

DERECHOS HUMANOS Y DEMOCRACIA

Paolo Comanducci*

1. Introducción

El tema de este ensayo es por supuesto demasiado amplio y genérico para poderlo tratar de forma detallada: sólo me limitaré con presentar unas consideraciones introductorias.

Desde un punto de vista metodológico, la configuración de las relaciones entre democracia y derechos humanos depende: a) del enfoque que se adopta; b) de los sentidos de “democracia” y “derechos humanos”, que son múltiples.

En este ensayo, por lo tanto, voy a ofrecer, primero, un panorama sintético de los diferentes enfoques y de algunos sentidos de “democracia” y “derechos humanos” (§ 2). Elegido adoptar un enfoque filosófico-jurídico y filosófico-político de corte normativo, voy a presentar en seguida (§ 3) un modelo que implica una relación necesaria entre democracia y derechos fundamentales (o sea derechos humanos jurídicos), basado en la obra de Luigi Ferrajoli, y parecidos a otros modelos muy conocidos, como los de Rawls, Habermas y Höffe.

Examinaré después algunas críticas (presentadas, entre otros, por Walzer y Bayón) en contra de este modelo, críticas que subrayan la superioridad axiológica de la democracia sobre los derechos fundamentales (§ 4). Para responder a estas críticas, voy a ilustrar una posible fundamentación del modelo en la ideología contractualista (§ 5), analizando también, en un inciso, las relaciones entre (neo)contractualismo, democracia y derechos fundamentales.

* Profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad de Genova.

En la conclusión (§ 6) adoptaré un enfoque más bien político para hablar, muy brevemente, de los principales problemas de implementación de los derechos fundamentales, que están estrechamente conectados con los problemas de ampliación de la democracia en el interior de cada país y en el nivel internacional.

2. Diferentes enfoques y sentidos

Las distinciones que siguen, aún si tediosas, son necesarias, a mi entender, ya que:

a) estamos tratando con palabras eminentemente “persuasivas” y con temas “calientes” (y no “fríos”);

b) el uso, no siempre consciente, de las expresiones “democracia” y “derechos humanos” en diferentes sentidos crea a menudo un riesgo real de malentendidos en la discusión;

c) las conclusiones, aún si acertadas, que se obtienen adoptando un enfoque no son siempre comparables con las soluciones que se obtienen adoptando otro enfoque (ni se oponen ni se respaldan), y a veces tampoco son “exportables” afuera del enfoque en cuestión.

Y yo estoy convencido que las confusiones conceptuales, las disputas verbales, el sincretismo metodológico, no ayudan, sino dañan, a la tarea científica.

2.1. Sin pretensión de ser exhaustivos, se pueden distinguir al menos estos diferentes enfoques con los que se puede tratar la conexión entre democracia y derechos humanos:

1) Enfoques jurídicos. A su vez hay que distinguir entre enfoques teóricos, históricos, sociológicos, dogmáticos, y normativos (modelos y propuestas de iure condendo).

2) Enfoques políticos. A su vez hay que distinguir entre enfoques de teoría o ciencia política, históricos, y normativos (modelos filosóficos y propuestas operativas).

3) Enfoques morales. A su vez hay que distinguir entre enfoques meta-éticos y enfoques normativos, enfoques históricos y sociológicos.

Habría también otros, todos valiosos: enfoques económico, sociológico general o sistémico, antropológico etc.

Esta clasificación puede cruzarse con otra que distingue enfoques teóricos (construcción de modelos explicativos), empíricos (que describen situaciones de hecho) y normativos (directamente o bien que construyen modelos prescriptivos): los primeros dos dicen cuales son, el tercero cuales deben ser, las relaciones entre democracia y derechos humanos, habiendo previamente brindado un análisis de democracia y derechos humanos.

En este ensayo, primero voy a presentar brevemente un modelo jurídico normativo (que tiene también pretensiones teóricas) de las relaciones entre democracia y derechos humanos; después trataré de discutir, en el interior de un enfoque filosófico político normativo, la posible fundamentación del modelo jurídico. Mi propio nivel de discurso va a ser principalmente meta-teórico.

2.2. Respecto a los distintos significados de “democracia” y “derechos humanos” cabe subrayar lo siguiente.

2.2.1. “Democracia” es hoy una palabra con fuertes connotaciones valorativas positivas (y no siempre fue así).

Esto en parte explica por qué hay tantas discusiones sobre la definición de “democracia”: si algo es “democrático” es bueno, y por lo tanto hay la tendencia a definir “democrático” todo lo que nos gusta: formas de gobierno, partidos, mecanismos electorales, procedimientos de toma de decisiones, etc.).

Entre las múltiples tentativas de brindar una definición con pretensiones (casi nunca logradas) de neutralidad, se pueden individualizar tres grupos de definiciones:

a) Definiciones procedimentales: son todas aquellas que pueden resumirse bajo la fórmula “gobierno del pueblo”. La democracia es una forma de gobierno en donde – según la etimología de la palabra – es el pueblo que, directa o indirectamente, toma las decisiones públicas, a las que están sujetos también los que no están de acuerdo con ellas. Dos precisiones: el “pueblo” puede ser entendido o bien – según una perspectiva de individualismo metodológico – como un conjunto de individuos (todos los ciudadanos o la mayoría de ellos), o bien – según una perspectiva holista – como una entidad orgánica, un cuerpo, no reducible a los individuos que lo componen; los diferentes procedimientos a través de los cuales el pueblo toma las decisiones individualizan distintas formas de democracia directa o de democracia representativa.

En este sentido de “democracia” se llaman también “democráticos” los métodos con que se toman las decisiones colectivas, y las reglas que rigen estos procedimientos (es decir, que indican quién decide y cómo se decide).

