

**La inclusión en la teoría  
de la democracia de Roberto Gargarella.  
Preguntas sobre el principio de  
participación de todas las posibles  
afectadas en el caso *Gelman vs. Uruguay*\*\***

**Inclusion in Roberto Gargarella's  
Democratic Theory.  
Some Questions Regarding  
the All Possible Affected Principle of  
Participation in *Gelman v. Uruguay* Case**

RESUMEN

El artículo plantea algunas inquietudes sobre el análisis que Gargarella hace de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Gelman vs. Uruguay*. Aceptando la idea principal de que las decisiones pueden *gradarse* según su legitimidad democrática, cuestiona que la Ley de Caducidad uruguaya haya sido legítima en un grado significativo y por tanto haya debido respetarse en su validez por la Corte Interamericana. Ello por cuanto la decisión no fue tomada por *todas las personas posiblemente afectadas* por la misma. Este principio normativo de inclusión es fundamental para la teoría de la democracia de Gargarella, sin embargo, no fue considerado en su análisis del caso. El artículo explora las consecuencias de tomarse en

\* Profesora asociada del Departamento Académico de Derecho del ITAM, Nivel 1 del Sistema Nacional de Investigadores del CONACYT México. Contacto: micaalterio@yahoo.com  
ORCID: 0000-0001-8729-9647.

Quiero agradecer al equipo organizador de este homenaje y a la *Revista Derecho del Estado* las prórrogas que me concedieron para entregar este artículo en medio de la pandemia por Covid-19. Sin duda, permitieron que el impacto diferenciado que tiene esta crisis en las investigadoras que además somos madres de niñas pequeñas sea de alguna manera mitigado.

\*\* Recibido el 3 de julio de 2020, aprobado el 4 de febrero de 2021.

Para citar el artículo: ALTERIO, A. M. *La inclusión en la teoría de la democracia de Roberto Gargarella. Preguntas sobre el principio de participación de todas las posibles afectadas en el caso Gelman vs. Uruguay*. En *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia. N.º 49, mayo-agosto de 2021, 111-130.

DOI: <https://doi.org/10.18601/01229893.n49.07>

serio el principio de inclusión y los problemas prácticos que este aparece, en especial respecto de la constitución del *demos*. Finalmente, propone una alternativa de solución mediante la justicia constitucional/convencional, de acuerdo con un entendimiento procedimental de la misma basado en la participación, según lo pensó J. H. Ely.

#### PALABRAS CLAVE

Gargarella, Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Gelman vs. Uruguay*, inclusión, principio de participación de todas las posibles afectadas, teoría de la democracia deliberativa, control judicial de constitucionalidad, J.H. Ely.

#### ABSTRACT

The article raises some questions about Gargarella's analysis of the Inter-American Court of Human Rights' ruling in *Gelman v. Uruguay*. It accepts the main idea regarding the possibility to grad democratic legitimacy of decisions, but it questions that the Uruguayan amnesty has had a high degree of legitimacy. This is because the decision was not made by *all possibly affected people*. This normative principle of inclusion is fundamental to Gargarella's theory of democracy, however, it was not considered in his analysis of the case. The article explores the consequences of taking the principle of inclusion seriously and the practical problems that it involves, especially regarding the *constitution of the demos*. Finally, it proposes an alternative solution through a procedural understanding of judicial review based on participation, as proposed by J.H. Ely.

#### KEYWORDS

Gargarella, Inter-American Court of Human Rights, *Gelman v. Uruguay* case, all possible affected principle of participation, inclusion, democratic theory, judicial review, J.H. Ely.

#### SUMARIO

Introducción. 2. El caso *Gelman*, su análisis y un cuestionamiento. 3. El principio de participación de todas las posibles afectadas en la teoría de la democracia de Gargarella. 4. Sobre la relación entre la función de la justicia constitucional y el principio de inclusión. A modo de conclusión. Referencias.

## INTRODUCCIÓN

Las aportaciones de Roberto Gargarella a la teoría constitucional no tienen que ser explicadas. Sin dudas podemos decir que es uno de los académicos contemporáneos más interesantes e influyentes de América Latina. En lo personal, su influencia ha sido determinante. Como profesor me enseñó a ver el derecho constitucional como indisolublemente ligado a la teoría política y, en este sentido, al compromiso democrático e igualitario. Como persona, ha sido siempre un ejemplo de generosidad, trabajo y coherencia, lo que lo convierte felizmente en un modelo a seguir.

Con el ánimo de realizar un homenaje que haga honor al sentido crítico de su trayectoria académica, en este texto quisiera plantear algunas inquietudes que me generó el artículo “Sin lugar para la soberanía popular. Democracia, derechos y castigo en el caso *Gelman*”<sup>1</sup>. Como siempre, el análisis hecho por Gargarella del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en *Gelman vs. Uruguay*<sup>2</sup> me hizo pensar y, en principio, adherir casi automáticamente a sus objeciones en general. Comparto las reticencias a la supremacía judicial desde la aceptación de los desacuerdos interpretativos y el punto de vista democrático, que se profundizan cuando de cortes internacionales se trata y, sin duda, siento afinidad por las teorías alternativas al reproche estatal en materia penal. Sin embargo, algo del análisis me resultaba incómodo e iba más allá del resultado lógico de confirmar la amnistía para delitos de lesa humanidad al que llevaba. Quizá un claroscuro que me surgía de los presupuestos justificatorios de la teoría democrática defendida por Gargarella y su relación con el control judicial de constitucionalidad/convencionalidad en el caso.

Intentaré explicar esta inquietud en las páginas que siguen. En el apartado 1 resumiré la crítica de Gargarella a la resolución en *Gelman* y plantearé algunas preguntas. En el apartado 2 me centraré en una de las condiciones de la teoría de la democracia deliberativa a la que adhiere Gargarella: el *principio de participación de todas las personas posiblemente afectadas por la decisión*. A partir de allí esbozaré los puntos que encuentro problemáticos para su aplicación al caso. En el apartado 3 intentaré pensar el mismo principio en relación con la función de la justicia constitucional. Para esto daré una “vuelta” a la interpretación que hiciera Ely de la nota al pie de página n.º 4 en el caso *United States v. Carolene Products*, retomado por Gargarella en

1 GARGARELLA, R. *Sin lugar para la soberanía popular. Democracia, derechos y castigo en el caso Gelman*. SELA Papers. 125, 2013. Disponible en: [https://digitalcommons.law.yale.edu/yls\\_sela/125](https://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/125) También publicado en GARGARELLA, R. *Castigar al prójimo. Por una refundación democrática del derecho penal*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2016, cap. 4, 91-124, que será el que se cite.

2 Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Sentencia de Fondo y Reparaciones del 24 de febrero de 2011.

varias oportunidades, especialmente respecto de la protección de minorías. Terminaré con una breve reflexión final.

## 1. EL CASO *GELMAN*, SU ANÁLISIS Y UN CUESTIONAMIENTO

Gargarella comienza su artículo “Sin lugar para la soberanía popular” con un resumen de la resolución de la Corte IDH contra Uruguay en el caso *Gelman*. El quid de la cuestión se presenta respecto de la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado (en adelante, Ley de Caducidad)<sup>3</sup> que la Corte IDH declara contraria a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Según la Corte, dicha ley fue el principal obstáculo para las investigaciones en el caso de desaparición forzada de María Claudia García de Gelman y de sustracción, supresión y sustitución de identidad y entrega a terceros de su hija –en ese momento recién nacida– María Macarena, en perjuicio de Juan y María Macarena Gelman<sup>4</sup>.

