



Democracia y derechos humanos

José Antonio Ramos Pascua

2

Cuadernos de Derechos Humanos

**DEMOCRACIA Y
DERECHOS HUMANOS**

DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS

José Antonio Ramos Pascua

**Cuadernos de derechos humanos
Número 2**



© Democracia y derechos humanos

© José Antonio Ramos Pascua, 2020

© Cuadernos de derechos humanos. Número 2



Usted es libre *para: compartir - copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato. El licenciante no puede revocar estas libertades en tanto usted siga los términos de la licencia.*

Producción editorial:

Ediciones de EPIKEIA Observatorio Universitario de Derechos Humanos y Observatorio de Derechos Humanos de la Universidad de Los Andes.

Av. Alberto Carnevali. Núcleo Universitario Pedro Rincón Gutiérrez. Entrada Facultad de Arquitectura y Diseño. Mérida estado Mérida. Venezuela.

Correo electrónico: odhula@gmail.com | **Página web:** www.uladdhh.org.ve

Teléfonos: 0274 4160513

Edición: Mayda Hočevár / Nelson Rivas

Revisión y estilo: Margarita Belandria

Diagramación: Carlos Mora

Diseño de cubierta: Gabriel Toro

Hecho el depósito de ley

Depósito legal: ME2020000064

ISBN: 978-980-18-1060-5

Versión digital hecha en Mérida, Venezuela.

Índice

Presentación.....	11
1. Soberanía popular y democracia.....	13
2. Democracia directa y democracia representativa.....	14
3. Democracia formal y democracia constitucional.....	17
4. Democracia radical.....	22
5. Democracia y derechos humanos.....	27
6. Discusión sobre la prioridad de los derechos y su tutela judicial...	33
Bibliografía recomendada.....	29

Presentación

Los *Cuadernos de derechos humanos* del Observatorio de Derechos Humanos de la Universidad de Los Andes han sido concebidos con un propósito exclusivamente didáctico, a fin de que sus contenidos resulten accesibles a las personas no versadas en esta materia y especialmente a los alumnos del Diplomado de DDHH de la ULA, como una manera de introducirlos pedagógicamente en los inicios de esta temática de tanta importancia en el mundo social y jurídico actual, tanto en el ámbito nacional como en el internacional.

Hemos hecho lo posible por incluir una amplia variedad de temas, que son tratados desde distintas perspectivas. Entre esta variada temática se presentan los derechos humanos de las mujeres, el problema de la corrupción, el medio ambiente como derecho humano, jurisprudencia sobre violencia de género, derechos humanos y democracia, entre otros.

Asimismo, hemos seleccionado autores de distintos países y universidades, de manera de contar con pluralidad de criterios y enfoques sobre las distintas temáticas englobadas dentro del amplio marco de los derechos humanos.

Finalmente, esperamos que estos textos sean de utilidad para quienes se interesen por el conocimiento de los derechos humanos y les permita adquirir herramientas y un marco conceptual que los instruya y oriente en la ampliación y profundización de estos estudios.

En este *Cuaderno* se publica el trabajo titulado *Democracia y derechos humanos* del Dr. José Antonio Ramos Pascua, Profesor Titular de Filosofía del Derecho en la Universidad de Salamanca, Director del Departamento de Historia del Derecho y Filosofía Jurídica, Moral y Política en la misma Universidad, y autor de numerosas publicaciones.

DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS

1. Soberanía popular y democracia

Conviene distinguir estos dos conceptos que con frecuencia se confunden. La soberanía popular es un principio que atribuye la legítima titularidad del poder político al pueblo en su conjunto. Como argumentaba, entre otros, Francisco de Vitoria en su *Relectio de potestate civili*, de 1528, “no existe motivo alguno por el que en la asamblea y cónclave civil alguien reclame para sí el poder sobre los demás”. Luego, resulta ineludible “que la propia comunidad se baste a sí misma y tenga ese poder”¹. En otras palabras, la soberanía, el poder político supremo, la *summa potestas superiores non recognoscens*, a nadie pertenece legítimamente si no es al pueblo en su conjunto.

La democracia es otra cosa. Es una forma de gobierno, una forma de ejercer el poder político consistente en atribuir al pueblo en su conjunto la facultad de gobernar, bien directamente, o bien indirectamente a través de unos representantes elegidos por él.

Lógicamente, la forma de gobierno que de forma más natural concuerda con el principio de soberanía popular es la democracia, pero no es esta la única forma de gobierno compatible con dicho principio. Teóricamente, el pueblo, en legítimo ejercicio de su

¹Vitoria, F., *Sobre el poder civil*, trad. de J. Cordero, Salamanca, Ed. San Esteban, 2009, p. 73.

soberanía, podría asignar la función de gobernar a un monarca o gobernante único, a un grupo más o menos aristocrático, o al pueblo en su conjunto, bien de forma incondicional e ilimitada, o bien restringiendo su poder de gobierno mediante instituciones y derechos inviolables que los legisladores y gobernantes estarían obligados a respetar. En este último caso estaríamos ante una democracia limitada, pero perfectamente coherente con el ejercicio legítimo y pleno de la soberanía popular.

En la actualidad el principio o valor de la soberanía popular ya no resulta tan incuestionable como lo fue en el pasado. La razón radica en la creciente debilidad de la soberanía de los Estados². Las comunidades políticas de nuestro tiempo ya no son autárquicas, sino estrechamente interdependientes. Con frecuencia están integradas en organismos supraestatales a cuya autoridad, en parte, se subordinan, como la Unión Europea, la Organización de las Naciones Unidas, etc. En este contexto la soberanía de cada pueblo tiende a diluirse. Pero sigue siendo indiscutible que nadie tiene por naturaleza el derecho a imponer su poder sobre los demás. La soberanía legítima siempre residirá en la comunidad, sea esta la comunidad nacional o internacional.

2. Democracia directa y democracia representativa

Volviendo a la democracia, es bien sabido que puede manifestarse de formas muy diversas. Ya quedó apuntada antes la clasificación más conocida, la que distingue entre democracia directa y democracia representativa. La primera, que es la forma más pura de democracia y ya se practicó en la Antigüedad, se produce cuando el pueblo ejerce el gobierno directamente, reunido en una asamblea de todos sus miembros que discute los asuntos políticos y decide por mayoría de votos las decisiones que deben adoptarse en cada caso. La ejecución de estas decisiones normalmente corría a cargo de equipos de magistrados designados por sorteo. Se prefería el sorteo a la elección

²Según afirma Ferrajoli, L., *La democracia a través de los derechos*, trad. de P. Andrés Ibáñez, Madrid, Trotta, 2014, p. 145, actualmente la soberanía de los Estados “resulta sustituida por una suerte de invisible y tácita soberanía de los mercados”.

porque se consideraba más democrático, dado que cuando se elige, tiende siempre a elegirse a los mejores, y eso introduciría en la vida política un germen de aristocracia³.

La democracia directa pudo funcionar satisfactoriamente en la Atenas de Pericles, una comunidad relativamente pequeña y cohesionada, donde sus miembros podían interactuar efectivamente unos con otros, abordando los problemas que afectaban a todos y que todos conocían; pero es impracticable en las sociedades multitudinarias, pluralistas y complejas de nuestro tiempo. Esta inviabilidad práctica ha sido reconocida incluso por los más entusiastas admiradores de la antigua democracia griega. Melancólicamente concluía J. J. Rousseau su análisis sobre esta forma de gobierno, la única que él consideraba realmente democrática, afirmando que sería la propia de un pueblo de dioses, si tal pueblo existiera. Pero “un gobierno tan perfecto no conviene a los hombres”⁴.

