciembre de 1986 promulgó la Ley 23.492 o “Ley de Punto Final” que establecía la caducidad de la acción penal contra los autores de graves crímenes cometidos por la dictadura. La Ley 15.848 del 22 de diciembre de 1986, publicada en el *Diario Oficial* de Uruguay el 28 de diciembre de ese año, decía en su artículo 1º lo siguiente: “Reconócese que, 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, ha caducado el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado respecto de los delitos cometidos hasta el 1º de marzo de 1985 por funcionarios militares y policiales, equiparados 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”. Se excluían del alcance de este artículo: a) las causas en las que, a la fecha de promulgación de la ley, existiera auto de procesamiento; y b) los delitos que se hubieren cometido con el propósito de lograr, para su autor o para un tercero, un provecho económico (artículo 2º). La Ley 15.848 preveía, igualmente, un procedimiento que involucraba directamente al ejecutivo en la calificación de los hechos que caían bajo el artículo 1º. Así, el artículo 3º establecía lo siguiente: “A los efectos previstos en los artículos anteriores, el juez interviniente en las denuncias correspondientes, requerirá al poder ejecutivo que informe, dentro del plazo perentorio de treinta días de recibida la comunicación, si el hecho investigado lo considera comprendido o no en el artículo 1º de la presente ley. Si el poder ejecutivo así lo comunicare, el juez dispondrá la clausura y el archivo de los antecedentes. Si en cambio, no contestare o informa que no se haya comprendido dispondrá continuar la indagatoria. Desde la fecha de promulgación de esta ley hasta que el juez reciba la comunicación del poder ejecutivo quedan suspendidas todas las diligencias presuntales en los procedimientos mencionados en el inciso primero de este artículo”.

<sup>31</sup> La Comisión para la Paz fue creada mediante Resolución Presidencial 858 de 9 de agosto de 2000 y fue presidida por el Arzobispo de Montevideo, Monseñor Nicolás Cotugno.

<sup>32</sup> El Presidente de la República, Jorge Batlle, mediante Resolución 448 de 10 de abril de 2003, aceptó y asumió como versión oficial sobre la situación de los detenidos-desaparecidos las conclusiones del informe final de la Comisión para la Paz. Esta aceptación fue reafirmada en el Decreto 146 de 16 de abril de 2003, sobre “Conclusiones del informe final de la Comisión para la Paz”.

presidente Tabaré Vázquez,<sup>33</sup> y su continuidad en el gobierno del presidente José Mujica.<sup>34</sup> Como él resalta, la posibilidad de investigar penalmente los crímenes de la dictadura y de enjuiciar a sus autores ha dependido de una interpretación restrictiva de la Ley de Caducidad –tanto por los dos últimos gobiernos como por las autoridades judiciales–, que ha permitido explotar sus vacíos.<sup>35</sup> No obstante, la vigencia de esta Ley ha sido un obstáculo real para el ejercicio pleno del derecho de las víctimas a la justicia penal.

En 1989, después de que la Suprema Corte de Justicia declarara constitucional la Ley de Caducidad,<sup>36</sup> sectores de la sociedad uruguaya contrarios a esta (entre ellos, defensores y defensoras de derechos humanos, víctimas de la dictadura y dirigentes políticos) iniciaron la recolección de firmas con el objeto de organizar un referéndum que permitiera su derogatoria.<sup>37</sup> El referéndum se llevó a cabo el 16 de abril de 1989: el 56,65% de los uruguayos y uruguayas votó por la permanencia de la Ley y un 43,34% votó por su derogatoria. El efecto jurídico del resultado del referéndum fue la conservación de la vigencia de la Ley de Caducidad.<sup>38</sup> Un plebiscito, convocado también por varios sectores de la sociedad uruguaya y destinado, esta vez, a declarar la nulidad de los artículos 1º a 4º de la Ley por vía de una reforma constitucional, se realizó el 25 de octubre de 2009, el mismo

<sup>33</sup> Sobre la política de justicia transicional impulsada por el presidente Tabaré Vázquez, fundada en cuatro elementos: memoria, verdad, justicia y reparaciones, puede verse Errandonea, “Justicia transicional en Uruguay”, óp. cit., pp. 49-63; y Lessa, “The Missing Memory...”, óp. cit., pp. 12-13.

<sup>34</sup> Sobre el tardío inicio de los juicios penales en Uruguay, puede verse, además de Galain, a Sikkink, Kathryn & Booth Walling, Carrie, “La cascada de justicia y el impacto de los juicios de derechos humanos en América Latina”, *Cuadernos del CLAEH*, 2008, 1-2, (96-97), Montevideo, 2ª serie, año 31, pp. 15-40.

<sup>35</sup> Ver Galain Perdomo, “The Prosecution of International Crimes in Uruguay”, óp. cit., pp. 606-607. Aun con la vigencia de la Ley de Caducidad, las autoridades judiciales investigaron, enjuiciaron y condenaron, entre otros, a Juan María Bordaberry y a Juan Carlos Blanco Estradé, su Ministro de Relaciones Exteriores, por varios delitos de homicidio agravados y de desaparición forzada. Bordaberry fue también condenado por el golpe de Estado, usando la figura de “atentado contra la Constitución” prevista como tipo en el Código Penal uruguayo.

<sup>36</sup> Uruguay, sentencia de la Suprema Corte de Justicia, Montevideo, 2 de mayo de 1988. Esta posición fue modificada por la Suprema Corte en el Caso Nibia Sabalsagaray Curutchet, Sentencia 365, 19 de octubre de 2009, Montevideo.

<sup>37</sup> La convocatoria del referéndum se hizo con fundamento en el artículo 79 de la Constitución Política de Uruguay que contempla el recurso de referéndum contra las leyes de iniciativa del poder legislativo.

<sup>38</sup> Para la reconstrucción de este proceso, ver Errandonea, “Justicia transicional en Uruguay”, óp. cit., pp. 24-25.

día de la elección del Presidente y de las cámaras legislativas.<sup>39</sup> En esta ocasión, el SÍ por la anulación de los artículos de la Ley de Caducidad fue del 47,98% de los votos emitidos. Lo que evidenció el porcentaje de votos por el SÍ es que, de nuevo, la mayoría de las uruguayas y uruguayos dio su respaldo a la vigencia de la Ley de Caducidad. Es con posterioridad a esta decisión popular que el Caso Gelman llegó a la Corte Interamericana.

## 2. El concepto de democracia en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana empezó a definir con claridad los elementos de un concepto de democracia en la sentencia del Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica.<sup>40</sup> Sin embargo, en donde se refirió directamente, por primera vez, a la soberanía popular y a la democracia de mayorías (para controvertirla) fue en la sentencia del 24 de febrero de 2011, en el Caso Gelman vs. Uruguay. Teniendo en cuenta esta secuencia de las decisiones de la Corte, dividiré este acápite en dos puntos: i) el concepto asumido por la Corte antes de la sentencia en el Caso Gelman; y ii) el concepto a partir del Caso Gelman.

### 2.1. *Los elementos constitutivos del concepto de democracia antes del Caso Gelman*

En el Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, la Corte estableció, de manera expresa, un nexo íntimo entre derechos humanos y democracia. En concreto, se refirió al vínculo interno que existe entre la democracia y la libertad de expresión, señalando que “la libertad de expresión es un elemento fundamental sobre el cual se basa la existencia de una sociedad democrática”.<sup>41</sup> Según la Corte, sin una efectiva libertad de expresión, “la democracia se desvanece, el pluralismo y la tolerancia empiezan a quebrantarse, los mecanismos de control y denuncia ciudadana se empiezan

<sup>39</sup> La convocatoria del plebiscito se hizo con fundamento en el artículo 331 de la Constitución Política de Uruguay, que establece los procedimientos por medio de los cuales puede ser reformada la Constitución.

<sup>40</sup> Corte IDH, Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, sentencia de 2 de julio de 2004, serie C Nº 107.