Adquiere importancia para el análisis el hecho de que la Ley de Caducidad fuera promulgada por Uruguay democráticamente en 1986 y “luego respaldada popularmente a través de *dos consultas directas con la ciudadanía*”<sup>5</sup>. La primera vez, por medio de un referéndum celebrado en 1989, y la segunda, con ocasión de un plebiscito sobre un proyecto de reforma constitucional por el que se habrían declarado nulos los artículos 1 a 4 de dicha ley, realizado en 2009<sup>6</sup>.

El primer punto del análisis de Gargarella –que será al que dedique este trabajo– se centra en lo que él denomina *problema de la gradación democrática* y, en sus palabras, “nos exige reflexionar sobre los modos de lidiar con diversas manifestaciones colectivas y democráticas”<sup>7</sup>. Aquí el argumento del autor es claro y difícilmente rebatible: “la decisión de la Corte de considerar igualmente carentes de validez jurídica a *todas* las amnistías aparecidas en relación con violaciones graves de derechos humanos, a pesar de sus diferencias evidentes y relevantes, pued[e] resultar, en principio, poco sutil y, en definitiva, injusta”<sup>8</sup>. Esto en razón de la diferente *legitimidad democrática* que las distintas amnistías ostentan.

Resumiendo, Gargarella ilustra este problema comparando cuatro amnistías que se dieron en América Latina en los últimos 30 años: 1. La auto-amnistía

3 Ley 15.848 de 1986, que “estableció la caducidad del ejercicio de la pretensión punitiva del Estado respecto de los delitos cometidos hasta el 1.º 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*”. Gargarella. *Castigar al prójimo*, cit. 94.

4 Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*, cit., párr. 245.

5 GARGARELLA. *Castigar al prójimo*, cit. p. 91, cursivas en el original.

6 Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*, cit., párr. 238.

7 GARGARELLA. *Castigar al prójimo*, cit., 92.

8 *Ibid.*, 96.

dictada por el Proceso de Reorganización Nacional en Argentina en 1983 (antes de la vuelta a la democracia); 2. La auto-amnistía dictada en 1995 por Fujimori en Perú, después de la masacre de Barrios Altos; 3. Las llamadas “leyes de impunidad” dictadas por el gobierno democrático de Raúl Alfonsín en Argentina, a saber la “Ley de Punto Final” (23.492) de 1986 y la “Ley de Obediencia Debida” (23.521) de 1987, en el marco de levantamientos militares que amenazaron la paz; y 4. La Ley de Caducidad uruguaya bajo análisis.

La enumeración realizada se corresponde con la *gradación democrática* de dichas normas, de menor a mayor, donde la norma 1 está en el extremo de falta de legitimidad democrática; la 2, en un nivel de muy baja legitimidad; en el caso 3 se trata de normas democráticas que están golpeadas en su legitimidad por presiones ilegítimas; y en el caso 4, de normas democráticamente legítimas en un grado significativo<sup>9</sup>. Nótese que las razones por las cuales la gradación democrática de las decisiones cambia no son las mismas. En los casos 1 y 2, estamos ante *auto-amnistías*, decididas por los mismos actores que cometieron los hechos susceptibles de ser juzgados, sin un Congreso representativo funcionando, por lo que hay un déficit de *inclusión* y *deliberación* importante. En el caso 1, la legitimidad es aún menor porque ni siquiera hay un régimen político elegido democráticamente. El caso 3 tiene una legitimidad superior puesto que hay un sistema democrático e inclusivo funcionando, pero la decisión se da en un contexto de *coerción indebida* que hace que pierda legitimidad. El caso 4, en cambio, parece cumplir tanto con los requisitos de inclusión y deliberación como con el de libertad (y por tanto no coerción) de forma reiterada.

A diferencia de la débil consideración que la Corte IDH hizo a este respecto, zanjando cualquier matiz con el argumento según el cual:

La incompatibilidad respecto de la Convención incluye a las amnistías de graves violaciones de derechos humanos y no se restringe sólo a las denominadas ‘autoamnistías’ y ello en atención, más que al proceso de adopción y a la autoridad que emitió la ley de amnistía, a su *ratio legis*: dejar impunes graves violaciones al derecho internacional cometidas. La incompatibilidad de las leyes de amnistía con la Convención Americana en casos de graves violaciones de derechos humanos no deriva de una cuestión formal, como su origen, sino del aspecto material[,] en cuanto violan los derechos consagrados en los artículos 8 y 25, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención<sup>10</sup>,

Gargarella insiste, a mi criterio con razón, en que se debió hacer un especial esfuerzo argumentativo para distinguir unas amnistías de otras y tener respeto

9 *Ibid.*, 96-102.

10 Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*, cit., párr. 229.

hacia los procesos democráticos que implican altos niveles de deliberación y reflexión colectivos complejos, como sucedió en el caso uruguayo<sup>11</sup>.

No bastaba tampoco con afirmar que “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>12</sup>, como afirmó la Corte siguiendo a Ferrajoli<sup>13</sup>. Justamente, resalta Gargarella, porque existen profundos desacuerdos en torno a cuáles son los derechos, cuáles son sus contenidos y contornos, es que necesitamos un procedimiento de toma de decisiones basado en el uso de la regla de la mayoría<sup>14</sup>. Ningún otro procedimiento (incluyendo aquellos ante instancias judiciales), ni grupo de personas (incluyendo a jueces y juezas) puede reemplazar a la ciudadanía en estas decisiones, sea que las tome a través del Congreso democrático o en forma directa mediante referéndums o plebiscitos.

Si bien Gargarella no ahonda demasiado en el artículo sobre el porqué de estas afirmaciones, basta con acudir a cualquiera de sus múltiples aportaciones para encontrar respuestas contundentes. El procedimiento democrático deliberativo es el único que cuenta con los presupuestos epistémicos adecuados para la toma de decisiones colectivas imparciales. Siguiendo a Nino, afirma que las bases esenciales de dicho procedimiento son *la inclusión y la discusión*<sup>15</sup>.

De modo más específico, el proceso deliberativo *ideal* tiene las siguientes características: es una conversación abierta sobre los asuntos públicos fundamentales; incluye la *participación de todos los posibles afectados* por la decisión<sup>16</sup>; es genuinamente deliberativo, es decir que los participantes intercambian y discuten sus puntos de vista, son sensibles a las ideas de otros y están motivados a cambiar las opiniones propias siempre que reconozcan un mejor argumento; es igualitario y finaliza cuando se llega a un acuerdo unánime entre todos los participantes<sup>17</sup>. Debido a la imposibilidad, en condiciones no ideales, de contar con tiempo suficiente para llegar a decisiones

11 Gargarella. *Castigar al prójimo*, cit., 103.

12 Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*, cit., párr. 239.

13 Criticando específicamente interpretaciones como esta, me permito hacer referencia a un trabajo anterior, *La “esfera de lo indecible” en el constitucionalismo de Luigi Ferrajoli: un análisis crítico*. En *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*. N.º 13, 2011, 3-36.

14 GARGARELLA. *Castigar al prójimo*, cit. p. 109, con cita de WALDRON, J. *Derecho y desacuerdos*. Madrid: Marcial Pons, 2005.

15 GARGARELLA, R. ¿Por qué nos importa el diálogo? “La cláusula del ‘no obstante’”, “compromiso significativo” y audiencias públicas. Un análisis empático pero crítico. En *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. Año III, n.º 5, 2017, 165, nota 5.

16 Citando a HABERMAS, J. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta, 2008.

17 GARGARELLA. ¿Por qué nos importa el diálogo?, cit., 164-165.

unánimes por consenso, el sucedáneo regimentado del discurso ideal en el sistema democrático *real* es la votación mayoritaria<sup>18</sup>.