Todas estas definiciones configuran la que a veces se llama democracia formal, o procedimental, o política. En esta familia se inserta también la equiparación, un tanto simplista, entre democracia y regla de mayoría.

b) Definiciones substanciales: son todas aquellas que pueden resumirse bajo la fórmula “gobierno para el pueblo”, y no necesariamente del pueblo. La democracia es una forma de gobierno que dicta el qué se decide, es decir los límites sobre lo que se puede y lo que no se puede decidir, según los procedimientos de la democracia formal, o según otros procedimientos. Aquí también, el “pueblo” puede ser entendido como conjunto de individuos (versiones individualistas y a menudo liberales), o como un cuerpo orgánico (versiones holistas, y a menudo totalitarias, de izquierda o de derecha). El qué se decide tiene que ser algo en el interés del pueblo: según los diferentes límites y presupuestos de la toma de decisiones colectivas, se distinguen, en este sentido de “democracia”, las democracias constitucionales, sociales, populares, etc. RIFLETTERE SU QUESTO PUNTO

c) Definiciones mixtas: son todas aquellas que pueden resumirse bajo la fórmula “gobierno del pueblo para el pueblo”, es decir que unen

las dos precedentes “dimensiones” de la democracia, a veces haciendo prevalecer la primera, a veces la segunda. Son, según creo, las más exitosas hoy en día en el occidente.

La definición que me interesa analizar otorga una prioridad axiológica a la democracia substancial (en su versión constitucionalista) sobre la puramente procedimental. En palabras de Bobbio: «La democracia no es sólo un método, sino también un ideal: el ideal igualitario. Donde este ideal no inspira a los gobernantes de un régimen que se llama democrático, la democracia es un nombre en vano. No puedo separar la democracia formal de la sustancial. Tengo el presentimiento de que donde sólo existe la primera, un régimen democrático no está destinado a durar»¹. En esta versión de Bobbio, en las concepciones de Ferrajoli y de muchos más, la democracia, más allá de ser un procedimiento de toma de decisiones colectivas, es isonomía, es decir igualdad en la distribución a todos de los derechos fundamentales (es decir, de los derechos humanos positivizados e incorporados en una constitución rígida): lo que no se puede decidir son violaciones de los derechos fundamentales, lo que se debe decidir es la implementación de los derechos fundamentales. La igualdad de todos en los derechos es, como veremos, también un presupuesto de esta versión de la democracia.

2.2.2. “Derechos humanos” también es una locución con una fuerte carga positiva, al menos en el occidente. Y esto en parte explica las discusiones sobre la definición de “derechos humanos”, que versan sobre todo, hoy en día, sobre tres clases principales de problemas: aquellos relativos a la identidad de los derechos humanos, aquellos relativos a su fuente de producción, aquellos relativos a su contenido.

Los problemas relativos a la identidad (o al estatus, o a la naturaleza) pueden ser sintéticamente expresados en las preguntas: ¿qué son los derechos humanos? cuáles son sus titulares? Los problemas relativos a la fuente de producción en las preguntas: ¿de donde derivan? cuál es su fundamento?

¹ *Carta de Norberto Bobbio a Guido Fassò*, del 14 de Febrero de 1972, publicada por C. Faralli, *Presentazione* de G. Fassò, *La democrazia in Grecia* (1959), reimpr. ed. por C. Faralli, E. Pattaro, G. Zucchini, Giuffrè, Milano, 1999, p. XI (citado por L. Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001, p. 346).

Los problemas relativos a su contenido en las preguntas: cuáles son los derechos humanos? cuál es su catálogo?

Estas preguntas implican a su vez las siguientes sub-cuestiones: ¿qué son, de donde derivan, cuales son, los derechos?; ¿qué son, de donde derivan, cuales son, los derechos humanos? Es decir, los problemas de identidad, fuente y contenido de los derechos humanos incluyen, en su interior, los problemas, generales y muy debatidos por la teoría jurídica moderna (desde Bentham en adelante), relativos al concepto de derechos subjetivos, y los problemas, más específicos y también muy discutidos por la teoría jurídica contemporánea, relativos a aquellos derechos subjetivos que se definen como "humanos".

No puedo, por supuesto, analizar aquí, por extenso, la configuración del concepto de derecho subjetivo. Cabe sólo recordar que existe todavía una profunda discusión teórica sobre una multiplicidad de cuestiones, que versan sobre la identidad, la fuente de producción y el contenido de los derechos subjetivos en general. Me limito con inventariar brevemente las que, en mi opinión, son los principales problemas al respecto.

Se discute, en primer lugar, (se trata de un problema de identidad) si existe una noción unitaria de derecho subjetivo, o nociones diferentes en dependencia del dominio en el que la locución "derecho subjetivo" es empleada.

Suponiendo que existe una noción unitaria, se discute, en segundo lugar, (se trata también de un problema de identidad) cuál es la definición más adecuada de esta noción: si en términos de interés reconocido y protegido por parte de un orden normativo (interest theories), o en términos de poder de la voluntad individual (will theories), o en términos de pretensión justificada de conseguir que otros actúen de una determinada forma, positiva o negativa (claim-right theories), o en términos de una esfera de libertad garantizada en contra de las interferencias ajenas, o en términos de una posición subjetiva correlacionada a obligaciones correspondientes de otros sujetos (Hans Kelsen), o en términos de punto de conexión entre una pluralidad disyuntiva de supuestos de

hecho y una pluralidad cumulativa de consecuencias normativas (Alf Ross), etc.

Se discute, en tercer lugar, (se trata una vez más de un problema de identidad) cuales clases de sujetos tienen de hecho, o pueden tener potencialmente, la titularidad de derechos: se discute, en particular, de la titularidad por parte de sujetos que no pertenezcan a la clase de los seres humanos adultos y física y psíquicamente sanos (por ejemplo: embriones humanos, enfermos terminales, animales no humanos, etc.), y se discute también sobre la posibilidad de una titularidad colectiva, es decir de grupos, comunidades, géneros, clases de edad, etc.