La otra modalidad de democracia, la democracia representativa, se produce cuando el pueblo ejerce el gobierno, no directamente, sino eligiendo una serie de representantes para que lo ejerzan en su nombre. Obviamente esta forma de gobierno es democráticamente menos pura que la anterior, hasta el punto de que muchas veces se ha puesto en duda su carácter verdaderamente democrático.

De hecho, quienes a finales del siglo XVIII, coincidiendo con el triunfo de las revoluciones liberales de EE.UU. y Francia, idearon esta forma de representación política, no la concibieron como una variante de la democracia, puesto que excluía la participación directa del pueblo, sino como algo sustancialmente distinto y mejor⁵. Sería una forma de gobierno más perfecta que la democracia porque la elección de representantes políticos tendría como efecto probable la selección de los individuos más aptos para ejercer las funciones de gobierno, y además propiciaría una especie de división óptima del

³Encontramos un eco de esta idea en Aristóteles, *Política* (Libro IV, capt. 9), Madrid, Aguilar, 1982, pp. 831-2: “Se considera democrático que los cargos se designen por suerte, y se considera oligárquico que sean elegidos”.

⁴Cfr. Rousseau, J. J., *El contrato social* (Libro III, capt. IV), Madrid, EDAF, 1979, p. 109.

⁵Cfr. Manin, B., *Los principios del gobierno representativo*, trad. de F. Vallespín, Madrid, Alianza, 1998, pp. 11 y ss.

trabajo, permitiendo a la mayor parte de la población dedicarse a sus actividades particulares sin necesidad de abdicar de sus responsabilidades políticas, delegadas en personas de su confianza.

En nuestros días, y especialmente tras la conquista del sufragio universal, que garantiza el derecho al voto de todos los ciudadanos sin discriminación por razones de sexo, religión o capacidad económica, ya no se duda del carácter democrático de la representación política. Es más, se reconoce pacíficamente que no existe otra forma viable de democracia en los Estados modernos. Más aún, la democracia representativa, que surge históricamente en el marco ideológico del liberalismo, vinculada al reconocimiento de ciertos principios jurídico-políticos y derechos individuales inviolables, es la que comenzó a ganarse la valoración positiva de que goza actualmente la idea de democracia; una idea cuyo prestigio resulta hoy inatacable y que cualquier régimen político incluye en su autodescripción. Pero no siempre fue así. El prestigio de la democracia fue escaso ya entre los autores de la Antigüedad, que en general se inclinaron a despreciarla, como forma de gobierno turbulenta, fácilmente corruptible por la demagogia y poco fiable. Fue la democracia liberal, una forma de gobierno representativo y autolimitado, la que cambió radicalmente la actitud valorativa de los pensadores y del público en general hacia la democracia, que hoy tiende a identificarse con buen gobierno; un gobierno igualitario, liberal, justo y solidario.

Cabe añadir que la democracia actual es representativa en dos sentidos: Primero, porque en ella las decisiones de gobierno las adopta un cuerpo de individuos elegidos por el pueblo para que actúen en su nombre como representantes suyos; y segundo, porque ese cuerpo de representantes reproduce (representa) a escala menor el mapa de intereses generales y particulares, económicos y culturales, religiosos y políticos, que conforman la realidad de cada comunidad política.

Tradicionalmente se ha sostenido que los representantes políticos de los ciudadanos deben defender exclusivamente los intereses generales de la Nación. De lo contrario, si tuvieran que defender, bajo amenaza de destitución, los intereses particulares de sus electores,

quedarían sometidos a una especie de mandato imperativo, cuya prohibición es uno de los principios básicos de la democracia representativa. Pero lo cierto es que este principio no siempre se ha respetado. Parece indudable que los intereses generales de la comunidad han de prevalecer sobre los particulares, pero también debe reconocerse la conveniencia de armonizar o conciliar los intereses generales con los intereses propios de los electores. Al fin y al cabo, el interés general no es más que una abstracción construida a partir del complejo entramado de intereses concretos de los diferentes sectores sociales. La admisibilidad de la representación y defensa de los intereses reales de los electores se ve favorecida en la democracia liberal o constitucional porque en ella, como veremos después, existen restricciones ideadas para impedir que la lucha entre facciones e intereses contrapuestos conduzca a la violación de los derechos individuales.

Otra característica propia de la democracia representativa es la mediación que juegan en la representación de la voluntad popular los partidos políticos, instituciones encargadas de canalizar y simplificar las demandas políticas de los electores. Si la democracia representativa es una adaptación de la democracia a las sociedades masificadas del mundo moderno, más lo es la llamada *partitocracia* o sistema de partidos, pues las masas solo pueden actuar por medio de grupos organizados políticamente. Aunque en ellos tienda a imponerse cierta ideología preconcebida, así como la voluntad de sus líderes y los propios intereses particulares de los partidos, estos no pueden desconocer los intereses de sus votantes, pues si no satisfacen sus demandas perderán su apoyo. De este modo, a través de los partidos se produce la conciliación entre intereses particulares, territoriales, ideológicos, de clase, etc., con los intereses generales que deben dar cobertura y coherencia, sentido y justificación a todos los demás.

3. Democracia formal y democracia constitucional

La democracia consiste básicamente en el control del gobierno por parte del pueblo mediante reglas e instituciones que hagan posible el

cambio de sus representantes políticos, no a través de la violencia, sino de elecciones libres. Esas disposiciones, que constituyen la estructura formal o procedimental de la democracia, se conocen como reglas del juego democrático. N. Bobbio, exponiendo la visión de la democracia característica de autores positivistas como H. Kelsen o A. Ross, las ha sintetizado en seis puntos:⁶

- 1º) Todos los ciudadanos mayores de edad, sin distinción de sexo, raza, religión, capacidad económica, etc., tienen derecho a participar en el gobierno de su comunidad política o a elegir representantes que lo hagan por él.
- 2º) El voto de todos los ciudadanos ha de tener idéntico valor.
- 3º) El voto debe emitirse libremente, expresando la opinión propia de cada elector; opinión que habrá podido formar en un clima de libre deliberación entre las diversas opciones políticas.
- 4º) Los votantes deben tener la posibilidad real de elegir entre opciones diversas representadas por grupos políticos libres y diferenciados.
- 5º) El criterio para decidir la opción victoriosa debe ser la regla de la mayoría numérica de votos.
- 6º) Las decisiones de la mayoría no deben limitar el derecho de las minorías a convertirse eventualmente en mayoría en igualdad de condiciones.

El cumplimiento de las reglas antes enumeradas, que es condición necesaria de la democracia aunque quizá no suficiente, garantiza la participación de todos los ciudadanos en la adopción de las decisiones políticas. A eso se reduce la democracia formal, que determina quién puede adoptar las decisiones políticas, pero no especifica lo que puede o no puede decidirse.⁷ Esta visión de la democracia como mero esquema formal de reglas resulta

⁶Cfr. Bobbio, N., *Teoría general de la política*, ed. por M. Bovero, Madrid, Trotta, 2003, p. 460. Sobre la concepción de la democracia de los autores positivistas citados en el texto, vid. Kelsen, H., *Esencia y valor de la democracia*, Barcelona, Labor, 1977; “Los fundamentos de la democracia”, en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, trad. de J. R. Manero, Madrid, Debate, 1988, pp. 207-344; Ross, A., *¿Por qué democracia?* Madrid, CEC, 1989.

⁷Bobbio, *Teoría general de la política*, op. cit., p. 461.

insatisfactoria, porque no ofrece protección a los individuos frente a los posibles abusos de las mayorías.