Como bien surge de esta caracterización y hace notar Gargarella, el elemento plebiscitario no es ni determinante, ni el más interesante al momento de gradar la legitimidad democrática<sup>19</sup>. De hecho, lo que da legitimidad robusta a la decisión uruguaya no es el hecho de haberse sometido a múltiples instancias de decisión mayoritaria, sino el hecho de que las mismas se dieron en contextos de deliberación transparentes, limpios y ampliamente participativos<sup>20</sup>.

Es justamente respecto de dicha afirmación que se genera mi incomodidad. Si Gargarella adhiriera a una teoría de la democracia estatal, meramente procedimental minimalista<sup>21</sup> o mayoritarista<sup>22</sup>, en conjunto con su visión crítica a las formas tradicionales de revisión judicial, nada habría para objetar en su impugnación a la decisión de la Corte IDH en el caso *Gelman*. La decisión de Uruguay –una democracia con relativo buen funcionamiento– de mantener los efectos de la Ley de Caducidad, primero por medio del Congreso electo y luego ratificándola por mecanismos de democracia directa, debería prevalecer frente a cualquier otra decisión que no fuera tomada mediante la regla de la mayoría. Pero Gargarella considera que lo que da legitimidad a una decisión no es “el mero peso de los números” (que según él refleja una concepción muy débil de la democracia), sino un cúmulo de condiciones presentes en el proceso democrático que nos hacen confiar en que es el mejor para la toma de decisiones, entre ellas, la participación de todas las posibles afectadas.

Ahora bien: ¿quiénes son todas las posibles afectadas por la Ley de Caducidad analizada en el caso *Gelman*? Una solución fácil, por obvia, sin los matices que Gargarella considera adecuados para realizar gradaciones en la legitimidad democrática de las decisiones, sería decir que son los ciudadanos y ciudadanas de Uruguay. Sin embargo, si nos tomamos en serio el ideal regulativo, considero que esta es una respuesta deficiente. En el acápite que

18 NINO, C.S. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997, 166, reconociendo que este paso de la unanimidad a la mayoría puede significar decisiones parciales en contra de las minorías. He de advertir que encuentro una tensión en la postura de Gargarella entre, por un lado, aceptar la teoría epistémica de Nino, cuyo resultado ideal es el consenso unánime, y por el otro, adherir al hecho del desacuerdo marcado por las “cargas del juicio”, propia de la teoría de Waldron. Véase WALDRON. *Derecho y desacuerdos*, cit., 111-113. Esto es independiente del hecho de que Gargarella considere que puede defenderse una concepción epistémica de la democracia que no se comprometa con la verdad moral, sino que busque conocer (episteme) el punto de vista de todos los participantes en la deliberación y sus argumentos en vistas de lograr decisiones más imparciales. GARGARELLA. *Castigar al prójimo*, cit., 172. Pues la tensión no está en si el resultado a alcanzar es o no la verdad moral, sino en la posibilidad misma del consenso.

19 *Ibid.*, cit., 103.

20 *Ibid.*, 124.

21 Véase PRZEWORSKI, A. *Una defensa de la concepción minimalista de la democracia*. En *Revista Mexicana de Sociología*. Vol. 59, n.º 3, 1997, 3-36.

22 O “estadística”, según la caracterización de DWORKIN, R. *Equality, Democracy, and Constitution: We the People in Court*. En *Alberta Law Review*. Vol. 28, n.º 2, 1989-1990, 324-346.

sigue intentaré explicar este punto para de allí pasar a analizar si es posible establecer una gradación de la legitimidad democrática de las decisiones según el principio de inclusión y, sobre todo, si existe alguna solución práctica para atender estos matices.

## 2. EL PRINCIPIO DE PARTICIPACIÓN DE TODAS LAS POSIBLES AFECTADAS EN LA TEORÍA DE LA DEMOCRACIA DE GARGARELLA

Como apunté más arriba, la inclusión es una de las bases normativas para la teoría de la democracia deliberativa que sostiene Gargarella. Ahora bien, ¿cuál es el alcance de dicha inclusión? ¿Existen criterios para juzgar cuándo es legítima la exclusión de ciertas personas del grupo que tomará una decisión y cuándo la inclusión es obligatoria?<sup>23</sup>. Estas preguntas no son triviales, pues no solo permiten establecer el *demos* al que se le someterá una decisión, sino también calificarlo como democrático (o no) e, incluso, graduar la legitimidad de sus decisiones.

Frecuentemente los estudios sobre democracia se circunscriben a tratar el tema de la inclusión *intra-grupo*. Podríamos así afirmar, siguiendo un ejemplo de Dahl, que no es democrática una comunidad en la que la gran mayoría de la población es negra pero donde las personas negras están excluidas de la toma de decisiones<sup>24</sup>. Lo mismo podríamos decir de otra comunidad en la que las mujeres sean las excluidas, aunque los hombres tomen las decisiones siguiendo un procedimiento perfectamente democrático<sup>25</sup>. De hecho, sabemos que la inclusión “total” no es posible. Un caso típico de exclusión, justificado en términos de competencia, es la de niños y niñas<sup>26</sup>; otros más controvertidos, en cambio, son los de personas migrantes residentes, personas privadas de libertad o personas con alguna discapacidad mental. Según sea el caso y los criterios utilizados, podríamos *gradar* la legitimidad democrática de las decisiones que toma la comunidad en cuestión.

Ahora bien, el problema de la inclusión excede completamente dichas consideraciones internas, pues aún exige resolver el problema anterior de la

23 DAHL, R. *Democracy and its Critics*. New Haven: Yale University Press, 1989, 119.

24 *Ibid.*, 121. El ejemplo funcionaría igual si la población negra no fuera mayoritaria. Agradezco al/a par dictaminador/a por esta observación.

25 Claro que estos, para mí obvios, ejemplos de comunidades no democráticas no lo son para todo el mundo. Según Schumpeter, “*there have been nations that practiced discrimination of the kind alluded to and nevertheless displayed most of those characteristics which are usually associated with democracy*”. SCHUMPETER, J. *Capitalism, Socialism and Democracy*. New York: Harper Collins, 2008, 244.

26 Estaría dispuesta a debatir sobre si esta es una justificación adecuada o no, aunque tengo la intuición de que, de serlo, tendría que ser graduable y no podría establecerse en términos absolutos como se hace en la mayor parte de las comunidades políticas; pero no es este el lugar para esa discusión. Sobre el punto, véase DAHL. *Democracy and its Critics*, cit., 124-127.

propia “constitución del *demos*”<sup>27</sup>. Cualquier teoría democrática, por tanto, tiene que enfrentar dicha cuestión lógicamente previa y más fundamental sobre la constitución apropiada del *pueblo* o unidad dentro de la cual se va a practicar el gobierno democrático<sup>28</sup>. Establecer estas “fronteras” no es sencillo. Tan es así que, según Dahl, determinar qué personas tienen un reclamo legítimo de ser incluidas en el *demos* es uno de los problemas más difíciles que enfrenta la teoría democrática<sup>29</sup>. Hasta el punto de que, incluso en muchos casos, la doctrina ha entendido que queda fuera del alcance de la teoría de la democracia<sup>30</sup>.