<sup>41</sup> *Ibíd.*, párr. 112.

a tornar inoperantes y, en definitiva, se empieza a crear el campo fértil para que sistemas autoritarios se arraiguen en la sociedad".<sup>42</sup> Tres elementos más fueron incorporados en la sentencia del Caso Ricardo Canese *vs.* Paraguay. Aquí la Corte hizo referencia expresa al *sufragio individual* y a la formación de la *voluntad colectiva* a través del ejercicio del sufragio y del *debate* público de ideas e información. En esta sentencia, estableció un vínculo –interno a la democracia– entre ejercicio del sufragio individual, formación de la voluntad colectiva a través del ejercicio de dicho sufragio y a partir del debate público y ejercicio de las libertades de pensamiento y expresión:

La formación de la voluntad colectiva mediante el ejercicio del sufragio individual se nutre de las diferentes opciones que presentan los partidos políticos a través de los candidatos que los representan. El debate democrático implica que se permita la circulación libre de ideas e información respecto de los candidatos y sus partidos políticos por parte de los medios de comunicación, de los propios candidatos y de cualquier persona que desee expresar su opinión o brindar información. Es preciso que todos puedan cuestionar e indagar sobre la capacidad e idoneidad de los candidatos, así como disentir y confrontar sus propuestas, ideas y opiniones de manera que los electores puedan formar su criterio para votar. En este sentido, el ejercicio de los derechos políticos y la libertad de pensamiento y de expresión se encuentran íntimamente ligados y se fortalecen entre sí.<sup>43</sup>

En la sentencia del Caso Castañeda Gutman *vs.* México, la Corte reafirmó el vínculo íntimo que existe entre democracia y derechos humanos, y amplió la enunciación de los derechos que, según ella, son esenciales a la democracia: además de la libertad de pensamiento y expresión, y de los derechos políticos, consideró también la libertad de asociación y la libertad de reunión.<sup>44</sup> El énfasis en este caso fue, sobre todo, en los derechos

<sup>42</sup> *Ibíd.*, párr. 116.

<sup>43</sup> Corte IDH, Caso Ricardo Canese *vs.* Paraguay, sentencia de 31 de agosto de 2004, serie C Nº 111, párr. 90.

<sup>44</sup> Corte IDH, Caso Castañeda Gutman *vs.* Estados Unidos Mexicanos, sentencia de 6 de agosto de 2008, serie C Nº 184, párr. 140, en donde la Corte dice: "Los derechos políticos son derechos humanos de importancia fundamental dentro del sistema interamericano que se relacionan estrechamente con otros derechos consagrados en la Convención Americana como la libertad

políticos y en su vínculo estrecho con la democracia, caracterizada en esta sentencia como “democracia representativa”.<sup>45</sup> El detallado análisis que la Corte hizo del artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (derechos políticos) permite ampliar los elementos que ella considera constitutivos de la democracia. De acuerdo con la Corte:

El artículo 23 contiene diversas normas que se refieren a los derechos de la persona como ciudadano, esto es, como titular del proceso de toma de decisiones en los asuntos públicos, como elector a través del voto o como servidor público, es decir, a ser elegido popularmente o mediante designación o nombramiento para ocupar un cargo público. Además de poseer la particularidad de tratarse de derechos reconocidos a los ciudadanos, a diferencia de casi todos los demás derechos previstos en la Convención que se reconocen a toda persona, el artículo 23 de la Convención no sólo establece que sus titulares deben gozar de derechos, sino que agrega el término “oportunidades”. Esto último implica la obligación de garantizar con medidas positivas que toda persona que formalmente sea titular de derechos políticos tenga la oportunidad real para ejercerlos.<sup>46</sup>

En la democracia, las personas pueden, por lo tanto, actuar como ciudadanas, como votantes y como servidores públicos. Una democracia debe garantizar, además, que las personas puedan ejercer efectivamente esas calidades. Ahora, ¿cómo se ejercen? Según la Corte, los ciudadanos participan en y de las decisiones políticas en una democracia de maneras diversas: “Los ciudadanos tienen el derecho de participar activamente en la dirección de los asuntos públicos directamente mediante referendos, plebiscitos o consultas o bien, por medio de representantes libremente elegidos”.<sup>47</sup> Es decir, la Corte entiende la *democracia representativa* como

de expresión, la libertad de reunión y la libertad de asociación y que, en conjunto, hacen posible el juego democrático”.

<sup>45</sup> “En el sistema interamericano la relación entre derechos humanos, democracia representativa y los derechos políticos en particular, quedó plasmada en la Carta Democrática Interamericana, aprobada en la primera sesión plenaria del 11 de septiembre de 2001, durante el Vigésimo Octavo Período Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos” (CIDH, Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos, óp. cit., párr. 142).

<sup>46</sup> Corte IDH, Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos, íbid., párr. 145.

<sup>47</sup> Íbid., párr. 147.

una forma de democracia que incluye no solo mecanismos de representación, sino también mecanismos de participación directa de los ciudadanos (lo que en teoría política llamaríamos “democracia directa”).<sup>48</sup> Conforme a esta noción, el *voto de los ciudadanos* se convierte para la Corte en un elemento esencial de la democracia: “El derecho al voto es uno de los elementos esenciales para la existencia de la democracia y una de las formas en que los ciudadanos expresan libremente su voluntad y ejercen el derecho a la participación política. Este derecho implica que los ciudadanos pueden decidir directamente y elegir libremente y en condiciones de igualdad a quienes los representarán en la toma de decisiones de los asuntos públicos”.<sup>49</sup>

Así mismo, la participación política mediante el ejercicio del derecho a ser elegido supone, según la Corte, que los ciudadanos pueden postularse como candidatos en condiciones de igualdad y pueden ocupar los cargos públicos sujetos a elección cuando logran obtener la cantidad de votos necesarios para ello.<sup>50</sup> Adicionalmente, la Corte considera que el derecho y la oportunidad de votar y de ser elegido deben ejercerse conforme a ciertas condiciones: “Regularmente en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores”.<sup>51</sup> Por lo tanto, las elecciones periódicas y auténticas, al igual que un sufragio universal, igual y secreto, que refleje la libre expresión de la voluntad popular, son también un elemento de la democracia.

Con base en estas sentencias de la Corte Interamericana, podemos tratar de hacer una primera reconstrucción del concepto de democracia que ella había venido explicitando antes del Caso Gelman, y, para ello, señalo varias cosas: primero, la Corte adopta un concepto de democracia que, si bien denomina “democracia representativa”, integra instituciones tanto de una democracia representativa como de una democracia directa (referéndum, plebiscito, consultas). Segundo, para la Corte, la democracia

<sup>48</sup> Entiendo, con Bobbio (y para efectos del análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana), por democracia directa aquella en la que los individuos participan en primera persona en las deliberaciones que les atañen. Ver Bobbio, *El futuro de la democracia*, óp. cit., p. 39.

<sup>49</sup> Corte IDH, Caso Castañeda Gutman vs. México, óp. cit., párr. 147.

<sup>50</sup> *Ibíd.*, párr. 148.

<sup>51</sup> *Ibíd.*, párr. 149.

implica –como un elemento esencial– el ejercicio libre del derecho al voto por los ciudadanos, tanto para decidir directamente los asuntos políticos como para elegir libremente a sus representantes. Tercero, de acuerdo con la Corte, el derecho al voto debe ser entendido como el derecho al sufragio individual, universal, igual y secreto, que, además, debe poder ser ejercido –para elegir y ser elegido– a través de elecciones periódicas y auténticas. Cuarto, es a través del ejercicio del sufragio (individual, universal, igual y secreto) que, según la Corte, se forma la voluntad colectiva. Y, finalmente, la formación de esa voluntad colectiva requiere, además, el debate público y abierto de ideas e informaciones, y, en esa medida, es dependiente del ejercicio efectivo que los ciudadanos puedan hacer, entre otras, de las libertades de pensamiento y expresión.