Precisamente, para proteger los derechos individuales irrenunciables se ideó la democracia liberal, un antecedente de lo que hoy tiende a denominarse democracia constitucional. Tanto la democracia liberal como la democracia constitucional se caracterizan por combinar el aspecto formal de la democracia, cifrado en las reglas del juego antes mencionadas, con un aspecto material o de contenido. La dimensión o límite material de la democracia consiste en una serie de valores morales, principios jurídico-políticos y derechos fundamentales reconocidos en la constitución de cada comunidad política y que ninguna mayoría parlamentaria puede vulnerar.

Cuando esos derechos inviolables de las personas se reducían básicamente a los derechos de libertad individual, tuvo sentido hablar de democracia liberal. Cuando posteriormente se concedió idéntico o similar reconocimiento a los derechos socioeconómicos, pudo hablarse de democracia social. Pero dado que todos los tipos de derechos fundamentales se recogen conjuntamente en la constitución, una constitución rígida cuya primacía sobre la ley está garantizada judicialmente, la denominación que parece hoy más precisa y abarcante es la de democracia constitucional. En otras palabras, la democracia liberal y la social serían aspectos concretos de la democracia constitucional⁸.

Para entender mejor la esencia de la democracia constitucional, típicamente defendida por autores postpositivistas e incluso iusnaturalistas, y su relación con la democracia formal, típicamente defendida por autores iuspositivistas, conviene insistir en su origen histórico. Ferrajoli lo sitúa en los años posteriores a la Segunda Guerra Mundial⁹. Fue entonces cuando surgieron, como reacción

⁸Ferrajoli, L., *Democracia y garantismo*, ed. de M. Carbonell, Madrid, Trotta, 2008, pp. 26-27, considera preferible la denominación “democracia constitucional” porque, a su juicio, la antes noble expresión “democracia liberal” designa actualmente la ausencia de límites al funcionamiento libre del mercado.

⁹Ibid., p. 28. Curiosamente, Ferrajoli, defensor decidido de la democracia constitucional, insiste voluntariosamente en describir su pensamiento como positivista.

frente a los errores y horrores de la guerra, instituciones como la Organización de las Naciones Unidas, con su Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, o constituciones como las de Italia y Alemania de la misma época.

Estos documentos jurídico-políticos, todavía vigentes, establecieron una serie de derechos fundamentales como límites infranqueables por los poderes públicos. No se olvidaba que las dictaduras totalitarias surgidas en los dos países citados tuvieron su origen en consensos populares arrolladoramente mayoritarios. Fue la democracia formal la que aupó a Mussolini y a Hitler al gobierno. A cambio, ellos, después de servirse de la democracia para lograr sus propósitos, la liquidaron arrogándose un poder absoluto. La Venezuela actual nos ofrece un ejemplo más reciente del desmantelamiento progresivo y sistemático de la democracia mediante el abuso de las propias instituciones democráticas.

Ante la evidencia de que es posible, por ejemplo, decidir por mayoría la eliminación de alguna minoría molesta, o simplemente la supresión de la democracia utilizando métodos democráticos, se reconoció ya desde hace décadas la necesidad de establecer garantías constitucionales; garantías no solo de forma sino también de fondo, capaces de impedir, o al menos obstaculizar todo lo posible, excesos de ese tipo.¹⁰

¿En qué consisten tales garantías? Algunas son de tipo político-institucional, como el principio de división de poderes y, en general, todos los mecanismos de control de los poderes públicos y de proscripción de la arbitrariedad que constituyen el Estado de Derecho. Otras garantías tienen forma de derechos humanos inviolables que se reconocen a los ciudadanos como derechos fundamentales.

Muchos de estos derechos no solo van encaminados a proteger la dignidad e integridad física y moral de las personas, sino también la

¹⁰Como dice Ferrajoli en la misma obra antes citada, p. 79, “en ausencia de límites de carácter sustancial, o sea, de límites a los contenidos de las decisiones legítimas, una democracia no puede sobrevivir: siempre es posible que con métodos democráticos se suprima (...) todo el sistema de reglas en que consiste la democracia política” Concluye afirmando que la verdadera democracia requiere “que a la mayoría le sea sustraído el poder de suprimir el poder de la mayoría”.

limpieza y autenticidad de la democracia. Es evidente que el derecho de los ciudadanos a la participación en el gobierno de la propia comunidad política, o el derecho al sufragio activo y pasivo, pueden considerarse auténticos derechos a la democracia misma. Otros derechos, como las libertades individuales, especialmente las libertades de pensamiento, conciencia, expresión, prensa, reunión, asociación, manifestación, etc., son imprescindibles para que sea posible la deliberación abierta exigida por la forma de gobierno democrática.

Lo mismo puede decirse de las garantías penales y procesales, imprescindibles para evitar, por ejemplo, las detenciones irregulares que pueden impedir o coartar la participación de los opositores en la vida política. Incluso los derechos sociales, económicos y culturales, como el derecho al trabajo, a la sanidad, a la vivienda, etc., tendentes a garantizar el disfrute efectivo de las libertades, son necesarios para que la democracia funcione correctamente. Mal puede ejercer sus derechos y libertades participando activamente en la vida política quien carece en absoluto de cultura o, peor aún, quien carece de los recursos más elementales de supervivencia y se ve obligado a dedicar todos sus esfuerzos a la lucha por la vida, más que a las controversias políticas.

Otra característica clave de la democracia constitucional consiste en la protección reforzada de la que goza su dimensión sustancial, formada por derechos fundamentales y demás garantías constitucionales. Se trata de elementos protegidos en el sentido de que no pueden ser suprimidos ni alterados mediante leyes ordinarias aprobadas por el parlamento.¹¹ De lo contrario, si esa posibilidad existiera, la constitución no tendría más fuerza que cualquier otra ley, y por tanto no podría servir como muralla de protección frente a las decisiones inconstitucionales de las mayorías parlamentarias cambiantes. Dos elementos garantizan la inmunidad de la

¹¹Como dice Dworkin, R., *Los derechos en serio*, trad. de M. Guastavino, Barcelona, Ariel, 1984, p. 211, la constitución y los derechos fundamentales están destinados a proteger a los individuos “contra ciertas decisiones que podría querer tomar una mayoría de ciudadanos, aun cuando actúe siguiendo lo que para ella es el interés general”. Se trata de “derechos morales que tienen los individuos contra la mayoría” (p. 212).

constitución y de su contenido frente a las decisiones de las mayorías parlamentarias. El primero reside en la dificultad y complejidad del procedimiento de reforma constitucional, que suele requerir el apoyo de una mayoría muy cualificada; y el segundo consiste en la existencia de algún órgano de control judicial de la constitucionalidad de las leyes, como la Corte Suprema en los EE.UU., o los tribunales constitucionales europeos, que eventualmente pueden anular las leyes que juzguen inconstitucionales.

La concepción de la democracia constitucional, cuyo significado profundo puede resumirse en la “primacía de los derechos fundamentales sobre los poderes públicos”¹², ha recibido en los últimos tiempos duras críticas lanzadas desde concepciones más o menos idealizadas de la democracia. Rechazan estas críticas la posible anulación de la voluntad mayoritaria del pueblo expresada en el parlamento y plasmada en la ley, por afectar a una lista bloqueada de derechos incondicionalmente válidos o, peor aún, porque así lo decidan unos órganos judiciales no elegidos democráticamente ni responsables ante el electorado, como son los tribunales constitucionales.