En este sentido, hay quienes consideran que la constitución del *populus* es algo puramente contingente y que tiene asiento particularista e histórico<sup>31</sup>. Dentro de esta tendencia, es notoria la postura de Schumpeter, para quien hay que dejar que cada pueblo se defina a sí mismo. De este modo, no habría un criterio “externo” que valide dicha composición; todo lo que importa es que la sociedad en cuestión la admita<sup>32</sup>. En este orden de ideas, asumir la frontera territorial del Estado nación como la extensión apropiada para la inclusión implica aceptar lo accidental y/o arbitrario de la conformación de un pueblo<sup>33</sup>.

Pero hay quienes no se conforman con la fuerza de la historia, bien porque las fronteras del pueblo mismo son objeto de desacuerdo, y en ese caso cualquier apelación al pueblo es insuficiente<sup>34</sup>, o bien porque buscan una justificación democrática para establecer dichos límites, que a la vez otorgue legitimidad a lo decidido. Gargarella, así como en general quienes adhieren a la teoría de la democracia deliberativa, intenta este último camino al brindar un criterio normativo al alcance de la inclusión: deben participar en la toma de decisiones todas las personas posiblemente afectadas por la misma<sup>35</sup>.

27 Como la llama GOODIN, R. *Enfranchising All Affected Interests, and its Alternatives*. En *Philosophy & Public Affairs*. 35, n.º 1, 2007, 40.

28 WHELAN, F. *Prologue. Democratic Theory and the Boundary Problem*. En *Nomos*. Vol. 25, 1983, 13.

29 DAHL. *Democracy and its Critics*, cit., 119 y ss.

30 Así WHELAN. *Prologue*, cit., 16, afirma: “*Boundaries compromise a problem, however, that is insoluble within the framework of democratic theory, and it may be that democracy is practicable only when a historically given solution of this issue (justifiable or not, by some theory other than democratic theory) is acceptable*”.

31 DAHL. *Democracy and its Critics*, cit., 120.

32 SCHUMPETER. *Capitalism, Socialism and Democracy*, cit., 244.

33 Aunque esta afirmación no es generalizable. Un intento de dar razones democráticas para aceptar que las fronteras territoriales estatales deben delimitar el *demos* puede encontrarse en SONG, S. *The Boundary Problem in Democratic Theory: Why the Demos Should Be Bounded by the State*. En *International Theory*. Vol. 4, n.º 1, 2012, 39-68.

34 NÄSTRÖM, S. *The Challenge of the All-affected Principle*. En *Political Studies*. Vol. 59, 2011, 116. Los casos claros en que se disputan dichas fronteras son los de reclamos de secesión. Véase un análisis específico de este tema, respecto del reclamo de secesión de Cataluña, en LUQUE, P. *The Who: Is it Possible to Democratically Determine the Demos Entitled to Secession?* En *Analisi e diritto*. Julio, 2020, *forthcoming*.

35 Este criterio, por ejemplo, es seguido por Martí, quien lo establece como el elemento democrático del modelo, que “hace de la democracia deliberativa una teoría fuertemente inclusiva”.

Esta propuesta normativa parece ser intuitivamente la más plausible, además de la que mejor cumple con la idea de autogobierno colectivo<sup>36</sup>, pero no por eso está exenta de dificultades. Entre ellas, quizá la más compleja sea cómo hacer para determinar quiénes son las personas que califican para ser parte de la toma de una decisión particular, lo que dependerá a su vez del contenido o impacto esperado que vaya a tener dicha decisión<sup>37</sup>.

Permítaseme entonces volver a la Ley de Caducidad uruguaya impugnada ante la Corte IDH por la familia Gelman. Para poder afirmar, como hace Gargarella, que las sucesivas decisiones en torno a su validez son legítimas en un grado significativo, habría que asumir como equivalentes las nociones “todas las personas posiblemente afectadas por la decisión” y “la ciudadanía uruguaya”, cosa que me parece injustificada. Me parece injustificada en términos de una teoría de la democracia en general<sup>38</sup>, pero más aún en su aplicación al caso particular.

MARTÍ, J. L. *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*. Madrid: Marcial Pons, 2006, 78, cursivas del original. Sin embargo, al momento de asentarlos, acude a un argumento circular: “resultan potencialmente afectados [...] aquellos que el ordenamiento jurídico identifica como sujetos políticos: los *ciudadanos* que residen en el ámbito territorial de la norma que se espera dictar tras tomar la decisión”. *Ibid.*, 79, cursivas del original. Afirmación que, según sostendré, hace perder toda la fuerza normativa al principio en cuestión. Por supuesto, el criterio de *todas las posibles afectadas por la decisión* tiene rivales. Entre ellos están los que se basan en el principio de sujeción o coerción, según el cual deben ser parte del *demos* todas las personas que están sometidas a las decisiones colectivas. Véase, p. ej., ABIZADEH, A. *Democratic Theory and Border Coercion: No Right to Unilaterally Control Your Own Borders*. En *Political Theory*. Vol. 36, n.º 1, 2008, 37-65. También se establecen los principios del consentimiento, de la membresía social, de las identidades constituidas, entre otros. Véase OWEN, D. *Constituting the Polity, Constituting the Demos: On the Place of the All Affected Interest Principle in Democratic Theory and in Resolving the Democratic Boundary Problem*. En *Ethics & Global Politics*. 5, 3, 2012, 130. No es el objetivo de este ensayo analizar ni comparar estas alternativas, sino solo repensar los alcances del principio que adopta Gargarella, en particular aplicado a su análisis del caso *Gelman*.

36 Que está indisolublemente ligada a la idea milliana según la cual cada individuo es por sí mismo el mejor juez de sus propios intereses (WHELAN. *Prologue*, cit., 16, 18) y con la idea igualitaria según la cual todos los intereses cuentan igual y por tanto tienen el mismo poder político al momento de la decisión (GOODIN. *Enfranchising all Affected Interests, and its Alternatives*, cit., 50). Una y otra idea compartidas por Gargarella.

37 WHELAN. *Prologue*, cit., 16. Lo que, según el autor, genera dos dificultades prácticas importantes: la primera es que el principio requerirá una *constituency* de votantes o participantes diferente para cada decisión; la segunda, más profunda, es que antes de cada decisión sobre un tema particular debería tomarse una decisión previa que determine quién será afectado por la misma y por tanto podrá participar. Lo que en realidad muchas veces solo puede definirse una vez que la política o la ley en cuestión se decidió. *Ibid.*, 19.

38 WHELAN, de hecho, considera que “*the all affected principle*” no puede implementarse en el contexto de los Estados en el que normalmente se aplica la teoría de la democracia. En sus palabras: “*Public decisions, authoritative and binding as they are, are made (when they are made democratically) not by those affected, but rather by all the eligible voters or citizens (or their representatives) in the previously delimited political unit on whose agenda the question has arisen*”. *Ibid.*, 18. En sentido similar, Goodin critica la idea según la cual los grupos definidos territorialmente, nacionalmente o por la historia deban tomar decisiones juntos pues se supone

Puntualmente aquí tenemos algunos elementos claros para negar tal equiparación. Para empezar, los hechos comprendidos por la amnistía no tuvieron una ejecución *territorialmente* circunscrita al Estado uruguayo. Como bien se relata en el caso ante la Corte IDH, muchos de ellos se cometieron dentro de lo que se conoce como “Plan Cóndor”, que coordinaba las acciones del Estado uruguayo con las de los Estados de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile y Paraguay<sup>39</sup>. Tampoco sus *víctimas* ni sus *victimarios* directos se pueden reducir a los nacionales de un país. En el caso específico, la familia Gelman (demandante) es de nacionalidad argentina; María Claudia García de Gelman (desaparecida en Uruguay) fue secuestrada en Argentina (probablemente por fuerzas de seguridad de ese país) y trasladada contra su voluntad a Uruguay, donde nació María Macarena Gelman (en cautiverio), a quien se le asignó la nacionalidad uruguaya y una familia de ese país, sustrayéndosele su identidad (todo esto probablemente por agentes de seguridad de Uruguay).