Estos elementos coinciden, en lo fundamental, con los que integran la *definición procedimental de democracia* sobre la que, conforme con Juan Linz, existe un cierto consenso entre los teóricos políticos contemporáneos. Según esta definición, la democracia es un sistema político: a) representativo, pero que incorpora instituciones de la democracia directa; b) basado en la igual libertad de sus ciudadanos para formular y proclamar alternativas políticas, y para expresar opiniones en una sociedad con libertades básicas de la persona, entre ellas, las de expresión y asociación; c) con una renovación periódica del derecho a gobernar, a través de elecciones libres y honestas realizadas en intervalos regulares; y d) con un ejercicio libre e igual de un sufragio universal.<sup>52</sup>

Es importante señalar, en relación con estos elementos, que en la sentencia del Caso Castañeda Gutman *vs.* México, la Corte consideró que, adicional a estos, el derecho internacional no establecía estándares determinados dentro de los cuales los Estados pueden y deben legítimamente regular el ejercicio de los derechos políticos ni tampoco sistemas electorales concretos. Dijo, al respecto, lo siguiente: “[...] la Corte considera necesario señalar que, en términos generales, el derecho internacional no impone un sistema electoral determinado ni una modalidad determinada de ejercer los derechos a votar y a ser elegido. Ello se desprende de las normas que

<sup>52</sup> Ver Linz, Juan J., “Los problemas de las democracias y la diversidad de democracias”, en *La democracia en sus textos*, óp. cit., pp. 225-266, p. 226. Sobre la definición procedimental de democracia y los atributos que, con base en ella, debe tener una democracia, puede verse también Dahl, Robert, *La poliarquía*, Editorial Tecnos, Madrid, 1989.

regulan los derechos políticos tanto en el ámbito universal como en el regional, y de las interpretaciones autorizadas realizadas por sus órganos de aplicación”.<sup>53</sup>

Esta precisión es fundamental para comprender el cambio sustantivo que se produjo en la sentencia en el Caso Gelman *vs.* Uruguay.

## **2.2. El concepto de democracia en la sentencia del Caso Gelman *vs.* Uruguay**

Como señalamos antes, la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado fue sometida a un referéndum y a un plebiscito, convocados autónomamente por varios sectores de la sociedad uruguaya con el fin de lograr su derogatoria. En las dos ocasiones, la mayoría de ciudadanos y ciudadanas votó por la permanencia de la Ley, a pesar de que su vigencia había impedido a las víctimas de la dictadura uruguaya –entre ellas, la familia Gelman– ejercer su derecho a la justicia penal.

El 24 de agosto de 1976, María Claudia García Iruretagoyena de Gelman, una ciudadana argentina de 19 años, fue detenida en Buenos Aires junto con su esposo, Marcelo Ariel Gelman Schubaroff, por fuerzas de seguridad argentinas y uruguayas. Al momento de su detención, tenía siete meses de embarazo. Según la reconstrucción hecha por la Corte Interamericana de lo ocurrido (y que aquí presento de manera muy resumida),<sup>54</sup> María Claudia García de Gelman y su esposo fueron llevados a las instalaciones de Automotores Olivetti, un centro clandestino de detención situado en Buenos Aires en donde las personas detenidas eran cruelmente torturadas. Allí estuvieron juntos unos días y luego fueron separados. Los restos de Marcelo Gelman fueron encontrados en 1989 por el Equipo Argentino de Antropología Forense, que señaló como fecha de su muerte el mes de octubre de 1976. María Claudia García de Gelman fue trasladada a Montevideo ese mismo mes, de forma clandestina por autoridades uruguayas y alojada en la sede del Servicio de Información de Defensa del Uruguay. De allí fue llevada al Hospital Militar en los primeros días del mes de noviembre, donde dio a luz a una niña. Junto con su hija, fue trasladada de nuevo al

<sup>53</sup> *Ibíd.*, párr. 162.

<sup>54</sup> El relato detallado de los hechos puede leerse en Corte IDH, Caso Gelman *vs.* Uruguay, óp. cit., párrs. 79 a 182.

edificio del Servicio de Información de Defensa, donde permaneció hasta el día 22 de diciembre de 1976, cuando fue conducida al centro clandestino de detención “Base Valparaíso”. A finales de ese mes, fue separada de su hija recién nacida y ejecutada. La niña de María Claudia García de Gelman fue colocada, el 14 de enero de 1977, en un canasto y dejada en la puerta de la casa de la familia de un policía uruguayo, con una nota que decía que la niña había nacido el 1° de noviembre de 1976 y que su madre no podía cuidarla. El policía y su esposa recogieron a la niña y la registraron como su hija con el nombre de María Macarena Tauriño Vivian. El abuelo biológico de María Macarena, Juan Gelman, supo del nacimiento en cautiverio de su nieta en 1997 e inició su búsqueda. En noviembre de 1999, recibió información sobre la aparición de una niña de casi dos meses de vida en la puerta de la casa de la familia del policía Ángel Julián Tauriño en 1976. Después de varias gestiones, el 31 de marzo de 2000, María Macarena tuvo por primera vez contacto con su abuelo paterno, Juan Gelman, y conoció los hechos de la desaparición de sus padres biológicos.

Juan Gelman presentó, el 19 de junio de 2002, una denuncia ante las autoridades judiciales uruguayas por la privación de libertad y homicidio de María Claudia García de Gelman, la sustracción de su hija y la supresión de su estatuto civil. Durante el desarrollo de las actuaciones judiciales, el fiscal asignado al caso solicitó su clausura por considerar que era aplicable la Ley de Caducidad. Aun cuando el juez de conocimiento no accedió inicialmente a la petición, se vio obligado a archivar la investigación después de que el poder ejecutivo determinara, el 28 de noviembre de 2003, que los hechos estaban comprendidos en la Ley. Los recursos interpuestos por Juan Gelman contra esta decisión fueron rechazados y una solicitud de declaración de inconstitucionalidad del artículo 3° de la Ley fue desestimada por la Suprema Corte el 15 de noviembre de 2004. El 10 de junio de 2005, Juan Gelman solicitó la reapertura de la investigación con base en nuevas pruebas. El juzgado de conocimiento solicitó, otra vez, al poder ejecutivo que decidiera si los hechos estaban comprendidos en la Ley de Caducidad, y el 23 de junio de 2005, el gobierno del presidente Tabaré Vázquez respondió que no lo estaban. Con base en esta respuesta, el juzgado reabrió la investigación y ordenó pruebas. El fiscal asignado al caso volvió a solicitar, el 8 de agosto de 2005, que la investigación se archivara, porque los hechos estaban comprendidos en la Ley de Caducidad, argu-

mentando, además, que la anterior decisión de archivo de la investigación tenía carácter de cosa juzgada. El juzgado no aceptó la solicitud del fiscal y continuó la investigación. Cuando la Corte Interamericana emitió su sentencia, el 24 de febrero de 2011, no había avances en la investigación: ninguna persona había sido formalmente acusada y, por lo tanto, tampoco juzgada ni sancionada, y no se había logrado determinar el paradero de María Claudia García de Gelman.

En la sentencia del 24 de febrero de 2011, la Corte Interamericana consideró que este caso “revestía una particular trascendencia histórica” dada la forma en que habían ocurrido los hechos y declaró a Uruguay responsable de la violación de varios derechos protegidos en la Convención Americana de Derechos Humanos, entre ellos, los derechos a garantías judiciales y a un recurso judicial efectivo. Al respecto, reafirmó su jurisprudencia sobre la obligación que tienen los Estados tanto de investigar las graves violaciones de derechos humanos como de procesar y sancionar a sus autores, y sobre la consecuente prohibición de las leyes de amnistía o de figuras análogas por ser contrarias a esa obligación.<sup>55</sup> Con fundamento en esta jurisprudencia, declaró –como lo había hecho antes en casos de Perú, Chile y Brasil respecto de leyes de amnistía–<sup>56</sup> que la Ley de Caducidad no tiene y no puede tener ningún efecto jurídico.

Hasta aquí, la sentencia en el Caso Gelman no sería novedosa, ya que lo que hace es reafirmar una jurisprudencia anterior y reiterada. Sin embargo, sí lo es respecto de dos cuestiones que la Corte abordó por primera vez: una amnistía avalada por la ciudadanía a través de un referéndum y un plebiscito convocados por la propia sociedad (y no por los gobiernos), de un lado, y el conflicto entre ejercicio de la democracia y garantía de derechos humanos fundamentales, del otro. En relación con la primera de las cuestiones, la Corte Interamericana sostuvo lo siguiente:

<sup>55</sup> La prohibición de amnistías, autoamnistías o figuras análogas, como los indultos, las leyes de punto final o las disposiciones de prescripción, ha sido reiterada por la Corte Interamericana en sus sentencias posteriores a la sentencia en el Caso Barrios Altos *vs.* Perú, en donde sentó por primera vez esta norma. Ver CIDH, Caso Barrios Altos *vs.* Perú, sentencia de 14 de marzo de 2001, serie C Nº 75, párr. 41.

