



Mecanismos de democracia directa y derechos humanos reconocidos en el Bloque de Constitucionalidad vigente en Uruguay

17 de junio de 2019

I) Introducción

1. En cumplimiento de las competencias asignadas por los Arts. 1 y 4, Lit. H de la Ley No. 18.446, la Institución Nacional de Derechos Humanos y Defensoría del Pueblo (INDDHH) debe pronunciarse respecto a los efectos de los mecanismos de democracia directa consagrados en la Constitución de la República en relación al marco jurídico referido a la defensa, protección y promoción de derechos humanos y a las obligaciones asumidas por el Estado uruguayo en materia.
2. Nuestro país consagra los siguientes mecanismos de democracia directa: (a) la iniciativa popular; (b) el referéndum y (c) el plebiscito. Las características de estos tres mecanismos están claramente definidas: *“La Iniciativa Popular es la facultad de proponer normas, de rango constitucional, legal o municipal, respaldadas con firmas que avalen dicha iniciativa ante el legislativo respectivo. El Referéndum es el instituto mediante el cual las personas habilitadas para sufragar expresan su decisión de ratificar o rechazar, total o parcialmente, una Ley que ha sido aprobada formalmente por el Parlamento, dentro del año de su promulgación, o un decreto de alguna Junta Departamental, dentro de los 40 días de publicado. Sin embargo, la Constitución prevé otro tipo de consulta popular, el Plebiscito, el cual constituye simplemente una etapa, la última, en un proceso de reforma constitucional”*¹
3. En la actualidad, se han puesto en marcha dos de estos mecanismos: (a) un plebiscito que propone reformar la Constitución de la República en relación con algunos aspectos vinculados a la seguridad ciudadana; y (b) un referéndum que propone dejar sin efecto la Ley Integral para Personas Trans, No. 19.684, aprobada por el Parlamento Nacional el 26 de octubre de 2018.

II) Marco general.

4. A los efectos del análisis de esta temática, la INDDHH sustentará su posición en la jurisprudencia, principios y estándares internacionales en materia de defensa y protección de los derechos humanos.

¹ “25 años de democracia directa en Uruguay: razones del fracaso/claves del éxito” Chocca Larrosa, Sebastián. Trabajo presentado en las IX Jornadas de Investigación de la Facultad de Ciencias Sociales, UdelAR, Montevideo, 13-15 de setiembre de 2010.

Disponible en:

http://cienciassociales.edu.uy/wp-content/uploads/2013/archivos/Mesa_49_Chocca.pdf



5. Entre múltiples pronunciamientos en relación al asunto en cuestión, puede tomarse como la base de la posición de los Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que señala: *“Cuando los Estados ratifican los tratados internacionales sobre derechos humanos y los incorporan a su normativa interna, se obligan a proteger y garantizar el ejercicio de estos derechos, lo que incluye la obligación de realizar las modificaciones que sean necesarias en su derecho interno para garantizar el cumplimiento de las normas contenidas en dichos tratados (...). Los progresos alcanzados en la protección de los derechos humanos son irreversibles, de modo que siempre será posible expandir el ámbito de protección de los derechos, pero no restringirlo”*².

6. A partir de este concepto general, la INDDHH destaca que siempre es posible someter a los diferentes mecanismos de democracia directa habilitados en Uruguay aquellos asuntos que amplíen o extiendan el marco de protección de los derechos humanos. En este caso, el Cuerpo Electoral, actuando directamente como máximo organismo del sistema de gobierno adoptado por nuestro país para la generación de su marco jurídico, puede pronunciarse aprobando o rechazando esta propuesta de ampliación del marco de derechos. Dejando sentada la anterior afirmación, el punto, entonces, consiste en analizar si, conforme al Bloque de Constitucionalidad vigente en nuestro país, es válido promover mecanismos de democracia directa que tienen como objetivo dejar sin efecto, o disminuir, el marco de protección de derechos vigente. Para tomar posición sobre este tema, la INDDHH sostiene que deben tenerse en cuenta dos conceptos: (a) el principio de no regresividad y (b) el efecto de las decisiones de las mayorías respecto a derechos reconocidos a las minorías, ambos aspectos que aparecen como pilares fundantes del Derecho de los Derechos Humanos.

III) El principio de no regresividad: los límites de la voluntad del Cuerpo Electoral para limitar o derogar derechos humanos reconocidos por el Estado.