Entonces, a la hora de *gradar* la legitimidad democrática de la decisión sobre la Ley de Caducidad uruguaya podemos llegar a conclusiones distintas según tengamos en cuenta el principio de inclusión de todas las posibles afectadas por la decisión, o no. Claro está que estas gradaciones dependerán de qué se entienda por “afectación”, lo que tampoco es pacífico. Goodin distingue entre los intereses *realmente* afectados y aquellos *posiblemente* afectados por la decisión<sup>40</sup>. En este entendimiento, establecer quiénes son las personas *realmente* afectadas por la decisión dependerá de cuál sea la decisión, lo que a su vez dependerá de quién tome la decisión. Por tanto, según el autor, este principio es incoherente<sup>41</sup>. Por su parte, quiénes sean *posiblemente* afectadas estará definido ya no solo por la decisión que se tome, sino, más ampliamente, por el rango de cursos de acción alternativos posibles al momento de tomar la decisión. Lo que incluye cualquier cosa que pueda pasar como resultado de la decisión y en cualquier medida<sup>42</sup>.

comparten intereses comunes y recíprocos, afirmando que la correlación entre territorialidad, nacionalidad o historia e intereses compartidos está lejos de ser perfecta. Goodin. *Enfranchising all affected interests, and its alternatives*, cit., 48-49.

39 Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*, cit., párr. 44 y ss.

40 GOODIN. *Enfranchising All Affected Interests, and its Alternatives*, cit., 52-55, los llama “The ‘All Actually Affected Interests’ Principle” y “The ‘All Possibly Affected Interests’ Principle”. Luego, en pp. 56 y ss., reconfigura los principios a “The ‘All and Only Affected Interests’ Principle”, y “The ‘All Probably Affected Interests’”, pero los detalles de estas diferenciaciones no cambian demasiado la argumentación que quiero sostener aquí.

41 *Ibid.*, 52. Esta afirmación me genera dudas en su aplicación al caso que estoy analizando, pues la particularidad de que la Ley de Caducidad recaiga sobre hechos transcurridos en el pasado (que no se espera que se repitan), y que por tanto ya tienen unos “ganadores y perdedores” reales e identificables, desdibuja, a mi juicio, la crítica de circularidad. Una defensa de la formulación del principio “*all actually affected*” en contra del argumento de la incoherencia de Goodin, en OWEN. *Constituting the Polity, Constituting the Demos*, cit., 131-133.

42 GOODIN. *Enfranchising All Affected Interests, and its Alternatives*, cit., 54.

Volviendo otra vez al caso, si adoptamos un concepto de afectación “real”, difícilmente podremos afirmar que las víctimas (directas o indirectas) y los victimarios de los delitos amnistiados son *afectadas* por la Ley de Caducidad *de igual manera* que el resto de la ciudadanía uruguaya que, o bien no vivió (ni vivirá nunca) la dictadura, o bien la transcurrió sin que tuviera mayores consecuencias en su vida<sup>43</sup>. Si aceptamos este punto de vista, las decisiones uruguayas de validar la Ley de Caducidad fueron sobre-inclusivas respecto del resto de la sociedad y sub-inclusivas respecto de víctimas y victimarios no nacionales<sup>44</sup>.

43 Si es que esto se puede decir, cosa que dudo. En todo caso, lo que la identificación de víctimas y victimarios permitiría frente al resto de la sociedad en términos de afectación real es –otra vez– *gradar* las afectaciones. Incluso, más minuciosamente, sería posible una gradación *diferencial* entre víctimas y victimarios, dadas las asimetrías de poder y las consecuencias de exterminio o graves violaciones a sus derechos humanos que tuvieron los hechos para las primeras. Estas opciones no son disparatadas en términos prácticos. Un ejemplo del primer corte sería la toma de decisiones en convenios colectivos de trabajo, en los que la participación se restringe a representantes de trabajadoras y patronales, según la actividad. Un ejemplo del segundo corte lo tenemos en la consulta previa indígena (prevista en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo) que permite la intervención sobre acciones que pudieran afectar sus territorios, modos de vida, recursos naturales, etc. *solo a quienes forman parte del pueblo indígena*, independientemente de que la decisión vaya a afectar también al resto de la población del Estado en que la comunidad indígena se asienta (por caso, porque se quede sin la posibilidad de tener una fuente de energía aeólica o hídrica para satisfacer sus necesidades, o pierda la posibilidad de extraer ciertos minerales que pueden servir a sus industrias, o algunas fuentes de trabajo en dichos emprendimientos, etc.) o a las empresas emprendedoras de los proyectos consultados en particular (que pierden el negocio). Este último mecanismo, cuando su resultado es vinculante, satisface de mejor manera el principio de “todas las personas afectadas”, moldeándolo según una afectación diferenciada. Ahora bien, esta previsión es aún más compleja de extender a todo tipo de decisión, sin contar con que podría implicar dos consecuencias sociales no plausibles: 1. Podría significar asumir la imposibilidad de participar y decidir teniendo en cuenta los intereses de otras personas que no sean los propios, con un desincentivo fuerte en términos de solidaridad; y, 2. Podría sugerir asimismo la posibilidad de plantear votos “calificados” según el grado de afectación o derechos de veto, rompiendo el principio igualitario en la toma de decisiones. Algunos análisis de estos problemas en SONG. *The Boundary Problem in Democratic Theory*, cit., 59. También en KYMLICKA, W. *Multicultural Citizenship*. UK: Oxford University Press, 2013, 138-144.

44 Una objeción a la alegada sub-inclusión podría hacerse sosteniendo que lo que debe incluirse no es necesariamente a todas las *personas* posiblemente afectadas sino a todos los *intereses* posiblemente afectados. En este traslado, ya no importa si una persona es parte o no del *demos*, sino si alguien, al menos una persona dentro de este (independientemente de la extensión del mismo), sostiene esos intereses de modo que sean considerados en la deliberación. Pero esta lógica se complica tanto para la calificación democrática del *demos* como cuando de decisiones no consensuales se trata. Si, debido al desacuerdo, la decisión es *mayoritaria*, el resultado dependerá de la previa inclusión o no de ciertas personas. Es decir, si cambia la composición del *demos*, es altamente probable que cambien también las mayorías y, por tanto, el resultado de la decisión. En una línea argumental diferente, Owen realiza la distinción normativa entre las demandas para que los intereses de una persona sean imparcialmente *considerados* y el requerimiento de que la persona tenga *derecho a participar* en el proceso de toma de decisiones de las leyes que la sujetarán. OWEN. *Constituting the Polity, Constituting the Demos*, cit., 146.

Ahora bien, si tomamos un concepto de afectación “posible”, que es el que surge de la enunciación que del principio hace Gargarella, es claro que delitos como los comprendidos por la amnistía tuvieron un impacto mucho más allá de las personas involucradas de forma directa e indirecta. De hecho, estos son crímenes “ofensivos para la humanidad toda”<sup>45</sup>, y aquí el argumento de sub-inclusión es aún más patente<sup>46</sup>. Una consecuencia de aceptar el principio así configurado es que “virtualmente (o quizá literalmente) toda persona en el mundo –o incluso toda persona en todos los posibles mundos futuros– debería tener derecho a votar en cualquier proposición, o en cualquier proposición sobre una proposición”<sup>47</sup>. Es esta última comprensión “expansiva” la que ha ido adquiriendo mayor desarrollo en la doctrina, y trae como consecuencia pensar en gobiernos mundiales, en instancias internacionales de apelación o compensación, o en Estados con *demos* cosmopolitas<sup>48</sup>. Retomaré este punto en el apartado siguiente.