<sup>56</sup> Ver Corte IDH, Caso Barrios Altos *vs.* Perú, *ibíd.*; Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros *vs.* Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006, serie C Nº 154; y Corte IDH, Caso Gomes Lund y otros (“Gerrilha do Araguaia”) *vs.* Brasil, sentencia de 24 de noviembre de 2010, serie C Nº 219.

El hecho de que la Ley de Caducidad haya sido aprobada en un régimen democrático y aun ratificada o respaldada por la ciudadanía en dos ocasiones no le concede, automáticamente ni por sí sola, legitimidad ante el derecho internacional. La participación de la ciudadanía con respecto a dicha Ley, utilizando procedimientos de ejercicio directo de la democracia –recurso de referéndum– en 1989 y –plebiscito sobre un proyecto de reforma constitucional por el que se habrían declarado nulos los artículos 1º a 4º de la Ley– el 25 de octubre del año 2009, se debe considerar, entonces, como hecho atribuible al Estado y generador, por tanto, de la responsabilidad internacional de aquél.<sup>57</sup>

¿Cómo interpretar este párrafo de la sentencia en relación con el *alcance* y el *sentido* de la participación ciudadana en asuntos políticos? Sugiero dos aproximaciones.

Primero, la Corte distingue entre la legitimidad que una decisión política puede tener dentro de un sistema político determinado y la legitimidad de esa decisión respecto de un orden político-normativo superior, como lo es, para la Corte, el orden constituido por el derecho internacional. Esta cuestión plantea un tema que, aun cuando no es directamente el de este artículo, vale la pena señalar: el tipo de relación que existe hoy, en la era de los derechos humanos, entre ordenamientos jurídicos internos y ordenamiento jurídico internacional. Lo que la Corte está diciendo es que el ordenamiento jurídico internacional (de los derechos humanos y del derecho penal internacional) *prima* sobre los ordenamientos internos y no solo respecto del ordenamiento jurídico *qua* ordenamiento jurídico, sino respecto de todo el sistema político, incluida la participación política de los ciudadanos en regímenes democráticos: la valoración de la Corte no es, en este párrafo, sobre la validez de una norma aprobada contrariando normas jurídicas internacionales, sino sobre su *legitimidad*.<sup>58</sup> La participación ciuda-

<sup>57</sup> Corte IDH, Caso Gelman vs. Uruguay, óp. cit., párr. 238.

<sup>58</sup> Aun cuando acogiéramos un concepto complejo de validez, como el de Alexy, la valoración de la Corte no es, en este párrafo, sobre la validez de las normas surgidas de los actos de referéndum y plebiscito (que ordenan, respectivamente, “mantener la Ley de Caducidad” y “No anular la Ley de Caducidad”). La Corte no hace una valoración sobre la eficacia social de estas normas (validez social), ni sobre su justificación moral (validez ética) ni sobre su valor jurídico (validez jurídica). Incluso si, siguiendo a Alexy, entendiéramos la validez jurídica como expedición de la norma por el órgano competente, siguiendo el procedimiento previsto y sin lesionar un derecho de rango superior, la valoración de la Corte no se centra, en este párrafo, en la invalidez de la norma (por ejemplo, por ser

dana, libre e igual, propia de una democracia liberal, no es suficiente para *legitimar* normas o decisiones contrarias al ordenamiento normativo superior, el del derecho internacional. La legitimidad no se define, para la Corte, en términos de participación democrática de los ciudadanos y ciudadanas, sino en función del respeto al ordenamiento jurídico internacional. Como ella lo dice, “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”,<sup>59</sup> y, en esa medida, la participación política de los ciudadanos en democracia no garantiza la legitimidad de las decisiones tomadas por la comunidad política.<sup>60</sup>

Y segundo, la Corte atribuye a la *comunidad política*, como tal, una responsabilidad internacional por consentir, a través de su decisión, en una norma contraria al derecho internacional. Si bien la Corte canaliza esa responsabilidad a través de las categorías existentes en el derecho internacional (en este caso, la responsabilidad del Estado), no está haciendo referencia –porque no puede hacerlo en el caso concreto–<sup>61</sup> a los órganos del Estado (cámaras legislativas, poder ejecutivo, autoridades judiciales), sino a la comunidad política conformada por los ciudadanos y ciudadanas uruguayos. Si bien la Ley de Caducidad fue aprobada por las cámaras legislativas, la decisión de mantenerla vigente ha sido de la mayoría de los ciudadanos y ciudadanas uruguayos, quienes se han expresado a través de mecanismos de participación directa –referéndum y plebiscito– activados por ellos mismos. Hay en esa decisión de la ciudadanía una *responsabilidad política* que compromete la responsabilidad jurídica internacional del Estado uruguayo.

contraria a una norma de rango superior: el derecho internacional), sino en su falta de legitimidad. Los conceptos de legitimidad y de validez son distintos. Ver Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, Editorial Gedisa, Barcelona, 1997, pp. 87-122.

<sup>59</sup> Corte IDH, Caso Gelman vs. Uruguay, óp. cit., párr. 239.

<sup>60</sup> La posición de la Corte llevaría a una revisión de la idea de la democracia como principio de legitimidad que encontramos, por ejemplo, en Sartori, y que autores como Linz asumen como algo, hoy, “natural”. Ver, al respecto, Sartori, Giovanni, *Elementos de teoría política*, Alianza Editorial, Madrid, 1987; y Linz, *Los problemas de las democracias...*, óp. cit., p. 235.

<sup>61</sup> Como hemos señalado varias veces, ni el referéndum de 1989 ni el plebiscito de 2009 fueron organizados ni convocados por el gobierno ni por el legislativo ni por otro órgano del Estado uruguayo. La convocatoria y organización de los dos eventos fue una decisión autónoma de varios sectores de la sociedad civil.

Karl Jaspers habló, en su momento, de cuatro clases de culpas atribuibles por las atrocidades cometidas por el régimen nazi: penal, moral, metafísica y política.<sup>62</sup> La culpa política es aquella que “se debe a las acciones de los estadistas y de la ciudadanía de un Estado, por mor de las cuales tengo yo que sufrir las consecuencias de ese Estado, a cuya autoridad estoy sujeto y a través de cuyo orden determino mi existencia (responsabilidad política)”. De acuerdo con esta responsabilidad política, cada persona es “corresponsable de cómo sea gobernada”.<sup>63</sup> Las acciones de los ciudadanos, incluidas sus decisiones, no son, por lo tanto, indiferentes respecto de los actos de un Estado y no lo son tampoco respecto de los actos de la comunidad política como tal. En Jaspers había ya un llamado de atención sobre la acción responsable del ciudadano en relación con el gobierno elegido con su voto y con las acciones de ese gobierno. Un argumento *a fortiori* nos permitiría extender ese llamado a las acciones del ciudadano como parte de la comunidad política misma, cuando esta actúa en calidad de soberano: cuando toma en sus manos la decisión directa de los asuntos políticos. La comunidad política soberana (la “voluntad general” de Rousseau o la “voluntad colectiva” de la Corte Interamericana) no escapa a la responsabilidad política de sus decisiones y, por lo tanto, no escapan a ella los ciudadanos. En Estados democráticos de derechos, comprometidos con el derecho internacional de los derechos humanos, esa responsabilidad tiene como norma evaluadora, según la Corte, el respeto y la garantía de los derechos humanos reconocidos por el ordenamiento internacional.

Ahora bien (y aquí entramos en la segunda de las cuestiones), si las decisiones tomadas por una comunidad política, bajo formas de participación ciudadana en un régimen democrático, no se legitiman por esta sola participación y requieren ser confrontadas con los contenidos normativos del derecho internacional de los derechos humanos, ¿cómo seguir entendiendo la democracia? Según la Corte, en la medida en que la legitimación democrática de determinados actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos,

<sup>62</sup> Ver Jaspers, Karl, *El problema de la culpa: sobre la responsabilidad política de Alemania*, Paidós, Barcelona, 1998, pp. 53-65.