Se discute, en cuarto lugar, (se trata de un problema de fuente de producción) cuál es el origen del derecho subjetivo: ¿es una calificación normativa elemental o derivada? su fuente está constituida por el derecho objetivo, por la moral, por la naturaleza, etc.?

Se discute, en quinto lugar, (se trata de un problema de contenido) cuales son los derechos, en un doble sentido. Por un lado, en el sentido de cuál es la tipología de los derechos (cuál es el esquema ordenador de los derechos “posibles”, que defina las características esenciales de alguno tipos-ideales de derechos subjetivos); por el otro, en el sentido de cuál es la clasificación de los derechos (cuales son los “verdaderos” derechos que pueden ser insertados en el interior de los tipos-ideales previamente identificados).

2.2.2.1. Por lo que se refiere a los problemas de identidad de los derechos qua derechos humanos, encontramos aquí, especificados, los tres problemas antes mencionados. En resumen, se trata del problema de la existencia o no de una noción unitaria de derechos humanos, de cuál es esta noción (si es que existe), y de cuales son los titulares de los derechos humanos. Mientras que el primer problema no es muy debatido, y en general se supone que existe una noción unitaria de derechos humanos, no es así con el segundo: hay en efecto diferentes teorías sobre la configuración de la noción de derechos humanos (will theories, interest theories, etc.). Respecto de la titularidad, cabe notar que calificar a los derechos como “humanos” no es suficiente para cerrar las discusiones. Sería simplista pensar – sobre todo en el marco moral – que no hayan

zonas de penumbra por el solo hecho que estos derechos pertenezcan a “todos los seres humanos”.

2.2.2.2. Por lo que se refiere a los problemas de fuente de producción, el debate se desarrolla principalmente entre dos posturas: la que afirma que los derechos humanos son morales (es decir, que su fuente de producción es algún tipo de ley o principio moral), y la que afirma que los derechos humanos son jurídicos (es decir que su fuente de producción es la constitución, la ley, la costumbre, las decisiones judiciales, etc.).

El mismo problema, desde un punto de vista más general, puede ser configurado como un problema de fundamentación: ¿los derechos humanos tienen una fundación moral, y por lo tanto valen con independencia de su contingente reconocimiento jurídico, o tienen, en cambio, una fundación jurídica, y valen por lo tanto si y solo si reciben algún tipo de reconocimiento jurídico? Hay sin embargo muchos autores que quitan relevancia práctica a esta alternativa: la gran mayoría de los derechos humanos “morales” – ya que están incorporados, hoy en día, en las cartas constitucionales y en varios documentos normativos de órganos internacionales (como la ONU, la OSA o el Consejo europeo) – serían también derechos humanos jurídicos. En las palabras, siempre citadas, de Bobbio: «Il problema di fondo relativo ai diritti dell'uomo è oggi non tanto quello di giustificarli, quanto quello di proteggerli. E' un problema non filosofico ma politico»².

2.2.2.3. Por lo que se refiere a los problemas de contenido, las respuestas dependen, en buena medida, de las soluciones que se ofrezcan a los citados problemas de identidad y fuente de producción de los derechos humanos.

De todas formas, las discusiones que me parecen hoy más interesantes (con independencia de cuál se afirme que es la fuente de producción) son aquellas relativas al reconocimiento de tres diferentes categorías de derechos humanos.

² N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990, p. 16.

En primer lugar, los derechos “liberales”, que fueron consagrados en las primeras cartas de derechos del siglo XVIII y que encuentran ahora reconocimiento en casi todos los textos constitucionales, tanto en el nivel nacional como internacional. Se trata principalmente de: a) el meta-derecho a gozar de los mismos derechos fundamentales (sin discriminación alguna basada en la raza, el color de la piel, el sexo, la lengua, la religión, las ideas políticas o de otro tipo, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento u otro status); b) el derecho a la vida; c) el derecho a la libertad; d) el derecho a la seguridad; e) el derecho a la igualdad ante la ley; f) el derecho a las garantías procesales, especialmente en materia penal; g) el derecho a la privacy; h) el derecho a la libertad de movimiento; i) el derecho de asilo; j) el derecho a la nacionalidad; k) el derecho a formar una familia; l) el derecho a la propiedad privada; m) el derecho a la libertad de pensamiento; n) la libertad de conciencia y de religión; ñ) el derecho a manifestar las propias opiniones; o) el derecho a asociarse; p) el derecho a participar activamente y en igualdad de condiciones en el proceso de decisión política³.

En segundo lugar, los derechos “sociales”, que, ausentes de las primeras declaraciones de derechos, fueron consagrados en las constituciones y en las cartas internacionales de la posguerra. Se trata principalmente de : a) el derecho a la seguridad social; b) el derecho al trabajo; c) el derecho a un salario proporcionado al trabajo y suficiente; d) el derecho a formar sindicatos; e) el derecho al descanso; f) el derecho a un nivel de vida adecuado; g) el derecho a la educación; h) el derecho a participar en la vida cultural⁴.

En tercer lugar, los derechos “culturales”, esto es, los derechos a que se respete la propia identidad cultural en sentido lato y, por tanto, la propia diferencia. La identidad está constituida, en términos generales, por características culturales, étnicas, religiosas, lingüísticas, o de género. Tales características, en la medida en que sean valoradas positivamente

³ Extraigo este elenco de los arts. 1-21 de la *Universal Declaration of Human Rights*, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948.

⁴ Extraigo este elenco de los arts. 22-27 de la *Universal Declaration of Human Rights*. En muchas cartas constitucionales, por ejemplo en la italiana, la lista es aún más amplia y comprende, entre otros, el derecho a la salud.

por los sujetos que las poseen (por lo general, integrantes de una minoría), adquieren relevancia de cara a la atribución de dos tipos de derechos: negativos los unos, positivos los otros.