En vista de todo esto, ¿podría decirse que la decisión de validar la Ley de Caducidad fue tomada por todas las personas posiblemente afectadas por la decisión? Si aceptamos que no es así, entonces, ¿no habría que *matizar la gradación democrática* de dicha decisión a la luz del principio de inclusión, así como se graduó la legitimidad de las otras amnistías?

Este cuestionamiento no entraña decir que la Corte IDH hizo la valoración correcta respecto de la Ley de Caducidad en términos democráticos. Comparto con Gargarella el juicio sobre lo pobre de la argumentación en este punto y la necesidad de tomárselo en serio. El caso entonces, en mi opinión, exige más argumentos, no menos. En este sentido, lo que sugiero es que tampoco Gargarella hizo todos los matices necesarios al evaluar la decisión uruguaya sobre la Ley de Caducidad y que, por tanto, quizá no sea tan precisa la conclusión de que esta fue una decisión robusta en términos democráticos.

Lo contrario sería conceder que para Gargarella se satisface el principio de inclusión mediante la participación de quienes tienen la ciudadanía en un

45 GARGARELLA. *Castigar al prójimo*, cit., 123; aunque a renglón seguido insista “en la idea de que las diversas comunidades deben tener absoluta primacía para decidir cómo afrontarlos y qué respuesta darles”, sin aclarar qué entiende aquí por comunidad y si esta consideración primaría sobre el principio de participación de todas las afectadas.

46 De modo contundente, Chehtman, con el fin de sostener que la autoridad para decidir sobre estos delitos incumbe a la comunidad internacional, afirma: “Si los crímenes en cuestión son ofensivos para toda la humanidad, entonces la primacía de los uruguayos difícilmente pueda ser absoluta”. CHEHTMAN, A. *Amnistías, democracia y castigo en “Castigar al prójimo”*. En *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*. Año 16, n.º 1, 2018, 162.

47 GOODIN. *Enfranchising All Affected Interests, and its Alternatives*, cit., 55 y 64. Esta “inflación” no es tan descabellada si de decisiones sobre cuestiones medioambientales se trata, pero no exclusivamente. Temas como la migración, la regulación de las comunicaciones y el mundo digital, del sistema financiero, laboral, entre otros múltiples, tienen impactos globales reales.

48 Véase, p. ej., HABERMAS, J. *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*. Barcelona: Paidós, 1999, cap. 3, 107-135.

Estado, y no creo que sea algo que esté dispuesto a aceptar<sup>49</sup>. Tampoco creo que nuestro autor considere sacrificar el principio normativo de inclusión por las dificultades prácticas que implica delimitar la participación a las personas posiblemente afectadas por la decisión<sup>50</sup>, pues la teoría de la democracia deliberativa epistémica que respalda, en tanto teoría normativa de la democracia, se asienta en ideales regulativos a veces difíciles de cumplir acabadamente en la práctica<sup>51</sup>. Entonces, ¿qué opciones *prácticas* se pueden pensar ante los desafíos que plantea la condición normativa de inclusión de todas las personas posiblemente afectadas por cualquier decisión?

### 3. SOBRE LA RELACIÓN ENTRE LA FUNCIÓN DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y EL PRINCIPIO DE INCLUSIÓN

Tanto Gargarella como Nino se apoyaron en las construcciones de Ely para analizar el papel de la justicia constitucional en una democracia. Superando algunas limitaciones que la teoría de Ely presenta<sup>52</sup>, mis compatriotas sostuvieron la idea según la cual la justicia constitucional debe colaborar con y fortalecer el proceso democrático, obrando como una especie de “árbitro” o “*referee*” del mismo<sup>53</sup>. En otras palabras, para estos autores el papel de la justicia constitucional en la democracia deliberativa es eminentemente procedimental y no sustancialista<sup>54</sup>: su objetivo es controlar que el proceso democrático –y

49 Como afirma Owen, la composición del Estado no puede ser un criterio satisfactorio de inclusión, puesto que hace de la legítima composición del *demos* una función de la composición factual y contingente del *demos*, lo que mina cualquier criterio normativo de distinción. Véase OWEN. *Constituting the Polity, Constituting the Demos*, cit., 135.

50 “If, as many would insist, that is wildly impractical then we need to begin thinking what arrangements might best approximate that ideal in some practice that is feasible”. Goodin. *Enfranchising All Affected Interests, and its Alternatives*, cit., 64.

51 En este sentido, ARRHENIUS, G. *The Boundary Problem in Democratic Theory*. En TERSMAN, F. (ed.), *Democracy Unbound: Basic Explorations I*. Stoclm, Filosofiska Institutionen, Stockholms Universitet, 21, rebate las críticas de Whelan y Dahl sobre la imposibilidad práctica del principio de inclusión de todos los afectados, justamente porque no lo consideran como lo que es: *un ideal normativo*. Tomado desde ese lugar, el principio es útil para evaluar los procedimientos prácticos que implementamos en el mundo real según el grado de aproximación a dicho ideal.

52 Véase LINARES, S. *Sobre el ejercicio democrático del control judicial de las leyes*. En *Isonomía*, 28, 2008, 168 y ss.

53 Véase ELY, J. H. *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, 1997, 97-131; GARGARELLA, R. *Una disputa imaginaria sobre el control judicial de las leyes: el “constitucionalismo popular” frente a la teoría de Carlos Nino*. En ALEGRE, M. et al. (coords.), *Homenaje a Carlos S. Nino*. Buenos Aires: La Ley, 2008, 205.

54 Como he sostenido en otro lugar, “[l]a revisión judicial sustancial de las leyes en manos de los jueces no sería aceptable moralmente porque no tiene el fundamento epistémico correcto” (*Una crítica democrática al neoconstitucionalismo y a sus implicancias políticas e institucionales*). Tesis de doctorado, 2015, 263. Disponible en <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/21151>).

sus precondiciones que le dan valor epistémico— funcione correctamente para que, de ese modo, los resultados de dicho proceso —el contenido o sustancia de las decisiones— sean lo más imparciales posible y deban acatarse<sup>55</sup>. En esta lógica procedimental se inscribe la crítica de Gargarella a la sentencia en el caso Gelman y es la que quiero retomar aquí volviendo a Ely.

Ely defiende una función de la justicia constitucional “orientada a la participación y que refuerza la representatividad”, basándose en la nota al pie de página n.º 4 del caso *United States v. Carolene Products*<sup>56</sup>. Utilizaré sus argumentos, sobre todo los relacionados con el tratamiento de las “minorías discretas e insulares”, para aplicarlos al principio de la inclusión de todas las personas posiblemente afectadas por la decisión bajo examen (aun cuando Ely no haya tenido en mente este problema).

En forma muy breve, Ely pretende que los tribunales *garanticen la participación*, no solo en (i) *los procesos políticos* sino también en (ii) *los costos y beneficios que generan esos procesos*. Lo primero (i) se asegura mediante el voto y la libertad de expresión, y en este sentido los tribunales deben impedir tanto las exclusiones arbitrarias a dichos derechos como las obstrucciones a los canales de cambio político que los cristalizan. Lo segundo, en cambio, (ii) no es susceptible de corrección política mediante (i), pues, aunque el sistema democrático representativo funcione bien, no nos asegura la protección efectiva de minorías cuyos intereses difieran de los de la mayor parte de la población<sup>57</sup>. Entonces, corregir las fallas en (i) o (ii) “implica tareas que los tribunales, como expertos en procesos y (más importante aún) por ser ajenos a la política, pueden sostener” porque se encuentran razonablemente mejor calificados y situados para realizarlas que los funcionarios políticos<sup>58</sup>.