<sup>63</sup> *Ibíd.*, p. 53.

... 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>64</sup>

Claramente, para la Corte, el voto no mide –por decirlo con Sartori– la democracia plena.<sup>65</sup> La democracia es más que el voto ciudadano y la regla de mayorías. En esa línea, sugiero brevemente dos lecturas posibles de este párrafo, para entrar a analizarlas en el acápite siguiente. Una primera lectura podría sostener que la Corte contrapone la definición procedimental de democracia que había venido desarrollando en su jurisprudencia anterior a una noción sustantiva de democracia. Y una segunda lectura podría argumentar que lo que la Corte hace en esta sentencia es dar elementos para entender la democracia de otra manera, no para enfrentar una concepción procedimental con una sustantiva. Mi intuición es la segunda, y es lo que desarrollaré más adelante.

Por ahora, podemos retomar los elementos identificados en el punto anterior y adicionar la nueva posición de la Corte para completar esta primera reconstrucción del concepto de democracia que ella ha venido explicitando. De acuerdo con su jurisprudencia: a) la democracia integra instituciones de una democracia representativa y de una democracia directa; b) la democracia implica el ejercicio libre del derecho al voto por los ciudadanos, tanto para decidir directamente los asuntos políticos como para elegir libremente a sus representantes; c) el derecho al voto debe ser entendido como el derecho al sufragio individual, universal, igual y secreto, y debe poder ser ejercido –para elegir y ser elegido– a través de elecciones periódicas y auténticas; d) es a través del ejercicio del sufragio que se forma la voluntad colectiva; e) la formación de esa voluntad colectiva requiere el debate público y abierto de ideas e informaciones y, por lo tanto, es dependiente del ejercicio efectivo que los ciudadanos puedan hacer, entre otras,

<sup>64</sup> Corte IDH, Caso Gelman vs. Uruguay, óp. cit., párr. 239.

<sup>65</sup> Ver Sartori, Giovanni, “¿Hasta dónde puede ir un gobierno democrático?”, en AA. VV., *La democracia en sus textos*, Alianza Editorial, Madrid, 2007, pp. 521-531, p. 524.

de las libertades de pensamiento y expresión; f) la voluntad colectiva de los ciudadanos está limitada, en el contenido de sus decisiones, por el derecho internacional de los derechos humanos y, en consecuencia, la decisión de la mayoría de los ciudadanos no puede ir en contra de la protección de los derechos humanos definida por el derecho internacional; y g) los ciudadanos, como voluntad colectiva, son responsables políticamente de sus decisiones y pueden –al igual que los órganos de su Estado– comprometer con ellas la responsabilidad jurídica internacional del Estado.

### 3. Democracia de derechos o democracia fundada en la regla de la mayoría

La decisión de la Corte en el Caso *Gelman vs. Uruguay* establece una restricción a la regla de la mayoría y, por esa vía, establece límites a la soberanía popular. La regla de la mayoría ha formado parte de la teoría de la democracia liberal desde sus inicios. Se la considera un componente de la democracia, aun cuando también se nos advierte y previene sobre sus peligros, y, para algunos autores, no deja de producir incomodidad. Rousseau consideró, sin dudar, que, fuera del contrato primitivo que exigía un consentimiento unánime, “el voto del mayor número obliga siempre a los demás: es una secuela del contrato mismo”.<sup>66</sup> No obstante, como ha mostrado Robert Dahl, el temor a la decisión de las mayorías ha estado siempre presente en los teóricos de la democracia.<sup>67</sup> Y ello, porque la tiranía y la opresión pueden resultar del ejercicio del poder no solo por minorías autoritarias o mayorías movilizadas por regímenes autoritarios, sino también por mayorías democráticas. De ahí, la búsqueda de un equilibrio entre la igual autoridad política de cada ciudadano en la decisión de los asuntos

<sup>66</sup> Rousseau, *Del contrato social...*, óp. cit., p. 109. Rousseau previó, también, cómo debería regularse la proporcionalidad de los sufragios para declarar la voluntad general en las deliberaciones públicas, y sugirió, al respecto, dos máximas: “Una, que cuanto más importantes y graves son las deliberaciones, más debe acercarse a la unanimidad la opinión que prevalece; otra, que cuanto mayor celeridad exige el asunto debatido, más debe reducirse la diferencia prescrita en la división de opciones: en las deliberaciones que hay que terminar con urgencia, la mayoría de un solo voto debe bastar”, *ibíd.*, p. 110. Ambas máximas remiten a la cuantificación de la votación, no a limitaciones que podrían imponerse a la voluntad general.

<sup>67</sup> Dahl, Robert, *Un prefacio a la teoría democrática*, Gernika, México, 1987.

públicos –propia de las democracias liberales– y la protección frente a la tiranía.

La decisión de la Corte Interamericana en el Caso Gelman parece buscar ese equilibrio y lo hace de una forma que se acerca mucho a la reconstrucción que Dahl hace de la tesis de Madison sobre los límites a la mayoría. Voy, por lo tanto, a tomar los elementos centrales de esa reconstrucción para analizar la decisión de la Corte. El primero de ellos, y especialmente relevante en este caso, es la definición de tiranía “como cualquier privación grave de un derecho natural”. De acuerdo con la explicación de Dahl, “... tanto las mayorías como las minorías están siendo pesadas [por Madison] en la misma báscula. Ya que la prueba objetiva de la tiranía no consiste en el tamaño del grupo dirigente; sino en la forma en que éste, independientemente de sus dimensiones, impone sobre los ciudadanos una privación grave de los ‘derechos naturales’ de los ciudadanos”.<sup>68</sup> Si bien, cuando Madison escribe, la noción de “derechos naturales” no tenía el alcance y contenido que hoy damos a lo que llamamos “derechos humanos”, no es irrazonable considerar, hoy, la tiranía como la privación de derechos humanos fundamentales definidos por el ordenamiento jurídico internacional.<sup>69</sup> Es contra esa forma de tiranía que se pronuncia la Corte Interamericana. Un segundo elemento es la meta ética que Dahl atribuye a la tesis de Madison: alcanzar una república no tiránica o una democracia no tiránica.<sup>70</sup> Es decir, alcanzar una democracia en donde ni las minorías ni las mayorías imponen a sus ciudadanos una privación grave de sus derechos humanos fundamentales. Y un último elemento, las condiciones para que exista una república no tiránica. De acuerdo con la reconstrucción de Dahl, son dos condiciones: evitar la acumulación de todos los poderes (legislativo, ejecutivo, judicial) en las mismas manos y controlar las acciones de tal forma que no logren el éxito de actuar en contra de los derechos de otros ciudadanos.<sup>71</sup> Para enten-

<sup>68</sup> *Ibíd.*, p. 19.

<sup>69</sup> *El Federalista*, número 10, apareció publicado el 22 de noviembre de 1787. Los derechos naturales eran concebidos en los siglos XVII y XVIII como derechos pertenecientes a todos los seres humanos. Esta vocación de universalidad de los derechos se retoma, desde la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

<sup>70</sup> Dahl explica que, para Madison, el concepto de “república” coincide con lo que los teóricos políticos definen hoy como “democracia representativa”. Dahl, Robert, *Un prefacio a la teoría democrática*, óp. cit., p. 20.