En el primer caso, se trata de la atribución de un derecho negativo a que los particulares y el Estado no interfieran en la propia esfera cultural, étnica, etc. Los derechos culturales negativos coinciden parcialmente con algunos derechos liberales, dado que ciertos elementos de una cultura son objeto específico de algunos derechos liberales (por ejemplo, la religión, la opinión, la formación de una familia), pero existen otros elementos (como la lengua) que no son, acaso contingentemente, objeto de ningún derecho liberal. Por lo demás, en una cultura, una etnia, etc., puede haber elementos que contrasten directamente con los derechos liberales (por ejemplo, muchas culturas no admiten la libertad religiosa, o el derecho a asociarse libremente, o los derechos políticos).

En el segundo caso, se trata de la atribución de un derecho positivo a que, mediante las actitudes adecuadas y los comportamientos oportunos por parte de los particulares y del Estado, se respete y se pueda conservar la propia identidad cultural, étnica, etc. Los derechos culturales negativos vienen ya previstos desde hace algunos años en varias constituciones y en algunas declaraciones de derechos de ámbito internacional⁵; los derechos culturales positivos, en cambio, hasta hace poco tiempo sólo eran reivindicados por los movimientos multiculturalistas o feministas y por las filosofías políticas comunitarias, pero aún no habían sido consagrados en documentos normativos de carácter internacional. Desde hace unos años, sin embargo, se han convertido en objeto de atención y han sido reconocidos por la Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 18 de diciembre de 1992⁶.

⁵ Léase, por ejemplo, el art. 27 de la *International Covenant on Civil and Political Rights*, adoptado por la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 1966: «In those States in which ethnic, religious or linguistic minorities exist, persons belonging to such minorities shall not be denied the right, in community with the other members of their group, to enjoy their own culture, to profess and practice their own religion, or to use their own language».

⁶ Los arts. 1.4, párrafos 2 y ss., y 5 de dicha *Declaration* prevén la tutela de los derechos culturales positivos. Los arts. 2 y 4.1 afianzan, en cambio, la tutela de los derechos culturales negativos.

Los principales desacuerdos teóricos y políticos versan acerca del contenido y sobre todo de las relaciones recíprocas entre estas categorías de derechos. Podemos individualizar al menos tres grupos de posturas al respecto.

Las posturas “compatibilistas”, según las cuales los tres tipos de derechos tienen que ser igualmente reconocidos: sus relaciones recíprocas son paritarias y de armónico equilibrio.

Las posturas “incompatibilistas absolutas”, según las cuales el conjunto de los tres tipos de derechos es, en su interior, contradictorio. Las antinomias sólo son evitables si se reconocen algunos tipos de derechos y no otros. Las posturas incompatibilistas absolutas se diferencian entre sí según el tipo de derechos que reconocen (o que rechazan). Ellas se colocan generalmente entre dos posturas extremas: la primera reconoce solamente a los derechos liberales, y rechaza, por consiguiente, a los otros tipos de derechos, que considera todos como potencialmente destructores de los derechos liberales (piénsese, por ejemplo, en el libertarismo de Nozick); la segunda, en cambio, no reconoce solamente a los derechos liberales, que considera como vacíos, mistificados, falsamente universales y en realidad culturalmente caracterizados en sentido burgués (piénsese en algunas de las variantes de la ideología marxista y en feminismo radical).

Las posturas “incompatibilistas relativas”, según las cuales los tres tipos de derechos son a menudo, pero no siempre, incompatibles entre sí. Las posturas incompatibilistas relativas piensan, sin embargo, que hay criterios para solucionar las antinomias entre derechos sin que resulte necesario rechazar el reconocimiento de alguno de ellos. Estas posturas, generalmente, proponen algún tipo de jerarquía interna entre los distintos tipos de derechos. También en este caso las preferencias son muy variadas. Podríamos de todas formas agruparlas esquemáticamente en dos grandes tendencias: la de construir una jerarquía en orden descendente, que va de los derechos liberales, a los sociales, a los culturales, y la tendencia de construir esta misma jerarquía en orden ascendente.

2.2.2.4. En lo que sigue adoptaré una noción amplia de derechos humanos, prescindiendo de las discusiones relativas a la identidad y al contenido de esos derechos. Por las finalidades de mi trabajo – es decir, en aras de analizar las relaciones entre derechos humanos y democracia–, supongo poder prescindir de la determinación de una precisa identidad de los derechos humanos y, al menos parcialmente, de su contenido. En otras palabras, supongo que lo que afirmaré puede valer cualquiera sea la identidad y el contenido de los derechos humanos. Respecto a la fuente de producción, sólo voy a tomar en consideración, sin detenerme sobre el asunto, los derechos humanos “jurídicos”, es decir los derechos fundamentales. *CONTROLLARE IN SEGUITO SE QUANTO AFFERMATO ORA CORRISPONE A VERITA’*

2.3. Ahora bien, desde un enfoque jurídico, los derechos fundamentales (es decir los derechos humanos positivizados y constitucionalizados) tienen una relación contingente con la democracia procedimental. Pueden darse, en efecto, democracias sin derechos fundamentales, es decir democracias sin límites sobre lo que se puede o no se puede decidir por parte del pueblo; y derechos fundamentales sin democracia, por ejemplo en una monarquía ilustrada. Aún si, parece ser que al menos los derechos fundamentales políticos, es decir de participación política, son un presupuesto necesario de la democracia procedimental, y, como veremos, en algunas concepciones “cerradas” de la democracia, son además un límite necesario de este tipo de democracia.