7. La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay.

La Suprema Corte de Justicia de Uruguay se ha pronunciado claramente sobre este punto³. En esa dirección, ha afirmado que *“(...) Como sostiene Luigi Ferrajoli, las normas constitucionales que establecen los principios y derechos fundamentales garantizan la dimensión material de la “democracia sustancial”, que alude a aquello que no puede ser decidido o que debe ser decidido por la mayoría, vinculando la legislación, bajo pena de invalidez, al respeto de los derechos fundamentales y a los otros principios axiológicos establecidos por ella”*. (Democracia y garantismo, p. 32).

² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2011. Relatoría sobre los derechos de la niñez. Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas. Organización de los Estados Americanos. Págs.44 y 45.

³ Suprema Corte de Justicia de Uruguay. Sentencia N° 365. 19 de octubre de 2009. Caso “Sabalsagaray Curutchet, Blanca Stela. Denuncia. Excepción de inconstitucionalidad arts. 1, 3 y 4 de la ley n° 15.848”.



Citando al mismo autor, continúa afirmando la Suprema Corte de Justicia que existe una "falacia" cuando se llega a "(...) *la confusión que existe entre el paradigma del Estado de Derecho y el de la democracia política, según la cual una norma es legítima solamente si es querida por la mayoría. "De forma distinta, las cuestiones pertenecientes a la que he llamado 'esfera de lo decidible', los derechos fundamentales están sustraídos a la esfera de la decisión política y pertenecen a la que he llamado 'esfera de lo no "decidible' (qué sí y qué no)". Esta es por tanto su "característica específica: tales derechos son establecidos en las constituciones como límites y vínculos a la mayoría justamente porque están siempre -de los derechos de libertad a los derechos sociales- contra las contingentes mayorías. Es más: ésta es la "forma lógica que asegura su garantía. Siempre que se "quiere tutelar un derecho como fundamental se lo "sustraer a la política, es decir, a los poderes de la "mayoría, ... como derecho inviolable, indisponible, e inalienable. Ninguna mayoría, ni siquiera por unanimidad, puede decidir su abolición o reducción" (ob. cit., p. 55).*

8. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El máximo órgano jurisdiccional del Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos se ha pronunciado también, en forma sostenida, respecto a este asunto. Específicamente lo ha hecho en un fallo que involucra a nuestro país. Así, en la sentencia recaída en el caso "Gelman vs. Uruguay", en relación a la llamada "Ley de caducidad de la pretensión punitiva del Estado" la Corte Interamericana sostiene: *"El hecho de que la Ley de Caducidad haya sido aprobada en un régimen democrático y aún ratificada o respaldada por la ciudadanía en dos ocasiones no le concede, automáticamente ni por sí sola, legitimidad ante el Derecho Internacional. La participación de la ciudadanía con respecto a dicha Ley, utilizando procedimientos de ejercicio directo de la democracia -recurso de referéndum (párrafo 2º del artículo 79 de la Constitución del Uruguay)- en 1989 y -plebiscito (literal A del artículo 331 de la Constitución del Uruguay) sobre un proyecto de reforma constitucional por el que se habrían declarado nulos los artículos 1 a 4 de la Ley- el 25 de octubre del año 2009, se debe considerar, entonces, como hecho atribuible al Estado y generador, por tanto, de la responsabilidad internacional de aquél.*

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, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana (Cfr. Asamblea General de la OEA, Resolución AG/RES. 1 (XXVIII-E/01) de 11 de septiembre de 2001)º.

9. En suma: para La Institución Nacional de Derechos Humanos, sobre la base del principio de no regresividad, cualquier modificación del ordenamiento jurídico nacional que implique un retroceso en la esfera de protección de derechos, o que

⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. CASO GELMAN VS. URUGUAY .SENTENCIA DE 24 DE FEBRERO DE 2011 (Fondo y Reparaciones)



pretenda anular derechos humanos ya reconocidos por el Estado uruguayo, carece de validez normativa cuando esa decisión (aún si fuera adoptada por el Poder Constituyente del Estado uruguayo y no por uno de los tres Poderes constituidos) implica la violación de los derechos que ampara nuestro Bloque de Constitucionalidad y genera responsabilidad por parte del Estado uruguayo por desconocer compromisos asumidos soberanamente en materia de Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En otras palabras: los derechos humanos, en razón de sus características de indivisibilidad, interdependencia, imprescriptibilidad e irreversibilidad, se fundan en el respeto a la condición humana y su dignidad intrínseca. No dependen, por ende, de ningún poder soberano a cargo del Estado, en tanto trascienden el concepto tradicional de soberanía, y se sitúan en la esencia del reconocimiento del individuo.