4. Democracia radical

El reinado de la democracia representativa liberal o constitucional en el mundo moderno ha convivido y sigue conviviendo con propuestas más o menos seductoras de regreso a la presunta edad de oro de la democracia en la antigua Grecia. Quizá fue J. J. Rousseau, romántico e idealista admirador de la Antigüedad clásica, el más influyente soñador en la democracia radical; una democracia capaz de configurar una voluntad general (la voluntad idealizada del pueblo) que por su propia perfección no admite límites, pues necesariamente estará al servicio de los intereses generales y, por tanto, es impensable que decida vulnerar los derechos básicos de las personas.

¹²Cfr. Ferrajoli, L., *La democracia a través de los derechos*, trad. de P. Andrés Ibáñez, Madrid, Trotta, 2014, p. 83.

El propio Rousseau era consciente del idealismo de su concepción y reconocía la imposibilidad de poner en práctica la democracia pura o directa en la sociedad de su época.¹³

Aún así, su visión de la democracia y de la voluntad general ha funcionado como una especie de modelo inspirador o ideal regulativo con efectos beneficiosos sobre la práctica real de la democracia. En efecto, la crítica a la democracia representativa que está implícita en el ideal de la democracia pura ejerce una presión saludable a favor de una mayor participación de los ciudadanos en la vida política. Aumentando la participación se compensaría uno de los posibles efectos nocivos de la representación, que es la apatía de los representados ante la creciente profesionalización de la actividad política. Una mayor participación de los ciudadanos en esa actividad tendría como benéfica consecuencia la consolidación de una sociedad civil cada vez más solidaria y comprometida con el bien común de todos sus miembros.

Una incitante renovación contemporánea del eterno ideal de la democracia puede encontrarse en las diversas versiones de la llamada democracia deliberativa. A diferencia de la democracia liberal, cuyo fin último es proteger la autonomía del individuo, la democracia deliberativa “aspira a la construcción de una voluntad común”.¹⁴ Presupone la prioridad de la comunidad sobre el individuo, pues es en el seno de una práctica comunitaria deliberativa donde el individuo desarrolla su capacidad discursiva y se constituye como ser autónomo. Si la comunidad es anterior y constitutiva del individuo, también será prioritaria la voluntad comunitaria sobre la individual. ¿Pero cuál es la voluntad comunitaria? No es la simple suma de las voluntades individuales, ni la voluntad de la mayoría, porque esta voluntad tiende a expresar los intereses particulares dominantes en la sociedad, pero no necesariamente el interés general. La voluntad

¹³Rousseau, J. J., *El contrato social*, op. cit., p. 108: “No existirá jamás verdadera democracia ni ha existido nunca (...) No se puede imaginar que el pueblo viva constantemente reunido para ocuparse de los negocios públicos”.

¹⁴Cfr. Del Águila, R., “El centauro transmoderno: liberalismo y democracia en la democracia liberal”, en *Historia de la teoría política*, ed. por F. Vallespín, Madrid, Alianza, 1995, vol. 6, p. 571.

comunitaria, equivalente a la voluntad general idealizada por Rousseau, es la que se forma cuando el pueblo delibera sobre los asuntos públicos en condiciones adecuadas de apertura, tolerancia, responsabilidad, racionalidad, etc., y persigue solo el interés colectivo. Por eso mismo debe suponerse que terminará garantizando derechos iguales para todos.

Esta visión idealizada corre el peligro de prescindir del pueblo real, con sus problemas e intereses concretos, plurales y contradictorios, endosándole una voluntad ideal construida “racionalmente” por no se sabe qué interprete autorizado de su verdadera voluntad.¹⁵

En todo caso, debe admitirse que la libre deliberación pública entre los ciudadanos sobre los asuntos políticos, y la justificación racional de lo que decidan, forma parte de la mejor práctica de cualquier versión de la democracia. La participación en las deliberaciones democráticas es uno de los mejores instrumentos para el crecimiento personal de los ciudadanos, pues los educa en el uso libre y responsable de la razón pública, y en la convicción de que el bien común es la base de sus propios bienes particulares. En este sentido parece cierto que la democracia presupone y promueve la cualidad moral y racional de los ciudadanos, al confiar en sus decisiones políticas, reconociéndolos como buenos concededores de sus intereses y del interés colectivo. Cultiva así su inteligencia, pues les obliga a instruirse en los asuntos públicos, cultiva su altruismo y su responsabilidad. La democracia se convierte de este modo en una escuela de humanidad, virtud personal y ética social.

En síntesis, la democracia deliberativa requiere que se garantice la libre discusión pública entre los ciudadanos antes de adoptar decisiones políticas.¹⁶ Se trata así de garantizar el intercambio de razones y argumentos con la confianza en que las mejores decisiones

¹⁵Ibid., p. 599.

¹⁶En palabras de Nino, C. S., *La constitución de la democracia deliberativa*, trad. de R. P. Saba, Barcelona, Gedisa, 1997, p. 293, la democracia deliberativa “implica la creencia en la primacía del proceso de discusión colectiva y decisión mayoritaria sobre cualquier otro procedimiento para determinar soluciones moralmente aceptables a conflictos sociales, incluso aquellos que involucran derechos”.

terminen imponiéndose por convencimiento. En esta deliberación debe operarse con un tipo específico de razón, la razón pública, que excluye como argumentos admisibles del debate aquellos que no presupongan el reconocimiento de todos los ciudadanos como libres e iguales. La deliberación debe contar además con ciertas garantías institucionales, como la existencia de parlamentos capaces de someter a escrutinio racional cualquier propuesta política que aspire a convertirse en ley, la existencia de debates electorales, y no solo electorales, limpios y frecuentes, la existencia de prensa libre, etc.

La confianza plena en que la libre deliberación de los ciudadanos, guiada por la necesidad de perseguir solo intereses generales, terminará garantizando derechos iguales para todos, lleva a muchos defensores de la democracia deliberativa a prescindir del establecimiento de derechos fundamentales como límites al ejercicio democrático del gobierno. Como observa F. Vallespín, permitir la “reserva de derechos” implicaría la introducción de una interferencia injustificada en el despliegue del espíritu ético comunitario.¹⁷ Nadie niega que los derechos fundamentales formen parte de las condiciones imprescindibles que hacen posible los diferentes procedimientos de comunicación y deliberación pública necesarios para que la democracia funcione correctamente.¹⁸ Pero eso significa solo que el reconocimiento de los derechos humanos está ya incorporado implícitamente en la propia lógica de la democracia deliberativa y no es necesario imponerlos jurídicamente como límites rígida y constitucionalmente garantizados que las decisiones democráticas no pueden rebasar.

Esa es la tesis que defiende abiertamente J. Waldron. En su opinión, es un golpe inaceptable a la democracia la existencia en las constituciones de declaraciones de derechos fundamentales que limitan drásticamente lo que los miembros del parlamento pueden decidir por mayoría y plasmar en las leyes que dictan. Peor aún le

¹⁷Cfr. Vallespín, F., “El discurso de la democracia radical”, en *La democracia y sus textos*, Madrid, Alianza, 1998, p. 165.

¹⁸Habermas, J., “Derechos humanos y soberanía popular. Las versiones liberal y republicana”, trad. de E. G. Guitián, en *La democracia y sus textos*, loc. cit., pp. 267 y ss., sostiene que derechos humanos y democracia son elementos compatibles y complementarios que se presuponen recíprocamente.

parece que esas declaraciones de derechos invulnerables tengan que ser interpretadas y tuteladas por tribunales cuyos miembros no son elegidos democráticamente ni son responsables ante el pueblo de su labor. Son, por tanto, tribunales aristocráticos que, sin embargo, pueden anular por simple mayoría de sus miembros las leyes que los representantes del pueblo han aprobado tras arduas deliberaciones impecablemente democráticas.