<sup>71</sup> *Ibíd.*, p. 21.

der de la decisión de la Corte Interamericana, interesa la segunda condición: los controles externos sobre las acciones de los ciudadanos. Como señala Dahl, para Madison (y también para Hamilton), esos controles residían en requisitos constitucionales, entre ellos: el contrapeso mutuo de los poderes, un poder judicial independiente y guardián de los derechos y un sistema de control de constitucionalidad de las leyes radicado también en el poder judicial. Aun cuando Dahl considera este diseño constitucional de controles insuficiente (porque realizar la meta ética de una república sin tiranía requiere, según él, prestar más atención a los requisitos sociales de un régimen democrático que a los requisitos constitucionales),<sup>72</sup> lo que la Corte Interamericana impone como control a la decisión de la mayoría de los ciudadanos es precisamente un sistema de normas jurídicas (el ordenamiento jurídico internacional), cuya interpretación autorizada radica en una instancia judicial de protección de derechos independiente: la propia Corte Interamericana. Es decir, el tipo de controles por el que apuesta la Corte, tendientes a evitar que la decisión de la mayoría de una comunidad política prive de derechos humanos fundamentales a sus ciudadanos, es madisoniana: prevalencia de un orden normativo superior (el derecho internacional) que establece derechos humanos, de los cuales son guardianes e intérpretes las cortes internacionales de derechos humanos.<sup>73</sup>

Conforme, entonces, con la sentencia de la Corte, y siguiendo la tesis de Madison (en la reconstrucción de Dahl), tendríamos que en una democracia no tiránica los ciudadanos no son (y no pueden) ser privados por la decisión de la mayoría (ni de una minoría) de sus derechos humanos fundamentales tal y como estos son definidos por el ordenamiento jurídico internacional. Ahora, ¿es este principio un límite infranqueable de la soberanía popular, como lo dice la Corte en su sentencia, o podemos leerlo como una cualificación de ella, esto es, como una cualificación de la democracia? Dicho de otro modo, ¿imponen los derechos humanos fundamentales tal y como son definidos por el ordenamiento jurídico internacional un control externo a la democracia o pueden ser concebidos como un componente esencial de la democracia?

<sup>72</sup> *Ibíd.*, pp. 108-109.

<sup>73</sup> Esta concepción aparece con claridad en la doctrina de la Corte Interamericana del “control de convencionalidad”, que ella fija, por primera vez, al pronunciarse contra las leyes de amnistía en el Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, *óp. cit.*

Los teóricos contemporáneos de la democracia aceptan, en general, que la democracia es un sistema político en el que los ciudadanos tienen y ejercen ciertos derechos humanos, en particular, derechos políticos y civiles. Es, por ejemplo, la posición de Bobbio, para quien por democracia debemos entender “un régimen en el que todos los ciudadanos adultos tienen derechos políticos, donde, en pocas palabras, existe el sufragio universal”<sup>74</sup> y que supone, además, libertades fundamentales como las de asociación y opinión, sin las cuales “la democracia cesa de existir”.<sup>75</sup> Dahl considera también, como definitorios de la democracia, un conjunto amplio de derechos humanos: derecho a votar y a ser elegido; derecho de los líderes políticos a competir para conseguir apoyo y votos; derecho a elecciones libres y justas; libertad de asociación, de expresión y de información.<sup>76</sup> Y, en la definición de Linz, a la que aludí antes, encontramos, así mismo, los derechos políticos y civiles formando parte de la definición de democracia. Es decir, para las teorías procedimentales de la democracia, los derechos humanos (políticos y civiles, por lo menos) son un componente esencial de la democracia.<sup>77</sup> Otras teorías de la democracia, como la deliberativa, también otorgan ese lugar a los derechos. Gutmann y Thompson, por ejemplo, incluyen entre los derechos constitutivos de la democracia: el derecho al sufragio universal; el derecho a postularse para cargos públicos; el derecho a elecciones competitivas libres y justas; la libertad de expresión y de prensa; la libertad de asociación; el derecho a un debido proceso y a igual protección ante la ley; y otros derechos civiles, políticos, sociales y económicos considerados condiciones necesarias para el ejercicio efectivo de la libertad política.<sup>78</sup>

Los derechos humanos son entendidos, por lo tanto, como un componente esencial de la democracia liberal, lo que significa que ella es ya una *democracia de derechos*. Siendo así, ¿por qué entenderlos como un *límite* de

<sup>74</sup> Bobbio, *El futuro de la democracia*, óp. cit., p. 35.

<sup>75</sup> *Ibíd.*, p. 57.

<sup>76</sup> Dahl, *La poliarquía*, óp. cit.

<sup>77</sup> O'Donnell considera que todas las teorías procedimentales de la democracia –incluidas las que se autodenominan “minimalistas”– contemplan como un componente constitutivo de la democracia política un conjunto básico de libertades y derechos políticos. Ver O'Donnell, Guillermo, *Disonancias: críticas democráticas a la democracia*, Prometeo Libros, Buenos Aires, 2007, cap. I.

<sup>78</sup> Gutmann, Amy & Thompson, Dennis, “The Moral Foundations of Truth Commissions”, in Rotberg, Robert & Thompson, Dennis (eds.), *Truth v. Justice: the morality of truth commissions*, Princeton University Press, Princeton & Oxford, 2000, pp. 22-44, p. 35.

la democracia? ¿Qué significa decir que son, a la vez, constitutivos y límite de la democracia? La cuestión parece estar en otro lugar, que podría ser, en principio, el compromiso que las teorías mayoritaristas de la democracia asumen con la regla de la mayoría como expresión de la voluntad colectiva y elemento también esencial de la democracia liberal. Ya recordamos lo que Rousseau pensaba al respecto, y su posición no es muy diferente de la que Bobbio sostiene: "... quien no se ha dado cuenta de que por sistema democrático se entiende, hoy, inicialmente, un conjunto de reglas procesales de las que la principal, pero no la única, es la regla de la mayoría, no ha entendido nada y continúa sin entender nada de la democracia".<sup>79</sup> Algunos teóricos de la democracia deliberativa también ven en la regla de la mayoría un elemento esencial de la democracia. Carlos Nino considera, por ejemplo, en ese sentido, que la existencia de la regla de la mayoría es un elemento vital para lograr, después de la deliberación, la transformación de los intereses particulares de los ciudadanos en posiciones y decisiones imparciales.<sup>80</sup> Parece, entonces, difícil concebir la democracia liberal sin la regla de la mayoría. Por una parte, porque, como Bobbio señala, es una regla constitutiva del juego democrático, y, por otra, porque es una forma de permitir la toma de decisiones por la comunidad política. La obligada unanimidad eliminaría las opiniones contrarias, los desacuerdos y la pluralidad; y estos parecen ser elementos propios de las democracias liberales. Adicionalmente, como lo vio Rousseau, las deliberaciones políticas terminan en decisiones y es necesario establecer reglas que permitan expresar la voluntad común ciudadana incluso cuando no hay consensos. El consenso, como dice Jeremy Waldron, no es esperable generalmente en la política de una democracia y la regla de la mayoría es una forma de decidir en medio del desacuerdo.<sup>81</sup>

Ahora, si la democracia liberal no puede prescindir de la regla de la mayoría, ¿puede limitarla? Bobbio considera que las reglas que constituyen el juego de la democracia liberal pueden ser limitadas mientras no

<sup>79</sup> Bobbio, *El futuro de la democracia*, óp. cit., p. 51.

<sup>80</sup> Nino, Carlos Santiago, *La constitución de la democracia deliberativa*, Editorial Gedisa, Barcelona, 1997.

<sup>81</sup> Waldron, Jeremy, "Deliberación, desacuerdo y votación", en Hongju Koh, Harold & Slye, Ronald C. (comps.), *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Editorial Gedisa, Barcelona, 2004, pp. 249-267.

sean suprimidas. La regla de la mayoría, podría, entonces, ser limitada sin afectar, en principio, a la democracia. Es lo que precisamente la Corte Interamericana dice en su sentencia en el Caso Gelman: “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”. Pero ¿qué significa ese límite? ¿Queda la comunidad política despojada de la libertad de decidir libremente sobre asuntos políticos de interés común como son los de la justicia? ¿Se priva a los ciudadanos de la libertad política de deliberar y decidir en los asuntos políticos que más los afectan o pueden afectarlos? Si este fuera el sentido de la limitación que impone la Corte, parecería contradecir principios fundamentales de la democracia liberal (recogidos en su propia jurisprudencia sobre derechos políticos). Hay, sin embargo, otra forma de entender ese límite, que resulta consistente con el respeto al pleno ejercicio de la libertad política por ciudadanos libres e iguales.