El reconocimiento de derechos y libertades desde esta perspectiva, que transforma la idea clásica de soberanía estatal, se posiciona como un límite al ejercicio mismo del Poder Constituyente, y se funda en la normativa de fuente nacional e internacional que consagra y proyecta los derechos humanos en el ordenamiento jurídico, a la vez que fortalece el compromiso internacional asumido por el Estado en forma libre y voluntaria, al adoptar los tratados internacionales de derechos humanos, que, en su esencia, reconocen la dignidad de la persona humana y sus derechos.

El ejercicio del Poder Constituyente, entonces, no supone de ninguna manera la posibilidad de ir contra esos derechos inherentes de la persona humana. Dicho ejercicio, por ende, será contrario a derecho en caso que contradiga la esencia sustancial de los derechos humanos. Así también, el ejercicio del Poder Constituyente, a la luz del orden jurídico internacional en materia de derechos humanos, implica una segunda limitación al mismo, en virtud de la aplicación de las normas protectoras del Bloque de Constitucionalidad⁵.

IV) La protección de los derechos humanos de las minorías y colectivos históricamente vulnerados en sus derechos y los mecanismos de democracia directa.

10. En el contexto de lo señalado en los párrafos precedentes, la INDDHH entiende que es su obligación pronunciarse en relación a los efectos de las decisiones políticas de las mayorías en relación a los derechos humanos de las minorías en nuestra sociedad. Este es un punto complementario a lo que se viene desarrollando en este documento, ya que los conceptos aplicables caminan en la misma dirección.
11. Históricamente, el Derecho de los Derechos Humanos se ha desarrollado con dos objetivos claramente identificables: la imposición de límites al poder discrecional de la autoridad de los gobernantes, y la protección de la dignidad humana de las

⁵ Conforme RISSO FERRAND, Martín, Derecho Constitucional Tomo I, pág. 118. FCU, 2da. Edición, Montevideo, octubre de 2006



minorías (estando éstas relacionadas a aspectos religiosos; nacionales; de opción sexual; de origen étnico-racial, entre otros).

En este aspecto, la Institución comparte la posición de la más prestigiosa jurisprudencia de la región sobre esta materia. Así, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, al referirse a la *“Naturaleza de los derechos de las minorías y grupos en desventaja”*, se ha pronunciado sosteniendo que *“Los derechos humanos, fundamentales y de configuración legal de los grupos minoritarios o en desventaja, por haber sufrido, tradicionalmente, discriminación, marginación, exclusión y toda clase de prejuicios sociales (...) surgen a partir movimientos de reivindicación de éstos, ordinariamente, contra mayoritarios, dada la insistencia e inclinación natural de las mayorías por mantener y perpetuar cualquier discriminación y trato asimétrico. Los poderes públicos, de su parte, están obligados, por la Constitución y los instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, a garantizar y propiciar el respeto efectivo del principio y el derecho a la igualdad –real y no formal- de tales grupos (...) Art. 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José”*⁶.

12. Esta concepción es absolutamente coherente con la posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que sostiene: *“La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad” (supra párr. 193), que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial”*⁷.

V) El control de convencionalidad. Responsabilidad de los diferentes organismos del Estado uruguayo

13. Cuando se plantean propuestas de reformas regresivas en relación al marco jurídico vigente en materia de derechos humanos vía mecanismos de democracia directa, deben analizarse cuáles son los procedimientos concretos para que aparato estatal uruguayo cumpla con sus obligaciones respecto al tema. En este sentido, debe apelarse al concepto de control de convencionalidad.

⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, San José, 10 de agosto de 2010.

⁷ Idem Corte Interamericana de Derechos Humanos. CASO GELMAN VS. URUGUAY. SENTENCIA DE 24 DE FEBRERO DE 2011 (Fondo y Reparaciones)