Waldron rechaza el dogmatismo constitucional que eleva los derechos fundamentales a la categoría de verdades sagradas e indiscutibles, sustraídas a los debates parlamentarios. Cuando se excluye del parlamento la discusión sobre esos derechos, se está erosionando el reconocimiento de la igual dignidad y autonomía moral de las personas, que se manifiesta precisamente en la posibilidad de deliberar y decidir cuál es la mejor solución para todos los problemas políticos. Como puede observarse, la democracia que propone Waldron es también la democracia deliberativa, porque defiende sobre todo la apertura a la deliberación de cualquier problema político por parte de los ciudadanos o de sus representantes en el parlamento. No excluye de dicha deliberación el problema de determinar qué derechos van a ser reconocidos y garantizados a las personas y cuál será su alcance en cada momento. Literalmente afirma Waldron que “todo está al alcance de nuestra mano en una democracia, incluyendo los derechos asociados a la democracia misma”.¹⁹ ¿Genera esto incertidumbre y hasta pánico? Es el precio que ha de pagarse si se quiere respetar la autonomía moral de todos, que es el fundamento de su dignidad.²⁰

Hay un punto en el que Waldron discrepa de los partidarios de la democracia deliberativa. Como ellos, él valora sobre todo el debate y el consenso, pero ellos creen además que el objetivo de la deliberación es precisamente el consenso. Creen que los desacuerdos son indicios de que la deliberación ha sido defectuosa, puesto que si en ella se hubiera perseguido única y exclusivamente el bien común, tendría

¹⁹Cfr. Waldron, J., *Derecho y desacuerdos*, trad. de J. L. Martí y A. Quiroga, Madrid/Barcelona, Pons, 2005, p. 362.

²⁰Ibid., p. 362.

que haber conducido a un acuerdo aceptable para todos como razonable, sin necesidad de recurrir a “la sórdida tarea del recuento de votos”.²¹ Waldron sostiene que una buena teoría de la democracia deliberativa tiene que aceptar la posibilidad del desacuerdo, incluso sobre el bien común y los principios de justicia. Los desacuerdos son ineludibles, por mucho que se delibere, como demuestran las interminables polémicas doctrinales de los expertos en estas materias. Es inevitable recurrir finalmente al principio de la mayoría para zanjar las discusiones y adoptar las correspondientes decisiones democráticas.

Con lo anterior, Waldron arroja un jarro de frío realismo sobre el ardiente idealismo de la democracia deliberativa. Pero si todo se puede discutir en el parlamento, incluso los derechos básicos de las personas, y si en toda discusión lo más probable es el desacuerdo irreductible ¿queda alguna garantía fiable de protección de los derechos humanos en una democracia radical?

5. Democracia y derechos humanos

La relación que existe entre la democracia y los derechos humanos es muy estrecha. Se trata de ideas profundamente dependientes e implicadas entre sí, pero al mismo tiempo y como ya hemos apuntado pueden llegar a contraponerse y menoscabarse recíprocamente. En los apartados anteriores expusimos el concepto o las principales concepciones de la democracia. Ahora hemos de preguntarnos cuál es su ideal inspirador, el valor que le da sentido y justificación. Se puede responder afirmando que la democracia es la forma de gobierno que mejor representa el reconocimiento de la igual libertad y dignidad de todos los miembros de una comunidad política.²² Aquí reside la gran fuerza moral que legitima la

²¹Ibid., p. 113.

²²Acertadamente observa Bobbio, N., *Estado, gobierno y sociedad*. Por una teoría general de la política, México, FCE, 1989, p. 203, que el desarrollo de la democracia coincide con la realización de la idea kantiana de que, a partir de la Ilustración, el hombre salió de su minoría de edad y como persona adulta tomó la riendas de su vida tanto individual como colectiva.

democracia y la razón por la que esta forma de gobierno se considera la mejor de todas, o la menos mala.

Pero aquellos mismos valores, igualdad natural, dignidad humana y autonomía individual son también los que dan sentido y constituyen el núcleo central de los derechos humanos.²³ A. Pérez Luño los define como “un conjunto de facultades e instituciones que en cada momento histórico concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”.²⁴ Aunque se trata de valores universales e inmutables que responden a las necesidades más radicales de la naturaleza humana, los derechos o facultades en que esos valores se concretan pueden variar.

¿Quién tiene la prerrogativa de concretar esos valores morales o exigencias básicas de justicia decidiendo qué derechos se van a reconocer y garantizar en cada comunidad política y, en consecuencia, van a situarse fuera del alcance del poder ordinario de gobierno? Los concreta la propia comunidad política, el pueblo soberano, cuando actúa como poder constituyente estableciendo de forma consensuada las condiciones básicas de la cooperación entre sus miembros. En ese pacto consensuado de convivencia que supone la creación de una constitución, expresión directa de la soberanía popular, debe situarse la justificación de los derechos fundamentales,

²³No por casualidad la *Declaración Universal de los derechos del hombre* comienza con la siguiente afirmación en su artículo primero: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y en derechos”. Según sostienen Menke, Ch. y Pollmann, A., *Filosofía de los derechos humanos*, trad. de R. Capdevila, Barcelona, Herder, 2010, p. 190, el fundamento común a los derechos humanos y la democracia es el principio moral de igual respeto a todas las personas. Algo parecido sostiene Dworkin, R., *Una cuestión de principios*, trad. de V. A. Boschiroli, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2012, p. 52, para quien la democracia y el Estado de Derecho, con su tutela de los derechos individuales, no están en guerra, porque se apoyan en la misma idea: la necesidad de tratar a las personas como iguales.

²⁴Cfr. Pérez Luño, A. E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1986, p. 48.

que son los derechos humanos reconocidos y garantizados por la constitución de cada comunidad política.²⁵

En resumen, los derechos humanos no son imposiciones antidemocráticas que recaen sobre los pueblos al margen de su voluntad. Son manifestaciones directas de la soberanía de cada pueblo, que aceptando el valor de aquellas exigencias morales o de justicia, se las autoimpone en esa especie de contrato social que es la Constitución. Obviamente, esto limita el poder de decisión del legislador democrático que ejerce la representación del pueblo en el parlamento, puesto que se le niega la posibilidad de suprimir o alterar sustancialmente los derechos fundamentales; aunque sí podría regular las condiciones concretas de su ejercicio. En este sentido es verdad que, pese a compartir los mismos valores de fondo, la democracia y los derechos humanos en ocasiones se contraponen y se restringen recíprocamente.

Conviene profundizar algo más en el problema de la relación entre democracia y derechos humanos, tanto en su apoyo mutuo como en su potencial agresión recíproca. Hemos dicho que ambos fenómenos se fundamentan y justifican en los mismos valores. Pero es que además se necesitan mutuamente para activarse o realizarse en la práctica. Es decir, no solo comparten la misma base valorativa, la misma identidad sustancial, sino que también se presuponen recíprocamente.²⁶

Si la democracia conlleva la libre participación de todos los ciudadanos en las actividades políticas, y si una de las reglas del juego democrático es la que otorga el mismo valor al voto de cada ciudadano, sea cual sea su raza, sexo, formación o clase social, es porque presupone la igual dignidad de las personas, que es la raíz o el

²⁵Esta es la fundamentación que atribuye a los derechos humanos Delgado Pinto, J., "La función de los derechos humanos en un régimen democrático", en *El fundamento de los derechos humanos*, ed. por G. Peces-Barba, Madrid, Debate, 1989, pp. 135-144.