Cuando Gutmann y Thompson dicen que la democracia deliberativa contribuye “a evitar la tiranía al reconocer que el solo voto, aun siendo el de la mayoría, no puede justificar una decisión como si fuera sustancialmente correcta”,<sup>82</sup> están apuntando al lugar que intuitivamente señala la Corte: la decisión de una comunidad política requiere un *fundamento normativo* para estar justificada (o ser “legítima” en el concepto usado por la Corte). En la teoría de Gutmann y Thompson, ese fundamento está en el dar razones aceptables por todos los implicados en una comunidad política. En la teoría de la Corte Interamericana, ese fundamento está en las normas internacionales de derechos humanos: estas serían, en su caso, esas *razones aceptables* que deberían soportar las decisiones de una comunidad política cuando resuelve cuestiones de justicia y de derechos. Suponemos, además, que a esas normas se llega después de procesos de deliberación en los que al final se vota, y se vota, en algunos casos, por mayoría y no por consenso.

El problema no está, entonces, en la regla de la mayoría como tal. Porque como bien dice Waldron, las democracias la han adoptado no solo para las decisiones que toman los ciudadanos como comunidad política, sino también para las decisiones que toman las altas cortes y, en especial, los tribunales constitucionales, en donde las diferencias de perspectivas y los

<sup>82</sup> Gutmann & Thompson, “The Moral Foundations...”, óp. cit., p. 36.

desacuerdos también existen: “La diferencia, cuando una cuestión se traslada de la legislatura a un tribunal o del referéndum a un tribunal, es de electorado, pero no una diferencia en el método de decisión. Mantenemos el principio de la regla de la mayoría; solo que ahora se aplica a un cuerpo decisorio con nueve individuos, en lugar de un órgano con cientos (en el caso de la legislatura) o millones de votantes (en el caso de la iniciativa popular)”.<sup>83</sup>

La práctica de delegar determinadas cuestiones a los tribunales para su decisión final, como las relativas a derechos y justicia, refleja, según Waldron, una desconfianza en la toma de decisiones democráticas. Pero es “una desconfianza en las personas: no confiamos en los votantes comunes o sus representantes para estas cuestiones; preferimos a los jueces”. No es, por lo tanto, una desconfianza en la regla de la mayoría, sino en quién y cómo la aplica.

¿Está el problema en la relación entre derechos humanos y regla de la mayoría aplicada por la comunidad política como pueblo soberano? El caso de Uruguay, en donde la mayoría de uruguayos y uruguayas votó en referéndum y en plebiscito por mantener una ley que priva del derecho a la justicia penal a las víctimas de la dictadura, parecería mostrar que el problema sí está en esa relación. Y la forma en que la Corte Interamericana se pronunció en contra de esa decisión popular parecería reafirmarlo. Sin embargo, creo que la cuestión no está ahí, por dos razones: a) porque aceptarlo implicaría aceptar que los derechos humanos y la democracia son incompatibles; y b) porque lo dicho por la Corte afecta no solo a las decisiones tomadas por mayoría. Respecto de lo primero, lo que hemos visto es que derechos humanos y democracia no son incompatibles: un conjunto importante de derechos (civiles y políticos, como mínimo) son *constitutivos* de la propia democracia. Además, cuando la Corte Interamericana demanda que las decisiones que afectan derechos humanos fundamentales (como el derecho a la justicia penal) estén fundadas en normas internacionales de derechos humanos, está dando a esas normas la calidad de *razones internas* a la democracia. Las normas de derechos humanos forman parte de las *razones* que los ciudadanos dan y se dan para tomar, como comunidad política, decisiones que interesan a todos, y, en esa medida, son internas y no externas a la democracia. Si los derechos humanos son constitutivos e internos a la democracia no podrían ser, a la vez, contradictorios o incompatibles.

<sup>83</sup> Waldron, “Deliberación, desacuerdo y votación”, óp. cit., p. 255.

tibles con ella. Y, en relación con lo segundo, porque lo dicho por la Corte afecta toda *decisión política* sobre derechos humanos, con independencia de que se tome por mayoría (simple o cualificada) o por consenso.

¿Cómo entender, entonces, el “límite infranqueable” que los derechos humanos ponen a la regla de mayorías? Sugiero dos respuestas que comparten una base común. En primer lugar, los derechos humanos fundamentales son razones que los ciudadanos en una democracia liberal no pueden obviar cuando deciden asuntos de justicia y de derechos. En una sociedad democrática, los ciudadanos, como comunidad política soberana, no están por encima del derecho. El *rule of law* que protege, en las democracias liberales, a los ciudadanos frente a la arbitrariedad del poder del soberano rige también para el pueblo soberano. Ello significa que en una democracia la voluntad de la mayoría o del consenso de los ciudadanos *no debe* privar de derechos fundamentales a los ciudadanos. Lo contrario sería incurrir en una tiranía. Y, en segundo lugar, los ciudadanos son responsables políticamente de la comunidad política a la que dan forma y de las decisiones que como comunidad política ellos toman. En consecuencia, está en las manos de los ciudadanos que su comunidad política sea –diciéndolo con Gewirth– una comunidad política de derechos.<sup>84</sup> Esta es una cuestión fundamental en la sentencia de la Corte Interamericana. Cuando ella dice que “la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías”, establece también, como norma, que en las instancias democráticas (en el caso de Uruguay, el pueblo uruguayo mismo) debe primar el “control de convencionalidad”, el cual “es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del poder judicial”.<sup>85</sup> La Corte deposita, así, en los ciudadanos una responsabilidad clara: velar porque sus decisiones como comunidad política respeten los derechos humanos fundamentales de todos sus miembros. El ejercicio de las libertades políticas *no debe* vulnerar otros derechos fundamentales.

<sup>84</sup> Gewirth, Alan, *The Community of Rights*, The University of Chicago Press, Chicago & London, 1996.

<sup>85</sup> Corte IDH, Caso Gelman vs. Uruguay, óp. cit., párr. 239.

#### 4. Conclusión: la sentencia de la Corte Interamericana en el contexto político de la sociedad uruguaya

Uruguay tuvo antes del golpe de Estado de 1973 una larga historia de instituciones democráticas,<sup>86</sup> que retomó después de la transición política en 1985. Juan Rial señala que, con posterioridad a la transición, decisiones fundamentales en temas de derechos humanos y de política han sido tomadas a través del referéndum y del plebiscito.<sup>87</sup> Estos dos mecanismos son formas a través de las cuales los ciudadanos y ciudadanas uruguayos ejercen su libertad política para pronunciarse sobre asuntos fundamentales para ellos. En este contexto, la sentencia en el Caso Gelman debería interpretarse como *qualificadora* del uso de esos mecanismos de participación directa y no como restrictiva de estos. Lo que la Corte señala como “límite” a la regla de la mayoría no implica, en ese sentido, negar su uso (cuando este sea procedente y necesario para expresar la voluntad colectiva) ni privar a los ciudadanos de decidir directamente sobre asuntos para ellos fundamentales, como los de justicia y derechos, sino que la decisión que surge del ejercicio de la libertad política debe fundarse, para ser correcta y legítima, en las normas del derecho internacional que protegen derechos humanos. Cualquier votación del cuerpo político (por mayoría o consenso) debe respetar los derechos humanos fundamentales de cada uno de sus miembros.

#### Bibliografía

1. Aguilar, Paloma, “Transitional Justice in the Spanish, Argentinian and Chilean Case”, in *International Conference Building a Future on Peace and Justice, Study*

<sup>86</sup> Esta es otra de las particularidades que los estudiosos de la dictadura y la transición uruguayas destacan. Ver Mallinder, “Uruguay’s Evolving...”, óp. cit.; y Zalaquett, “Procesos de transición...”, óp. cit.

<sup>87</sup> En el mismo acto en el que la mayoría de uruguayos y uruguayas votó, en 1989, por la vigencia de la Ley de Caducidad, votó también una reforma constitucional que amparó derechos de las personas jubiladas y pensionadas. A través de referéndum se pronunció, en 1992, contra la política social y económica del gobierno, y en 1994 votó en un plebiscito contra la reforma a la Constitución de 1967. Ver Rial, Juan, “Elecciones, referéndum y plebiscitos. Cambio en el escenario político uruguayo 1992-1996”, en Rial, Juan & Zovatto G., Daniel (eds.), *Urnas y desencanto político: elecciones y democracia en América Latina, 1992-1996*, IIDH/CAPEL, San José, 1998, pp. 641-689.