3. Modelo de Estado constitucional de derecho

Vamos a ver ahora los rasgos fundamentales de un modelo normativo (aún si, en opinión de algunos de sus seguidores, con pretensiones teóricas) de conexión necesaria entre democracia y derechos fundamentales: el modelo de Estado constitucional de derecho. Voy a dar cuenta de este modelo apoyándome sobre todo en la obra de Ferrajoli⁷, aún si se podría hacerlo a partir de muchas otras más.

Este modelo constituye una modificación evolutiva del modelo de Estado de derecho decimonónico: conserva algunos de sus rasgos, pero

⁷ Cf. L. Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995, 4a ed. 2000.

parcialmente los modifica y agrega otros. Es un Estado en que tiene vigencia el principio de legalidad: un Estado per leges y sub lege.

Es un Estado per leges, es decir que actúa a través de leyes generales – que se dirigen a clases de ciudadanos – y abstractas – que regulan clases de casos. La generalidad es una característica que se opone a los privilegios, y asegura la igualdad formal frente a la ley. La abstracción es una característica que se opone a la retroactividad de la ley, y asegura cierto grado de estabilidad y certeza del derecho, y cierto grado de previsibilidad de las decisiones judiciales. Estos rasgos ya estaban presentes en el modelo de Estado de derecho decimonónico.

Es un Estado sub lege, en un doble sentido: a) porque, en el plano formal, todo poder está subordinado a leyes generales y abstractas que lo disciplinan, y cuya observancia está controlada por jueces independientes (el tribunal constitucional para las leyes, los jueces ordinarios para las sentencias, los tribunales administrativos o los jueces ordinarios para los actos de la administración); b) porque, en el plano substancial, todos los poderes están al servicio de la garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos (en la constitución hay obligaciones de los órganos públicos correspondientes a los derechos fundamentales, los ciudadanos tienen derecho de activar la tutela judicial de sus derechos).

Un Estado sub lege, en el plano substancial, es un Estado donde tiene vigencia el principio de legitimidad (es decir, el principio de legalidad en sentido substancial): todos los actos normativos, incluso las leyes, deben conformarse al contenido de los derechos fundamentales.

Hay, por lo tanto, diferencias importantes entre este modelo y el Estado de derecho del siglo XIX. El legislador no es más omnipotente, ya que el ciudadano tiene derechos frente a él.

La incorporación de derechos fundamentales en el interior de una constitución rígida y el control de constitucionalidad de las leyes no existían en el modelo decimonónico, así como las obligaciones positivas del Estado de implementar algunos tipos de derechos fundamentales.

El modelo de Estado constitucional de derecho es, como ya subrayé, un modelo normativo, pero tiene también, en opinión de algunos de sus seguidores, pretensiones explicativas, ya que debería dar cuenta del proceso de “constitucionalización” que se va desarrollando en muchos países de la Europa continental.

Se trata de un proceso al término del cual el derecho resulta “impregnado”, “saturado” o “embebido” por la Constitución: un derecho constitucionalizado se caracteriza por una Constitución invasiva, que condiciona la legislación, la jurisprudencia, la doctrina y los comportamientos de los actores políticos. Se trata además de un concepto graduado: un derecho puede ser más o menos constitucionalizado.

Siguiendo a Guastini⁸, las principales condiciones de constitucionalización son: la existencia de una Constitución rígida, que incorpora los derechos fundamentales; la garantía jurisdiccional de la Constitución; la fuerza vinculante de la Constitución (que no es un conjunto de normas “programáticas” sino “preceptivas”); la “sobreinterpretación” de la Constitución (se le interpreta extensivamente y de ella se deducen principios implícitos); la aplicación directa de las normas constitucionales, también para regular las relaciones entre particulares; la interpretación adecuada de las leyes.

Volviendo al tema principal de este ensayo, podemos entonces afirmar que se da una conexión necesaria entre el modelo de Estado constitucional de derecho y las dos dimensiones de la democracia de las que hemos hablado más arriba, la procedimental y la substancial. En efecto, el Estado constitucional de derecho formula reglas: a) sobre quién decide en asuntos colectivos y sobre qué se decide; b) sobre qué se decide. Estas reglas corresponden a los dos principales sentidos de “democracia”: como procedimiento y como isonomía. Las reglas a) establecen el sufragio universal, el principio de mayoría, la elección de los órganos, etc. Las reglas b) establecen las garantías (primarias y secundarias) de los derechos fundamentales, qué se debe y no se debe decidir: es decir, la prohibición de limitar o suprimir los derechos liberales y

⁸ Cf., sobre todo, R. Guastini, *La constitucionalización del ordenamiento: el caso italiano*, en R. Guastini, *Estudios de teoría constitucional*, IJ-UNAM, Fontamara, México, 2001.

culturales negativos, y la obligación de realizar los derechos sociales y culturales positivos.

Podríamos en resumen afirmar que, en este modelo, no se da democracia substancial sin garantía de los derechos fundamentales, es decir sin superioridad de la constitución sobre la ley y sin control de constitucionalidad de la ley. Y tampoco puede darse democracia procedimental sin garantía, al menos, de los derechos fundamentales de participación política.

4. Críticas al modelo de Estado constitucional de derecho

Los partidarios de la democracia procedimental pura, en contra del modelo de Estado constitucional de derecho, y de las definiciones mixtas de democracia, afirman que la regla de mayoría es contradictoria con la superioridad de la constitución y con el control de constitucionalidad.

La regla de mayoría es contradictoria con la superioridad de la constitución, ya que si hay procedimientos más difíciles para cambiar la constitución (frente a los que se siguen para cambiar la ley), esto quiere decir que una minoría puede rechazar un cambio constitucional querido por la mayoría.

La regla de mayoría es contradictoria con el control de constitucionalidad, ya que esto equivale a dejar la última palabra sobre lo que la mayoría puede o no decidir a una pequeñísima minoría (los jueces constitucionales). La democracia mixta viola el principio de igualdad, es decir el derecho de igual participación política de los ciudadanos.