²⁶Bobbio, N., "La Revolución Francesa y los derechos humanos, en *El tiempo de los derechos*, trad. de R. de Asís, Madrid, Sistema, 1991, p. 149, después de explicar que las primeras declaraciones de derechos humanos sentaron las bases de las primeras democracias liberales en los EE.UU. y en Francia, se pregunta si no será la Declaración universal de derechos del hombre de la ONU, de 1948, el presupuesto de la democratización del sistema internacional.

fundamento de todos los derechos humanos. Si la democracia requiere libre deliberación pública de los asuntos políticos, será una precondition necesaria de la democracia el reconocimiento del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, que es uno de los derechos humanos más emblemáticos. Más aún, sería impensable que los ciudadanos pudieran participar en un ejercicio continuado de deliberación serena y desinteresada, pendientes sobre todo del interés general, si no contaran con la protección de sus derechos socioeconómicos y estuvieran atrapados en la miseria y la enfermedad, con la supervivencia como única preocupación.

De igual modo, los derechos humanos presuponen la democracia. ¿Cómo sería posible sin democracia la realización del derecho a la libertad entendida como autogobierno de cada uno? Más evidente aún resulta que sin democracia no sería posible realizar el derecho a “participar en la dirección de los asuntos públicos de su país, sea directamente, sea por intermedio de representantes libremente elegidos”.²⁷ En general, la mayor parte de los derechos políticos, como el derecho al sufragio (universal) activo y pasivo, no se pueden garantizar sin democracia. Otro indicio de la sintonía y complementariedad entre derechos humanos y democracia es que ambos son los principales elementos legitimadores del Derecho actual. Si un Derecho puede considerarse justo y legítimo actualmente es porque respeta los derechos humanos y ha sido producido democráticamente.

En síntesis, sin democracia no hay autogobierno y sin autogobierno no puede haber libertad, igualdad ni dignidad; es decir, no puede haber respeto a los derechos humanos. Pero sin libertad e igualdad, sin respeto a los derechos humanos, tampoco puede haber verdadera democracia. ¿Cómo van a ser entonces los derechos humanos y la democracia elementos incompatibles?

Por extraño que parezca, es cierto que en determinadas concepciones, como la del pensamiento liberal o la del republicano, derechos humanos y democracia parecen piezas que no encajan. Para el pensamiento liberal, profundamente individualista, los derechos y

²⁷Artículo 21.1 de la *Declaración universal de los derechos del hombre*, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

libertades individuales expresan la autonomía moral de las personas y, por tanto, son prioritarios respecto a la democracia y deben protegerse incluso frente a ella.²⁸ Por el contrario, el pensamiento republicano, con una concepción más organicista que atomista de la sociedad, tiende a subordinar los derechos a la democracia, porque la concibe como la forma en que la comunidad se autorrealiza éticamente.²⁹ Equivale a decir que la conciencia moral colectiva es la instancia suprema del bien y de lo justo, y por tanto, no puede quedar supeditada a unos derechos morales impuestos de antemano por su valor pretendidamente universal.

El peligro de esta última concepción radica en que la conciencia moral colectiva o espíritu ético comunitario, otra versión de la voluntad general idealizada por Rousseau, se convierta en aquel “espíritu del pueblo” que los regímenes totalitarios convirtieron en el valor jurídico-político supremo, convenientemente interpretado por sus líderes, siempre dispuestos a enseñar a los ciudadanos la forma correcta de ser libres. Esta posible deriva siniestra de la democracia es precisamente lo que tienden a evitar los derechos humanos. Ya decía el preámbulo a la Declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 que el desprecio de los derechos humanos es la causa de la corrupción de los gobiernos. Pues bien, la principal función de los derechos humanos en la democracia es impedir su corrupción. Allí donde los derechos humanos se reconocen y respetan de forma efectiva, la calidad de la democracia está garantizada.

²⁸Bobbio, N., “La herencia de la Gran Revolución”, en *Los derechos en serio*, loc. cit., p. 164, subraya la dependencia de la democracia moderna o liberal respecto de la concepción individualista de la sociedad. No existe democracia moderna o liberal alguna “que no parta de la idea de que primero viene la libertad de los ciudadanos aisladamente considerados y después el poder del gobierno que los ciudadanos, mediante su libertad, constituyen y controlan”. Uno de los grandes teóricos del liberalismo, Mill, J. S., *Sobre la libertad*, trad. de J. Ruiz, Barcelona, Orbis, 1985, pp. 33-4, ya advirtió que el pueblo puede oprimir a una parte de sí mismo. Puede producirse una tiranía de la mayoría. Por eso, siempre es importante conseguir una limitación del poder del gobierno para defender los derechos del individuo.

²⁹Cfr. Habermas, J., “Derechos humanos y soberanía popular”, op. cit., p. 272. Entre los autores que criticaron los derechos humanos desde la democracia (aunque desde concepciones opuestas de la misma) cabe mencionar a K. Marx y a C. Schmitt. Sobre el tema, vid. Menke, Ch. y Pollmann, A., *Filosofía de los derechos humanos*, op. cit., pp. 189 y ss.

La tensión entre la democracia y los derechos humanos se resuelve en las democracias modernas, liberales o constitucionales, a favor de estos últimos, asegurando a los individuos y a las minorías el respeto a sus derechos fundamentales reconocidos y garantizados en la Constitución. Esos derechos, según la afortunada metáfora de Dworkin, funcionan como los triunfos en los juegos de naipes. Cuando los triunfos o los derechos fundamentales se ponen sobre la mesa, prevalecen sobre cualquier intento de atropellarlos; aunque esos intentos cuenten con el respaldo de la mayoría y resulten muy útiles o beneficiosos socialmente.

Debe admitirse que esta restricción a la capacidad decisoria de la mayoría supone una interferencia en el funcionamiento de la democracia que necesita una justificación.³⁰ ¿Cuál es esa justificación? El convencimiento por parte del pueblo de que los individuos tienen derechos morales que nada ni nadie puede legítimamente arrebatarles. Ese convencimiento se expresa en la constitución, que representa un compromiso de autolimitación por parte del pueblo mismo. En efecto, es el propio pueblo, ejerciendo legítimamente su soberanía como poder constituyente, el que decide restringir las decisiones de sus representantes políticos para que no puedan vulnerar los derechos que él mismo ha identificado como fundamentales.

La constitucionalización de los derechos humanos representa la promesa que el pueblo hace a las minorías y a cada ciudadano de que su dignidad, libertad e igualdad serán siempre respetadas, aunque esto perjudique los intereses de la mayoría. Como sería escasamente imparcial que fuera la mayoría quien decidiera si los derechos y libertades individuales han sido o no violados por alguna ley o decisión de esa misma mayoría, los principios de la equidad exigen que sean los tribunales de justicia quienes tengan el poder de declarar nulas las leyes que violan los derechos constitucionales.³¹

En verdad, si la constitución debe funcionar como norma suprema del orden jurídico, no puede quedar supeditada a lo que decida cualquier mayoría parlamentaria, porque eso equivaldría a situarla al

³⁰Así lo reconoce Dworkin, R., *Los derechos en serio*, op. cit., pp. 211 y ss.