- "Workshop 10-Alternative Approaches to Dealing with the Past" Report*, Nuremberg, June 2007, in <[http://humansecuritygateway.com/documents/PJC\\_SpainArgentinaChile\\_TJcasestudies.pdf](http://humansecuritygateway.com/documents/PJC_SpainArgentinaChile_TJcasestudies.pdf)>, consulta del 19 de diciembre de 2011.
2. Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1997.
  3. Barahona de Brito, Alexandra, "Truth and Justice in the Consolidation of Democracy in Chile and Uruguay", *Parliamentary Affairs*, 1993, 46, (4), pp. 579-593.
  4. Bobbio, Norberto, *El futuro de la democracia*, FCE, México, 1986.
  5. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Gelman vs. Uruguay, sentencia de 24 de febrero de 2011, serie C N° 221.
  6. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Gomes Lund y otros ("Gerrilha do Araguaia") vs. Brasil, sentencia de 24 de noviembre de 2010, serie C N° 219.
  7. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos, sentencia de 6 de agosto de 2008, serie C N° 184.
  8. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006, serie C N° 154.
  9. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Goiburú y otros vs. Paraguay, sentencia de 22 de septiembre de 2005, serie C N° 153.
  10. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Ricardo Canese vs. Paraguay, sentencia de 31 de agosto de 2004, serie C N° 111.
  11. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, sentencia de 2 de julio de 2004, serie C N° 107.
  12. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Barrios Altos vs. Perú, sentencia de 14 de marzo de 2001, serie C N° 75.
  13. Dahl, Robert, *La poliarquía*, Tecnos, Madrid, 1989.
  14. Dahl, Robert, *Un prefacio a la teoría democrática*, Gernika, México, 1987.
  15. Errandonea, Jorge, "Justicia transicional en Uruguay", *Revista IIDH*, 2008, (47), pp. 13-69.
  16. Galain Palermo, Pablo, "El tipo penal de la desaparición forzada de personas como un acto aislado: consideraciones críticas", *Revista Sistema Penal & Violência*, 2011, jul./dez., 3, (2), Porto Alegre, pp. 63-78.
  17. Galain Palermo, Pablo, "The Prosecution of International Crimes in Uruguay", *International Criminal Law Review*, 2010, (10), pp. 601-618.
  18. Gewirth, Alan, *The Community of Rights*, The University of Chicago Press, Chicago & London, 1996.
  19. Gutmann, Amy & Thompson, Dennis, "The Moral Foundations of Truth Commissions", in Rotberg, Robert & Thompson, Dennis (eds.), *Truth v. Justice: the*

- morality of truth commissions*, Princeton University Press, Princeton & Oxford, 2000, pp. 22-44.
20. Habermas, Jürgen, “Derechos humanos y soberanía popular. Las versiones liberal y republicana”, en AA. VV., *La democracia en sus textos*, Alianza Editorial, Madrid, 2007, pp. 267-280.
21. Huntington, Samuel P., *La tercera ola: la democratización a finales del siglo XX*, Paidós, Buenos Aires, 1994.
22. Jaspers, Karl, *El problema de la culpa: sobre la responsabilidad política de Alemania*, Paidós, Barcelona, 1998.
23. Lessa, Francesca, “No hay que tener los ojos en la nuca: The Memory of Violence in Uruguay, 1973-2010”, en Lessa, Francesca & Druliolle, Vincent (eds.), *The Memory of State Terrorism in the Southern Cone: Argentina, Chile and Uruguay*, Palgrave Macmillan, New York, 2011, pp. 179-208.
24. Lessa, Francesca, “The Missing Memory of Transitional Justice: Past Violence in Argentina and Uruguay”, in Department of International Relations, *LSE (London) ISA-ABRI Joint International Meeting - Diversity and Inequality in World Politics WC15, Peacebuilding Mechanisms of Justice, Education and Religion*, 2009.
25. Linz, Juan J., “Los problemas de las democracias y la diversidad de democracias”, en AA. VV., *La democracia en sus textos*, Alianza Editorial, Madrid, 2007, pp. 225-266.
26. Locke, John, *Ensayo sobre el gobierno civil*, Gernika, México, 1995 [1689].
27. Mallinder, Louise, “Uruguay’s Evolving Experience of Amnesty and Civil Society’s Response”, *Transitional Justice Institute*, March 16, 2009, University of Ulster, in <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1387362](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1387362)>, consulta del 19 de diciembre de 2011.
28. McSherry, J. Patrice, *Los Estados depredadores: la Operación Cóndor y la guerra encubierta en América Latina*, Ediciones de la Banda Oriental, Montevideo, 2009.
29. Mill, John Stuart, *Sobre la libertad*, Ediciones Orbis, Madrid, 1980 [1859].
30. Nino, Carlos Santiago, *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997.
31. O’Donnell, Guillermo, *Disonancias: críticas democráticas a la democracia*, Prometeo Libros, Buenos Aires, 2007.
32. Rial, Juan, “Elecciones, referéndum y plebiscitos. Cambio en el escenario político uruguayo 1992-1996”, en Rial, Juan & Zovatto, Daniel (eds.), *Urnas y desencanto político: elecciones y democracia en América Latina, 1992-1996*, IIDH/CAPEL, San José, 1998, pp. 641-689.

33. Rousseau, Jean-Jacques, "Del contrato social", en *Del contrato social - Discurso sobre las ciencias y las artes - Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres*, Alianza Editorial, Madrid, 1980 [1762].
34. Sartori, Giovanni, "¿Hasta dónde puede ir un gobierno democrático?", en AA. VV., *La democracia en sus textos*, Alianza Editorial, Madrid, 2007, pp. 521-531.
35. Sartori, Giovanni, *Elementos de teoría política*, Alianza Editorial, Madrid, 1987.
36. Sikkink, Kathryn & Booth Walling, Carrie, "La cascada de justicia y el impacto de los juicios de derechos humanos en América Latina", *Cuadernos del CLAEH*, 2008, 1-2, (96-97), Montevideo, 2ª serie, año 31, pp. 15-40.
37. Sondrol, Paul C., "1984 Revisited? A Re-Examination of Uruguay's Military Dictatorship", *Bulletin of Latin America Research*, 1992, 11, (2).
38. Taylor, Charles, "El atomismo", en *La libertad de los modernos*, Amorrortu Editores, Buenos Aires, 2005.
39. Teitel, Ruti, "Transitional justice genealogy", *Harvard Human Rights Journal*, 2003, 16, pp. 69-94.
40. Uruguay Educa, Portal Educativo de Uruguay, Administración Nacional de Educación Pública, *Plebiscito de 1980, campaña del "SÍ"*, en <<http://www.uruguayeduca.edu.uy/Portal.Base/Web/verContenido.aspx?ID=139331>>.
41. Uruguay, Presidencia de la República, *Resolución 448/2003*, de 10 de abril de 2003.
42. Uruguay, Presidencia de la República, *Decreto 146 de 16 de abril de 2003*, sobre "conclusiones del informe final de la Comisión para la Paz".
43. Uruguay, Sentencia de segunda instancia: Bordaberry y Juan Carlos Blanco, Sentencia 136, Alfredo Gómez Tedeschi, Montevideo, 1º de junio de 2007.
44. Uruguay, Suprema Corte de Justicia, Caso Nibia Sabalsagaray Curutchet, Sentencia 365, de 19 de octubre de 2009, Montevideo.
45. Uruguay, Suprema Corte de Justicia, sentencia de 2 de mayo de 1988, Montevideo.
46. Waldron, Jeremy, "Deliberación, desacuerdo y votación", en Hongju Koh, Harold & Slye, Ronald C. (comps.), *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Gedisa, Barcelona, 2004, pp. 249-267.
47. Zalaquett, José, "Procesos de transición a la democracia y políticas de derechos humanos en América Latina", en *Presente y futuro de los derechos humanos: ensayos en honor a Fernando Volio Jiménez*, IIDH, San José, 1998, pp. 105-132.