14. Este concepto está claramente definido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando afirma: "El Control de convencionalidad es una obligación de toda autoridad pública (Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2015) (...). Cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un "control de convencionalidad" entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. En el mismo sentido: Corte IDH. Caso Chinchilla Sandoval y otros Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de febrero de 2016, párr. 242.⁸"
15. A partir de estos elementos corresponde determinar quién es responsable, dentro de la estructura institucional del Estado uruguayo, de aplicar este control de convencionalidad, con el fin de evitar que nuestro país apruebe normas jurídicas que vulneren los compromisos asumidos en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La Institución Nacional de Derechos Humanos y Defensoría del Pueblo entiende que todo órgano del aparato estatal, dentro de la órbita de su competencia, está obligado a analizar la pertinencia de una norma en relación a las obligaciones asumidas en convenciones, pactos o tratados del Estado uruguayo en materia de Derechos Humanos, y, por lo tanto, a aplicar el control de convencionalidad.
16. Por lo expuesto, es indiscutible que, respecto al tema objeto de este informe, entre los órganos competentes dentro del aparato estatal uruguayo responsables de aplicar el control de convencionalidad se encuentran aquellos que ejercen la función jurisdiccional.
17. En el marco de esta línea de razonamiento, para la Institución Nacional de Derechos Humanos y Defensoría del Pueblo es, por tanto, indiscutible que el Poder Judicial y el Tribunal de lo Contencioso Administrativo deben aplicar el referido control de convencionalidad en los asuntos que ingresan dentro de su competencia. Pero también, en Uruguay, la Corte Electoral ejerce la función jurisdiccional dentro del marco que le asigna el Art. 322 de la Constitución de la República: "(...) ser juez en las elecciones de todos los cargos electivos, de los actos de plebiscito y referéndum".

⁸ Ver "Corte Interamericana de Derechos Humanos: Cuadernillo de jurisprudencia No. 7 sobre control de convencionalidad" (Corte Interamericana de DDHH. Cooperación alemana (GIZ))



18. En este sentido, respecto a la competencia de la Corte Electoral, el ex Presidente de la Corte Electoral de Uruguay, Carlos Urruty Navatta sostuvo que: *“El literal c) del artículo 322 regula específicamente la actividad jurisdiccional de la Corte Electoral. Cabe distinguir a este respecto dos tipos de atribuciones: la de decidir en última instancia todas las apelaciones y reclamos que se produzcan y la de juzgar las elecciones de todos los cargos electivos y los actos de plebiscito y de referéndum. (...) ¿Qué es lo que determina su especialidad orgánica y permite delimitar su competencia respecto a la Suprema Corte de Justicia y al Tribunal de lo Contencioso Administrativo? El tipo de acto sobre el cual está llamada a expedirse. El constituyente decidió otorgar competencia para juzgar el acto electoral a un órgano de justicia independiente y especializado. La Corte Electoral no puede pretender incursionar como juez, en la materia civil, comercial, laboral, de familia o penal (excepto la competencia expresa que a este respecto le atribuyó el constituyente para juzgar a quienes violan la prohibición de actuar en política establecida en el artículo 77). Pero tampoco el Poder Judicial o el Tribunal de lo Contencioso Administrativo pueden extender su competencia jurisdiccional a la materia electoral”⁹.*
19. En definitiva: la Institución Nacional de Derechos Humanos entiende que el control de convencionalidad respecto a una norma referida a derechos humanos es responsabilidad de todo el aparato estatal dentro de su competencia, incluidos, especialmente los órganos que ejercen función jurisdiccional (como el Poder Judicial, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y la Corte Electoral). Por tanto, la materia que motiva este informe deriva en la necesidad de que el Estado uruguayo¹⁰, a través de sus órganos competentes, se pronuncien en el momento de favorecer o no procedimientos de reformas constitucionales o legislativas que vulneren los derechos humanos recogidos por el Bloque de Constitucionalidad vigente.

Consejo Directivo
Institución Nacional de Derechos Humanos y Defensoría del Pueblo

⁹ Urruty Navatta, Carlos Alberto: “El régimen electoral uruguayo”. En: Revista de Derecho Electoral No. 4, segundo semestre de 2007 (ISSN: 1659-2069), Supremo Tribunal de Elecciones de Costa Rica. Págs. 5 a 14

http://www.tse.go.cr/revista/art/4/urruty_anexo.pdf

¹⁰ Luchetti, Alberto J. “Los jueces y algunos aminos del control de convencionalidad”, en “El control de convencionalidad”. Coord. Susana Albanese. EDIAR. Buenos Aires, Argentina, 2008, p. 140: “El Estado viene a cuentas ante la Corte en forma integral, como un todo (...) la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la discusión de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio –sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto- y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad” (Corte IDH. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 140, párr. 172). Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile (...) párr.. 123 (...) Caso La Cantuta vs. Perú (...) párr.. 173).