³¹Ibid., pp. 223-4.

mismo nivel de las leyes ordinarias. Las leyes ordinarias no pueden contemplarse como manifestaciones de la voluntad general. No expresan la voluntad concordante, tendencialmente unánime o al menos ampliamente consensuada, de todos los ciudadanos, sino solo la voluntad de la mayoría de sus representantes. Por eso, las leyes deben estar subordinadas a la constitución y a los derechos fundamentales reconocidos y garantizados por ella.³² En síntesis, la nómina más o menos amplia de derechos fundamentales garantizados en las actuales democracias constitucionales establecen las fronteras de lo que puede o no puede ser decidido mayoritariamente por los parlamentos. Esos derechos no son negociables. Están situados por el pueblo, ejerciendo legítimamente su soberanía, fuera del alcance de las decisiones ordinarias del gobierno democrático.³³

6. Discusión sobre la prioridad de los derechos y su tutela judicial

Como ya apuntamos más arriba, muchos autores critican la democracia constitucional por situar los contenidos normativos de la constitución, y en especial los derechos fundamentales, fuera del alcance de los debates y decisiones democráticas, como si esos contenidos fueran dogmas de fe o verdades incuestionables.³⁴ Este punto de vista crítico con la primacía de los derechos humanos frente a la democracia ha sido defendido, entre otros, por J. Waldron.

³²Como afirma Delgado Pinto, J., “La función de los derechos humanos en un régimen democrático”, op. cit., p. 142, “adoptar democráticamente una constitución implica apelar a un tipo especial de consenso que cabe interpretar como si en él se actualizara la voluntad general”.

³³Ferrajoli, L., *La democracia a través de los derechos*, op. cit., pp. 79 y ss., expresa la misma idea afirmando que los derechos fundamentales son “fragmentos de soberanía popular”. Eso es lo que justifica la prioridad absoluta de los derechos fundamentales sobre las decisiones, a veces erráticas, de las mayorías cambiantes.

³⁴Barranco Avilés, M. del C., *Derechos y decisiones interpretativas*, Barcelona/Madrid, Pons, 2004, p. 137 observa acertadamente que “tanto Habermas como Kelsen consideran que la democracia no es compatible con una constitución que establezca con carácter definitivo las *verdades públicas*”.

Según su argumentación, que en parte ya anticipamos más arriba, si tomamos en serio la dignidad de las personas como seres racionales y dotados de autonomía moral, y de ahí deducimos su igual derecho (el derecho de los derechos)³⁵ a intervenir en la adopción de las decisiones políticas que les afectan, no podemos dar por bueno que se les niegue la posibilidad de decidir qué derechos deben ser reconocidos y garantizados a los ciudadanos y cuál debe ser su alcance en cada momento. En consecuencia, hemos de juzgar negativamente la consagración solemne en la constitución del país de una serie de derechos intangibles o inviolables por el parlamento, puesto que así se vulnera el ideal del autogobierno, la esencia de la democracia, y no se respeta la dignidad ni la capacidad moral de las personas.

Coherentemente con ese ideal democrático, Waldron defiende el protagonismo del parlamento y de sus decisiones, adoptadas por mayoría y plasmadas en leyes tras arduas discusiones entre los representantes auténticos de la voluntad popular. No se deben temer los desacuerdos que enfrentan a los ciudadanos y a sus representantes en el parlamento, el órgano democrático por excelencia para Waldron. Lejos de ser una desgracia, los desacuerdos son estímulos que dinamizan y enriquecen la vida democrática, porque obligan a discutir, negociar, practicar la tolerancia hacia puntos de vista discrepantes, buscar equilibrios y encontrar soluciones aceptables para todos o para la mayoría.

Negar al parlamento la capacidad de determinar los derechos fundamentales y ponerla en manos de un tribunal especializado en el control de la constitucionalidad de las leyes, manifiesta una desconfianza radical en la responsabilidad de los ciudadanos y un grave recorte de la democracia, puesto que los miembros de ese tribunal no son elegidos democráticamente, ni están sujetos a control democrático alguno. Nadie controla al controlador.³⁶ Además, los

³⁵Waldron, J., *Derecho y desacuerdos*, op. cit., p. 277: “El gran derecho de todo hombre, dijo William Cobbet, el derecho de los derechos, es el derecho a tomar parte en la creación de las leyes a las que el bien de la totalidad obliga a someterse”.

³⁶Ibid., p. 351: Hay algo que se pierde, desde el punto de vista democrático, cuando un individuo o una institución no electa ni responsable toma una decisión vinculante acerca de lo que implica la democracia”.

tribunales constitucionales no demuestran una sabiduría superior a la de los parlamentarios, cuyos desacuerdos tienen que zanjarse por mayoría, pues muchas veces aquellos también deciden por mayoría, por ejemplo de siete magistrados frente a cinco, cuestiones que no se dejan decidir al parlamento.³⁷

De hecho, los mismos prejuicios racistas, partidistas o clasistas que eventualmente pueden afectar a las decisiones adoptadas por los parlamentos, pueden afectar igualmente a las decisiones de los tribunales constitucionales, como demuestran muchas sentencias históricas de la Corte Suprema de los EE.UU.³⁸ Siendo así, y dado que quien tiene el poder de decidir sobre la constitucionalidad de las leyes expresa su propia opinión al respecto, más que descubrir algún tipo de razón objetiva contenida en la constitución, sería más democrático que se permitiera al parlamento determinar directamente el alcance que deben tener todos los derechos de los ciudadanos.³⁹

La objeción evidente que puede hacerse a esta concepción es que pone en peligro la protección de los derechos humanos, pues nada justifica la confianza ilimitada y claramente ingenua que profesa Waldron hacia la institución del parlamento. Incluso Rousseau, tan proclive al idealismo, reconocía el peligro de que los intereses particulares corrompan al legislador, y destacaba la necesidad de

³⁷Algo parecido denuncia Nino, C. S., *La constitución de la democracia deliberativa*, op. cit., p. 260, para quien suponer que los jueces están mejor preparados que los parlamentos para resolver los problemas relacionados con los derechos fundamentales expresa cierto “elitismo epistemológico” que prioriza la capacidad intelectual de los jueces sobre la representación y defensa de intereses colectivos por parte de los políticos. Por el contrario, Dworkin, R., *Una cuestión de principios*, op. cit., p. 43, argumenta que la técnica de analizar la coherencia especulativa para determinar si algo es derecho o no está mucho más desarrollada entre los jueces. Además, los jueces no sufren las presiones que los legisladores reciben de sus electores y pueden ser más imparciales.

³⁸Elster, J., “Régimen de mayorías y derechos individuales”, en *De los derechos humanos*, ed. por S. Shute y S. Hurley, trad. de H. Valencia, Madrid, Trotta, 1998, p. 181, recuerda la decisión de la Corte Suprema de los EE.UU. que confirmó la orden de internamiento de unos 120.000 japoneses, muchos de ellos ciudadanos americanos de origen japonés, en campos de concentración durante la Segunda Guerra Mundial, aun cuando dicha orden estaba basada en poco más que una sospecha colectiva.

³⁹Waldron, J., *Derecho y desacuerdos*, op. cit., p. 322.

valor y vigilancia constante para sostener una forma de gobierno tan proclive a las agitaciones internas como es la democracia.⁴⁰ A Waldron no parece faltarle valor, pero prescinde de toda vigilancia y roza la temeridad. Se justifica afirmando que no es admisible garantizar la seguridad y la estabilidad política al precio de silenciar el disenso, bloquear la deliberación sobre los derechos fundamentales, y anular los acuerdos mayoritarios del parlamento.

En su opinión, no hay que temer la aparente desprotección en que quedarían los derechos, porque en la cultura democrática actual los ciudadanos y los legisladores comparten la idea de que existen límites a lo que puede exigirse a los demás en beneficio del bien común, y esos límites son sus derechos básicos.⁴¹ No parece que la confianza en la cultura política de los países avanzados sea una garantía suficiente, especialmente para las minorías amenazadas. Cualquier situación de grave crisis económico-social podría alterar esa conciencia pública general de los límites y provocar el sacrificio de los derechos individuales en aras de supuestos intereses colectivos, identificados por algún demagogo carismático de los que nunca faltan en tales circunstancias.