Los argumentos de Waldron⁹, uno de los principales autores de esta postura, son fundamentalmente dos:

a) Las reglas últimas para tomar decisiones colectivas son todas procedimentales y son todas falibles. Los partidarios de las definiciones mixtas de democracia se equivocan en pensar que puedan darse restricciones substanciales a la toma de decisiones colectivas: todas las

⁹ Cf. sobre todo J. Waldron, *Law and Disagreement*, Clarendon Press, Oxford, 1999.

restricciones son procedimentales y los procedimientos pueden dar cualquier resultado, en la fase constituyente como en la fase constituida.

b) Todos los procedimientos tienen valor intrínseco, según como se decide, e instrumental, según qué se decide (es decir, según los resultados de la decisión). La regla de mayoría tiene mayor valor intrínseco de las demás reglas, ya que respeta la igualdad, y, por lo tanto, el valor supremo de la autonomía individual. Y, para Waldron, no hay que tener en cuenta el valor instrumental, ya que todos los procedimientos son falibles, es decir, pueden dar resultados equivocados.

Una versión más débil de la tesis b) es presentada por Bayón¹⁰. No todos los procedimientos, según Bayón, tienen el mismo valor instrumental, ya que no todos son igualmente falibles. Hay que balancear, caso por caso, el mayor valor intrínseco de la regla de mayoría con su posible menor valor instrumental. Hay que dejar la última palabra al legislador (constitucionalismo débil), aún si a veces pueden darse condiciones en las que serían legítimos la superioridad de la constitución y el control de constitucionalidad. Siempre hay que mantener una concepción ‘cerrada’ de la regla de mayoría: no se puede decidir por mayoría de no decidir más por mayoría. Los derechos fundamentales de igual participación política son, por lo tanto, indisponibles por el legislador.

5. Respuesta a las críticas: el contractualismo

Una de las posibles respuestas a estas críticas consiste en justificar la imposición de límites substanciales a la regla de mayoría recurriendo a la ideología contractualista, y pasando, por lo tanto, de un enfoque jurídico normativo a un enfoque filosófico-político normativo. De esta forma, se intentará también justificar la superioridad axiológica de la democracia mixta sobre la democracia puramente procedimental.

Antes de presentar esta respuesta, en el apartado que sigue voy a delinear rápidamente unas relaciones conceptuales que unen contractualismo y democracia.

¹⁰ Cf. J. C. Bayón, *Derechos, democracia y constitución*, en “Discusiones”, 1, 2000, págs. 65-94.

5.1. Bobbio ha afirmado que no hay conexión necesaria entre el contractualismo moderno y la democracia: hay contractualista que no son demócratas (Hobbes) y demócratas que no son contractualistas. Hay, sin embargo, una considerable coincidencia entre democracia y contractualismo, no solo en el sentido que muchos demócratas son contractualistas, y muchos contractualistas son demócratas, sino en el sentido que el contractualismo moderno representa «uno de los momentos decisivos para la fundación de la teoría moderna de la democracia»¹¹.

Algo parecido podría decirse respecto al neo-contractualismo “ortodoxo” de John Rawls y al neo-contractualismo libertario de Robert Nozick. Más aún: desde una perspectiva neo-contractualista, hay una conexión necesaria entre neo-contractualismo y democracia liberal. No se trata tanto de una conexión que podríamos definir de tipo “sociológico”: sólo en las democracias liberales se desarrolla el neo-contractualismo; la democracia liberal constituye el objeto privilegiado de las evaluaciones, críticas y propuestas de reforma llevadas a cabo por el neo-contractualismo. Se trata, sobre todo, de una, menos trivial, conexión conceptual, desde un punto de vista ético-político, que se podría expresar con dos proposiciones:

- (a) “Sólo el contrato social justifica la democracia”
- (b) “Sólo la democracia (entre las distintas formas de gobierno) está justificada por el contrato social”.

Estoy consciente de la ambigüedad de estas proposiciones, que depende esencialmente de los distintos sentidos que los neo-contractualistas (sólo me ocuparé aquí de Rawls y Nozick) atribuyen a “democracia” y “contrato”. En dependencia de estos distintos sentidos, como veremos, distintas resultan las ideas que Rawls y Nozick tienen de la conexión ético-política entre democracia (i.e. su respectiva concepción de la democracia) y neo-contractualismo (i.e. su respectiva doctrina neo-contractualista).

Para Rawls¹² (b) significa que solo la democracia (constitucional) es la forma de gobierno en la que pueden encontrar implementación sus dos

¹¹ N. Bobbio, voz *Democrazia*, en *Dizionario di Politica*, dirigido por N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino, UTET, Torino, 2a ed. 1983, págs. 308-18, en la p. 311.

¹² Cf. J. Rawls, *Teoría de la justicia* (1971), Fondo de cultura económica, México, 2a ed. 1995.

principios de la justicia. La democracia (constitucional) es: en acuerdo con el primer principio, si incorpora en la constitución la garantía de las libertades fundamentales; y es el procedimiento mejor (se trata de un caso de justicia procedimental imperfecta) para garantizar una legislación justa y una correcta aplicación de la ley por parte de jueces y funcionarios. La implementación de los principios de la justicia se lleva a cabo en un proceso en cuatro etapas, que corresponden en efecto a las principales instituciones de una democracia constitucional.

Para Rawls (b) significa que la democracia no es justificada por sí misma, sino en la medida en que constituye una implementación de los principios de la justicia. Significa, en otras palabras, que sólo el contrato social – en la forma en que lo entiende Rawls: como acuerdo racional e imparcial, como deliberación que deriva de lo que hay esencialmente en común en la naturaleza de los hombres – justifica la democracia. En este sentido, para Rawls, la democracia es más un gobierno para el pueblo que del pueblo.

Para Nozick¹³ (a) significa que sólo los contratos (es decir, los acuerdos entre libres voluntades individuales) pueden dar vida a un gobierno legítimo, y por lo tanto a la democracia también.