Lo interesante es que Ely, para extender la labor de la justicia a (ii), recupera el antiguo concepto de “representación virtual”<sup>59</sup>. El recurso consiste en “atar los intereses de quienes no detentan poder político a los de quienes sí lo tienen”, y los ejemplos que utiliza son de personas que, por no ser parte del *demos*, fueron tratadas de manera menos favorable por quienes decidieron sobre ellas:

... los no residentes son una clase que paradigmáticamente carece de poder político. Su protección procede a través de lo que equivale a un sistema de re-

55 Véase NINO, C. S. *Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad*. En *Cuadernos y Debates*, Centro de Estudios Constitucionales. N.º 29, 1991, 121. También en *La constitución de la democracia deliberativa*, cit., 181 y 275.

56 ELY. *Democracia y desconfianza*, cit., 99 y ss., 112.

57 *Ibid.*, 103.

58 *Ibid.*, 114.

59 Este concepto se utilizó antes de la independencia norteamericana para afirmar que, aunque las colonias no eligieran a nadie (es decir, no fueran parte del *demos*), estaban “virtualmente representadas” en el Parlamento inglés. *Ibid.*, 107.

presentación virtual: al vincular constitucionalmente el destino de los extraños a aquél de quienes detentan el poder político, los constituyentes garantizaron que sus intereses serían bien cuidados<sup>60</sup>.

Pero Ely continúa: “incluso las personas técnicamente representadas pueden hallarse en una situación funcional de impotencia; necesitan entonces una especie de ‘representación virtual’ a través de personas más poderosas que ellas”, haciendo alusión a la Corte Suprema<sup>61</sup>. Nótese que la razón de la extensión de este supuesto a personas que sí son parte del *demos* tiene que ver con los resultados del proceso político que “sistemáticamente colocan en desventaja a alguna minoría”, es decir, las afectan de modo diferenciado<sup>62</sup>.

Mi intuición aquí es que, mediante un giro, este razonamiento puede utilizarse para “corregir” los problemas prácticos de sub y sobre-inclusión de las personas afectadas por las decisiones, según los grados de afectación; unificando así las funciones de los tribunales en (i) y (ii). Por un lado, si hacemos una interpretación “extensiva” del principio de inclusión de todas las posibles afectadas, ante la magnitud de los delitos de lesa humanidad (por seguir con el caso) y la imposibilidad práctica de un gobierno mundial, podría presentarse la “solución” de tribunales internacionales (en el caso, la Corte IDH) que, justamente, tengan como función “representar virtualmente” los intereses de aquellas personas excluidas del *demos* nacional, *atando convencionalmente el destino de los extraños al de quienes detentan el poder político*.

Por otro lado, si adoptamos un entendimiento “restrictivo” del principio de inclusión según los grados diferenciales de afectación, podemos reconfigurar o resignificar la protección de las minorías. Bajo esta lógica, el problema con las minorías perjudicadas por las decisiones ya no es solo que, funcionando bien los procesos democráticos, estas no logran hacer valer sus intereses por una cuestión numérica, sino que el *demos* es sobre-inclusivo y, por tanto, da el poder de decisión sobre un tema determinado a personas (la mayoría) que no se verán afectadas (al menos en igual medida) por la misma. Aquí la función de los tribunales es dar voz al grupo especialmente afectado y eliminar como justificación determinante de la decisión el mero peso de los números, reequilibrando la disputa a favor de una basada en argumentos<sup>63</sup>.

60 *Ibid.*, 108.

61 *Ibid.*, 109.

62 *Ibid.*, 130.

63 Para este giro es útil el argumento de Näsström, quien invita a re pensar el principio de todas las afectadas reconsiderando el significado de la “justificación”. Así, sugiere, “*the all-affected principle is not only a matter of generating the proper boundaries of the people. It also raises a more fundamental question about the source of its authorisation. Who are affected is one thing, who takes this decision another. It is at this point [...] that the justificatory role of the*

En ambos supuestos siguen operando las fronteras nacionales del *demos*, pero se ajustan los problemas de sub y sobre-inclusión mediante instituciones judiciales diseñadas para garantizar el buen funcionamiento del proceso democrático, como lo pensaba Ely. Claro está que, si la lógica fuera completamente procedimental, lo suyo sería que los tribunales devolvieran el asunto a un *demos* adecuadamente constituido para que tome la decisión<sup>64</sup>. Pero en términos prácticos esto implicaría reiniciar el casi imposible problema de la constitución del *demos* en cada caso. Por eso quizá la mejor respuesta no sea la solución ideal, sino un “segundo mejor”, que aun así tendría las consecuencias prácticas que he querido señalar<sup>65</sup>.

Creo que Gargarella estaría de acuerdo tanto con la gradación de la legitimidad democrática de las decisiones según los grados de afectación diferenciales como con el papel procedimental de la justicia aquí retomado<sup>66</sup>. Respecto de lo primero, basta ver su análisis sobre la validez de las normas penales, que “aparecen como severamente defectuosas tanto en relación con la discusión pública que las rodea como en cuanto a los *niveles de inclusión social que implican*”<sup>67</sup>. En particular, las exclusiones que le preocupan son “las de *los más afectados* por ese derecho: las víctimas de criminalidad, los protagonistas de los actos criminales, y los familiares y allegados de todos ellos”<sup>68</sup>. Por esta razón sugiere que “los estándares para determinar cuándo una persona puede considerarse como autora del derecho que se le aplica no pueden ser superficiales ni ligeros, como suelen serlo (por ejemplo, toma[ndo] como condición suficiente el hecho de que vote...)”<sup>69</sup>.

Respecto de lo segundo, Gargarella también se posiciona diciendo que “la defensa de la regla de la mayoría no necesita estar acompañada de un rechazo de los controles o mecanismos para volver al proceso de toma de

*all-affected principle comes to the fore*”. NÄSTRÖM. *The Challenge of the All-Affected Principle*, cit., 126.

64 Esto lo planteó Ely, pero resolvió que, “habiéndose negado el ‘debido proceso de legislar’, la ley resultante tendría que ser declarada inconstitucional”. ELY. *Democracia y desconfianza*, cit., 203-204.

65 Como afirma Goodin, refiriéndose a estrategias de compensación internacional como un tercer mejor, después de la participación de todos los intereses posiblemente afectados a nivel mundial y después de la posibilidad de un gobierno federal mundial: “*Still, third best is better than nothing*”. GOODIN. *Enfranchising All Affected Interests, and its Alternatives*, cit., 67.

66 Aunque el rol de la justicia constitucional en la teoría de Gargarella exceda el aquí expuesto, véase GARGARELLA, R. *La revisión judicial para las democracias latinoamericanas*. En NIEMBRO ORTEGA, R. y VERDUGO, S., *La justicia constitucional en tiempos de cambio*. México: SCJN, 2019, 371-400. Un análisis al respecto en este mismo número de la *Revista Derecho del Estado*, en NIEMBRO ORTEGA, R. “Dos lecturas de la teoría de la justicia constitucional de Roberto Gargarella”.

67 GARGARELLA. *Castigar al prójimo*, cit., 130; cursiva fuera del texto.

68 *Ibid.*, 131; cursiva fuera del texto.