Para Nozick (b) significa que sólo la democracia, si se la concibe correctamente, es justificada por los contratos. Nozick usa “democracia” para designar: respecto a su institución, más un gobierno del pueblo que para el pueblo; respecto a su funcionamiento, un gobierno que realice la isonomía, es decir un trato legítimo para todos (lo que es equivalente, en una perspectiva libertaria, a la no violación de los derechos individuales de nadie).

De lo dicho, resulta que diferente es el sentido en que Rawls y Nozick hablan de “contrato”: racionalístico, el primero, voluntarístico, el segundo.

Diferente también es el sentido en que hablan de “democracia”.

¹³ Cf. R. Nozick, *Anarquía, Estado y Utopía* (1974), Fondo de cultura económica, México, 1992.

Para Rawls la democracia es conjuntamente procedimental y sustancial. En sentido procedimental, la democracia consiste en la igual participación política, que sólo puede ser limitada en aras de una ampliación del sistema total de las iguales libertades. En sentido sustancial, la democracia no es tan sólo la igualdad frente a la ley, sino también la igualdad en la distribución de los bienes sociales primarios (libertades y oportunidades, riqueza y renta, y bases institucionales del respeto de uno mismo).

Para Nozick la democracia es solamente procedimental, y consiste en la igual participación política, radicalmente limitada por el derecho de veto que cada cual conserva en contra de todas deliberaciones que lesionen sus derechos, y en la igualdad frente a la ley. Una desigualdad en el trato o en la participación política sólo puede ser instituida a través del consenso explícito de los individuos interesados.

Conectada con la diferente manera de entender la democracia, está la diferente manera de entender y de evaluar las libertades políticas, en su relación con las libertades civiles.

Para Rawls las libertades políticas, aún si tienen valor intrínseco, son sobre todo instrumentales respecto a las civiles, y son subordinados a aquellas desde un punto de vista axiológico. Una restricción en las libertades políticas, si está compensada por un aumento en las libertades civiles, sería aceptable: por ejemplo, se pueden introducir limitaciones a la regla de mayoría en aras de una mejor garantía de las libertades civiles. Rawls, además, subraya el valor de la libertad política, es decir su posibilidad de ejercicio efectivo, que puede ser asegurado por la financiación de los partidos, la redistribución de la renta, etc.

Para Nozick las libertades políticas son instrumentalmente importantes respecto al nacimiento de un Estado legítimo, pero sucesivamente carentes de relevancia práctica, ya que casi no queda nada que decidir colectivamente.

Los neo-contractualismo de Rawls y de Nozick, como es bien sabido, tienen signos políticos muy diferentes, cuando se usan para evaluar las democracias reales. Lo de Rawls se presenta como una apología de las

democracias constitucionales que actúan políticas redistributivas. Lo de Nozick representa en cambio una crítica feroz del modelo del welfare state. Una democracia welfarista, según Nozick, viola necesariamente los derechos individuales, y hace que los hombres lleguen a ser esclavos del Estado o de otros hombres.

En mi opinión, sin embargo, hay un rasgo común en la estructura profunda de las dos doctrinas, más allá de sus diferentes conclusiones operativas. Se trata de la común insistencia sobre el respeto de las reglas fundamentales del juego social, como elemento permanente en la alternancia de mayorías y minorías, en el cambio de las situaciones económicas, de los paradigmas culturales, de las agrupaciones sociales.

El acuerdo sobre las reglas (morales y políticas) del juego social, y su respeto por parte de todos, es considerado por Rawls y Nozick como la garantía profunda, y no aleatoria, de las libertades de cada cual. Como garantía, por ejemplo, que las reglas constitucionales, que aseguran las libertades y el respeto por las minorías, no sean derrotadas por una mayoría contingente. El contrato social, en otras palabras, garantiza que la democracia como procedimiento de toma de decisiones colectivas no destruya la democracia como isonomía, como igual goce de los iguales derechos fundamentales.

5.2. La estrategia más interesante para responder a las críticas de Waldron y Bayón no es, a mi parecer, la que hace hincapié sobre el mayor valor instrumental de los procedimientos de un Estado constitucional de derecho frente a la simple regla de mayoría. Aún así, estoy personalmente convencido que un análisis del funcionamiento de los sistemas políticos contemporáneos podría confirmar esa superioridad instrumental.

Prefiero hacer hincapié sobre el valor intrínseco de la regla de mayoría, y poner en tela de juicio la afirmación que es superior a los procedimientos del Estado constitucional de derecho. Desde esta perspectiva, se podría tener en cuenta también que los procedimientos democráticos reales de toma de decisiones públicas a menudo no respetan, e incluso no pueden respetar (según el teorema de Arrow), la voluntad de la mayoría de los decisores, y entonces el valor de la igual-

dad en la participación política. Pero hay que comparar coherentemente el valor intrínseco de la democracia procedimental pura y de los procedimientos del Estado constitucional de derecho o bien en la realidad, o bien en el interior de un modelo normativo, asumiendo, en este último caso, un punto de vista filosófico-político. Dejo de lado, por lo tanto, los argumentos que se basan sobre datos empíricos, para concentrarme sólo en los argumentos éticos.

Waldron y Bayón afirman que la regla de mayoría tiene un valor intrínseco superior a cualquier otro procedimiento de toma de decisiones públicas, y basan su afirmación sobre el valor último de la (igual) autonomía de los individuos.

Ferrajoli, entre otros, rechaza esta justificación afirmando que hay otros valores, otros intereses, igualmente, o incluso más, valiosos de la autonomía: la vida, la seguridad y la libertad, por ejemplo¹⁴. Y no se ve por qué garantizar solo la autonomía, es decir los derechos de participación política, y no el derecho a la vida, a la libertad, etc., de los individuos.

Hay, sin embargo, otra estrategia para contestar a la postura de Waldron y Bayón, aún aceptando su tesis que la autonomía es el valor último que justificaría la regla de mayoría.

Si estamos, como estamos, en un nivel de discurso normativo, de tipo filosófico-político, la autonomía, según su etimología, quiere decir “dar normas a si mismo”, y se contrapone a la heteronomía, que es “recibir normas de parte de otros”. Ahora bien, es verdad que la regla de mayoría es superior a cualquier “regla de minoría”, en el sentido que respeta más la igualdad de seres autónomos, pero no me parece verdad que la regla de mayoría sea siempre la regla intrínsecamente superior respecto a todas las demás reglas. Esto depende del contexto en que las reglas actúan.

Si se trata de un contexto en que ya se ha decidido vivir en sociedad, o sea tomar decisiones colectivas que vinculan a todos, es verdad que la regla de mayoría es superior intrínsecamente a cualquier otra regla.

¹⁴ Cf. L. Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit.

Pero si se trata de un contexto donde justamente lo que hay que decidir es si vivir en sociedad, si tomar o no decisiones colectivas que vinculan a todos, entonces la unanimidad es intrínsecamente superior a la regla de mayoría, ya que no viola (como lo hace la regla de mayoría) la autonomía de ninguno.

Y si, lo repito, estamos en un nivel de discurso normativo, de tipo filosófico-político, este último es el contexto: tenemos que contestar a la objeción del anarquista – según el cual cualquier *kratos*, cualquier poder es ilegítimo porque viola la autonomía –, o bien solucionar el problema de Rousseau – encontrar una forma de gobierno en la que todos, obedeciendo sólo a si mismos, obedezcan también a las leyes del Estado.

Personalmente creo que la objeción del anarquista no es refutable – a nadie, cuando nace, se le da la opción de pactar las reglas de la vida en común; cualquier poder heterónomo tiene un grado de ilegitimidad, aún si no todos los poderes son igualmente ilegítimos –, y que por lo tanto el problema de Rousseau no se pueda solucionar de manera completa – siempre, en la sociedad, se obedece a otros, y no solo a si mismos.

Pero si no todos los poderes son igualmente ilegítimos, deberíamos preferir los menos ilegítimos. En una situación ideal, contrafáctica, en la que seres racionales tuvieran que elegir a qué tipo de poder someterse, el contractualismo afirma que el mal menor sería elegir una democracia procedimental con límites substanciales, es decir un procedimiento distinto de la simple regla de mayoría. Confiar en la sola democracia procedimental sería peligroso para los intereses, o los derechos fundamentales de cada individuo. La decisión racional sería de sustraer al dominio de la mayoría los intereses, o los derechos fundamentales, y dejar a la decisión de la mayoría todos los demás asuntos. La unanimidad racional en los asuntos fundamentales sería un procedimiento intrínsecamente superior a la regla de mayoría, ya que no violaría en absoluto el valor de la autonomía.

Estoy convencido que hay también muchos problemas en la postura contractualista y neo-contractualista, pero menos que en las posturas de los partidarios de la regla de mayoría pura.

6. Conclusión

Dos palabras sobre los problemas de implementación de los derechos fundamentales y de la democracia mixta, desde un punto de vista político, hoy en día.

En el modelo normativo de Estado constitucional de derecho, que adopta la definición mixta de democracia, el crecimiento de la democracia necesariamente implica una mayor implementación de los derechos fundamentales, así como una mayor garantía de los derechos fundamentales necesariamente implica una ampliación de la democracia.

¿También es así en la realidad contemporánea, desde un enfoque de ciencia o sociología política? Parece ser que sí, aún si contingentemente: el desarrollo de las garantías , también internacionales, de los derechos fundamentales favorecen el desarrollo de las democracias, así como el desarrollo de las democracias favorece la garantía de los derechos fundamentales.

Recuérdense las palabras de Bobbio: el problema político más relevante hoy en día no es encontrar el fundamento de los derechos fundamentales, sino garantizarlos. Y el problema de la democracia no es justificarla, sino fortalecerla y ampliarla.

Respecto a los derechos fundamentales y a la democracia la situación de su desarrollo, como todos saben, es muy diferente en el Occidente industrializado y en el Tercer Mundo.

A grandes rasgos se puede decir lo siguiente.

En el Occidente industrializado se garantizan bastante los derechos de libertad y, formalmente, los derechos de participación política, pero no su valor igual: las democracias occidentales son más parecidas a sistemas oligárquicos que a democracias procedimentales. Los derechos sociales, reconocidos en el nivel constitucional, no tienen en muchos casos garantías primarias ni secundarias.

En el Tercer Mundo la situación es por supuesto todavía peor: hay Estados sin garantías, primarias y/o secundarias, de los derechos de

libertad; hay Estados donde no son realizados, tampoco formalmente, los derechos de participación política, es decir donde no rige la democracia procedimental; en la casi totalidad de los Estados no están garantizados los derechos sociales.

Además de todo esto hay un pesado déficit de democracia (procedimental y substancial) en el nivel internacional: la “sociedad” internacional no es democrática. Y sobre este nivel se está apuntando de nuevo la atención de la filosofía política y de los juristas: después de Kant y, en la primera mitad del siglo XIX, de Kelsen, autores como Habermas, Rawls y Höffe han trabajado a la construcción de un modelo de república federal mundial (ya que la ONU, además de todo, no es una organización democrática).

De alguna manera estas propuestas filosóficas van en el mismo sentido de los requerimientos de la parte más razonable de los movimientos new-global activos en varias partes del mundo: en un slogan, lo que se pide, desde un punto de vista político-normativo, es que la globalización de los mercados, que ya existe, sea acompañada por la globalización de la democracia y de los derechos fundamentales, un objetivo que está todavía lejos de ser realizado.