69 *Ibid.*, 134.

decisiones más imparcial y menos vulnerable a sesgos indebidos”<sup>70</sup>. En este sentido afirma que hay muchos modos de “mejorar la democracia” revisando las decisiones mayoritarias, entre ellos la revisión judicial débil o, por ejemplo “derechos de veto a favor de las minorías sin poder”<sup>71</sup>. Estas consideraciones, pienso, se ajustarían perfectamente a la idea de intervención de la justicia como correctora de los problemas de sub y sobre-inclusión que se mencionan en este trabajo.

#### A MODO DE CONCLUSIÓN

La teoría de la democracia deliberativa que sostiene Gargarella es muy exigente en términos de inclusión y deliberación, por tal razón considero que representa un ideal normativo que debe inspirar nuestros estudios y diseños institucionales. En este trabajo quise aprovechar la ocasión de su homenaje para formularle algunas preguntas respecto del alcance del principio de inclusión, configurado como la exigencia de “participación de todas las personas posiblemente afectadas por la decisión”.

Para esto tomé como punto de partida su crítica a la sentencia de la Corte IDH en *Gelman vs. Uruguay*. Allí Gargarella formula el argumento de la *graduación de la legitimidad democrática* de las diversas amnistías por violaciones graves de derechos humanos –ignorado por la Corte IDH–, para concluir que la Ley de Caducidad uruguaya contaba con un grado de legitimidad democrática significativo. Mi cuestionamiento se basó en que esta conclusión no toma en cuenta de modo suficiente el principio de participación de todas las posibles afectadas por la decisión y, por tanto, su legitimidad debe ser matizada.

La delimitación del principio de inclusión nos remitió a la difícil discusión sobre la constitución del *demos* en una democracia. De donde derivaron, a su vez, los problemas de determinación de las afectaciones y de cómo estas podrían establecer las fronteras de inclusión/exclusión en términos prácticos. Claramente esto no tiene una solución sencilla, si es que tiene alguna. Propuse intentar –como “segundo mejor”– tomar la teoría procedimental de Ely sobre la función de la justicia constitucional (y, para el caso, convencional) como posible paliativo a los problemas de sub y sobre-inclusión en la toma de decisiones, bajo el entendimiento de que Gargarella simpatiza con dicha teoría y, además, se preocupa por la participación de todas las personas afectadas como ideal normativo a seguir.

Seguramente hay mucho más para decir sobre estos temas. Sobre todo, ante los desafíos que representan para la democracia momentos de crisis planetaria como los que estamos viviendo –sea por los desastres medioambientales, las pandemias que nos azotan, las desigualdades brutales y/o la ubicua presencia

70 *Ibid.*, 187.

71 *Ibid.*, 187, 189.

de *fake news* y propaganda digital que obstaculizan cualquier deliberación—. Ojalá esta contribución sirva para la reflexión y el mejoramiento tanto de la teoría como del funcionamiento de nuestras democracias.

#### REFERENCIAS

- ABIZADEH, A. *Democratic Theory and Border Coercion: No Right to Unilaterally Control Your Own Borders*. En *Political Theory*. Vol. 36, n.º 1, 2008, 37-65.
- ALTERIO, A. M. *La “esfera de lo indecible” en el constitucionalismo de Luigi Ferrajoli: un análisis crítico*. En *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*. N.º 13, 2011, 3-36.
- ALTERIO, A. M. *Una crítica democrática al neoconstitucionalismo y a sus implicancias políticas e institucionales*. Tesis de doctorado, 2015. Disponible en: <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/21151>
- ARRHENIUS, G. *The Boundary Problem in Democratic Theory*. En TERSMAN, F. (ed.), *Democracy Unbound: Basic Explorations I*. Stocolm: Filosofiska Institutio, Stockholms Universitet, 2005, 14-29.
- CHEHTMAN, A. *Amnistías, democracia y castigo en “Castigar al prójimo”*. En *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*. Año 16, n.º 1, 2018, 155-165.
- Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Sentencia de Fondo y Reparaciones del 24 de febrero de 2011.
- DAHL, R. *Democracy and its Critics*. New Haven: Yale University Press, 1989.
- DWORKIN, R. *Equality, Democracy, and Constitution: We the People in Court*. En *Alberta Law Review*. Vol. 28, 1989-1990, n.º 2, 324-346.
- ELY, J. H. *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, 1997.
- GARGARELLA, R. *Una disputa imaginaria sobre el control judicial de las leyes: el “constitucionalismo popular” frente a la teoría de Carlos Nino*. En ALEGRE, M. et al. (coord.), *Homenaje a Carlos S. Nino*. Buenos Aires: La Ley, 2008, 203-218.
- GARGARELLA, R. *Sin lugar para la soberanía popular. Democracia, derechos y castigo en el caso Gelman*. SELA Papers 125, 2013. Disponible en: [https://digitalcommons.law.yale.edu/yls\\_sela/125](https://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/125)
- GARGARELLA, R. *Castigar al prójimo. Por una refundación democrática del derecho penal*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2016.
- GARGARELLA, R. *¿Por qué nos importa el diálogo? “La cláusula del ‘no obstante”, “compromiso significativo” y audiencias públicas. Un análisis empático pero crítico*. En *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. Año III, n.º 5, 2017.

- GARGARELLA, R. *La revisión judicial para las democracias latinoamericanas*. En Niembro Ortega, R. y Verdugo, S., *La justicia constitucional en tiempos de cambio*. México: SCJN, 2019, 371-400.
- GOODIN, R. *Enfranchising All Affected Interests, and its Alternatives*. En *Philosophy & Public Affairs*. 35, n.º 1, 2007, 40-68.
- HABERMAS, J. *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*. Barcelona: Paidós, 1999.
- KYMLICKA, W. *Multicultural Citizenship*. UK: Oxford University Press, 2013.
- LINARES, S. *Sobre el ejercicio democrático del control judicial de las leyes*. En *Isonomía*. 28, 2008, 149-184.
- LUQUE, P. *The Who: Is it Possible to Democratically Determine the Demos Entitled to Secession?* En *Analisi e diritto*. Julio, 2020, forthcoming.
- MARTÍ, J. L. *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*. Madrid: Marcial Pons, 2006.
- NÄSSTRÖM, S. *The Challenge of the All-Affected Principle*. En *Political Studies*. Vol. 59, 2011, 116-134.
- NIEMBRO ORTEGA, R. *Dos lecturas de la teoría de la justicia constitucional de Roberto Gargarella*. En *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia. N.º 49, 2021.
- NINO, C. S. *Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad*. En *Cuadernos y Debates*, Centro de Estudios Constitucionales. 2, 9, 1991, 97-137.
- NINO, C. S. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997.
- Organización Internacional del Trabajo. Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989.
- OWEN, D. *Constituting the Polity, Constituting the Demos: On the Place of the All Affected Interest Principle in Democratic Theory and in Resolving the Democratic Boundary Problem*. En *Ethics & Global Politics*. 5, 3, 2012, 129-152.
- PRZEWORSKI, A. *Una defensa de la concepción minimalista de la democracia*. En *Revista Mexicana de Sociología*. Vol. 59, n.º 3, 1997, 3-36.
- SCHUMPETER, J. *Capitalism, Socialism and Democracy*. New York: Harper Collins, 2008.
- SONG, S. *The Boundary Problem in Democratic Theory: Why the Demos Should Be Bounded by the State*. En *International Theory*. Vol. 4, n.º 1, 2012, 39-68.
- WALDRON, J. *Derecho y desacuerdos*. Madrid: Marcial Pons, 2005.
- WHELAN, F. *Prologue. Democratic Theory and the Boundary Problem*. En *Nomos*. Vol. 25, 1983, 13-47.