Seguramente Waldron no se equivoca cuando afirma que la existencia de una carta de derechos fundamentales garantizados por un tribunal constitucional, aunque haya sido aprobada de forma casi unánime por el pueblo, conlleva una restricción a la democracia, e introduce en la forma de gobierno un cierto elemento aristocrático que lo convertiría en gobierno mixto, más que puramente democrático.⁴² Quizá sea preferible un gobierno mixto a una democracia radical en la que los derechos humanos carezcan de protección y estén al albur de las mayorías cambiantes. La forma de gobierno, la democracia en este caso, no debe ser un fin en sí mismo, sino que debe estar al servicio de la dignidad de la persona, y no al revés. Aquí puede suscribirse la idea dworkiniana de que lo sustancial

⁴⁰Rousseau, J. J., *El contrato social*, op. cit., pp. 107-9. Es significativo el lema que Rousseau termina suscribiendo con admiración: "Prefiero la libertad con peligro a la esclavitud con sosiego".

⁴¹Waldron, J., *Derecho y desacuerdos*, op. cit., p. 366.

⁴²Ibid., p. 316.

de la democracia no radica en el mayor o menor número de los que toman las decisiones políticas, sino en que los ciudadanos sean tratados respetuosamente como iguales.

Waldron sostiene que los ciudadanos no recibirán el trato respetuoso que les corresponde si no se permite a sus representantes en el parlamento decidir sobre todos los problemas políticos, sin límite material alguno. Pero si los ciudadanos son razonablemente prudentes, preferirán garantizarse de antemano el tratamiento respetuoso que merecen como seres humanos dignos, libres e iguales, mediante una carta de derechos fundamentales eficazmente protegida, antes que confiar en la buena voluntad de sus representantes en el parlamento, tantas veces desmentida por la experiencia histórica.⁴³

Como todas las instituciones políticas, el parlamento no debe disponer de un poder absoluto, sino estar sometido a un sistema adecuado de frenos y controles. En ese contexto de límites y contrapesos, tendente a lograr el equilibrio de poderes típico del Estado de Derecho, encuentra su justificación la actividad de los tribunales constitucionales. La existencia de estos tribunales, que hacen valer la supremacía jurídica de la constitución, y la propia existencia del Estado de Derecho, que implica también el respeto a los derechos humanos, no socavan la forma de gobierno democrática, sino que la depuran y perfeccionan. Es irrelevante el hecho de que no sean órganos elegidos democráticamente, porque, a diferencia del parlamento, los tribunales constitucionales no toman, o no deben tomar, decisiones políticas, sino jurídicas, apoyadas siempre en las normas constitucionales, que son las que realmente legitiman su actividad.

Una actitud doctrinal más matizada que la de Waldron, basada también en el ideal de la democracia deliberativa, es la defendida por C. S. Nino. Este agudo filósofo del Derecho reconoce que el control judicial de constitucionalidad es un medio legítimo para asegurar las condiciones de la participación democrática, que son básicamente los

⁴³Al fin y al cabo, como advierten Menke, Ch. y Pollmann, A., *Filosofía de los derechos humanos*, op. cit., p. 192, los derechos humanos expresan directamente el principio fundamental de igual respeto, mientras que la democracia lo expresa solo indirectamente.

requisitos del proceso colectivo de discusión y adopción de decisiones imparciales.⁴⁴ En otras palabras, dado que los derechos fundamentales de libertad, igualdad, solidaridad, etc., son los presupuestos que hacen posible la deliberación democrática procedimentalmente correcta, se necesita un órgano capaz de impedir las vulneraciones de aquellos derechos cuya ineffectividad adulteraría la democracia. Eso es lo que justifica la existencia de los tribunales constitucionales. Aun así, es evidente que adolecen de un cierto déficit democrático, que es mayor en el sistema estadounidense, pues en el europeo los magistrados de los tribunales constitucionales son elegidos por órganos políticos más o menos representativos y no son vitalicios.⁴⁵

Por otra parte, conviene tener en cuenta que si bien el control de constitucionalidad es necesario, en teoría no tiene por qué ser realizado necesariamente por un órgano judicial.⁴⁶ El pueblo podría encomendárselo a otra institución u órgano político elegible democráticamente. También sería posible idear procedimientos de control democrático de la actividad de los tribunales constitucionales para atenuar su carácter no directamente representativo. Sería incluso conveniente establecer cautelas que permitieran restringir el alcance de las declaraciones de inconstitucionalidad de las leyes para salvar todo lo salvable de los procesos democráticos de deliberación pública que condujeron a esas leyes.

En cualquier caso, una democracia liberal o constitucional es una democracia esencialmente limitada, y eso implica que ciertos

⁴⁴Nino, C. S., *La constitución de la democracia deliberativa*, op. cit., 1997, p. 299. Una concepción muy similar defiende Habermas, J., *Facticidad y validez*, trad. de M. Jiménez, Madrid, Trotta, 1998, p. 336, para quien la actividad del tribunal constitucional solo se legitima en la medida en que “proteja “precisamente ese sistema de los derechos que posibilita la autonomía privada y pública de los ciudadanos” y, por lo mismo, la democracia. Más adelante define el papel del tribunal constitucional “como el de un defensor de la democracia deliberativa” (p. 349).

⁴⁵Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional español está compuesto por doce magistrados nombrados formalmente por el Rey para un periodo de nueve años. Cuatro de ellos son propuestos por el Congreso, otros cuatro por el Senado, dos por el Gobierno, y otros dos por el Consejo General del Poder Judicial. (art. 159 de la CE).

⁴⁶Nino, C. S., *La constitución de la democracia deliberativa*, op. cit., p. 269.

derechos no pueden ser violados ni siquiera por decisiones mayoritarias del parlamento. Si se reconoce esa inviolabilidad, habrá que garantizarla de algún modo. En los más avanzados sistemas jurídicos actuales esa función de garantía se atribuye a los tribunales constitucionales, que la desempeñan eficazmente. Quizá hasta demasiado eficazmente en algunos casos.

Nino advierte que pueden surgir conflictos entre los derechos individuales y el método democrático de gobierno, pese a la profunda implicación existente entre ambos elementos. Baste un ejemplo: el método democrático exige como requisito o condición *sine qua non* la libertad de pensamiento, de expresión y la igual libertad de participación en la actividad política, que son derechos humanos. Lo mismo ocurre con otros derechos, incluso con los socioeconómicos, “dado que su no satisfacción dañaría el funcionamiento apropiado del proceso democrático”.⁴⁷ El problema es que cuanto más empeño se pone en satisfacer los derechos que constituyen precondiciones de una óptima democracia deliberativa, menos espacio queda para la deliberación efectiva y para la adopción de decisiones democráticas legítimas por parte de los ciudadanos o sus representantes. Y ello porque habría que dejar a un lado muchas cuestiones problemáticas cuya determinación correspondería a un órgano judicial especializado.

Si, por seguir con el ejemplo de Nino, un tribunal constitucional decide que se debe prestar atención médica gratuita a los ciudadanos con escasos recursos económicos para facilitar su participación igual y libre en la vida política, la sentencia de ese tribunal contribuirá a mejorar el funcionamiento de la democracia, pero estará sustrayendo al parlamento la posibilidad de decidir por sí mismo la distribución más conveniente de los recursos sanitarios. De ahí la necesidad de hallar un equilibrio adecuado entre democracia y derechos humanos. Se trata de evitar que el activismo excesivo de los tribunales constitucionales en defensa y promoción de los derechos fundamentales pueda asfixiar la legítima actividad deliberativa y legisladora del parlamento. Pero también debe evitarse que la legislación poco respetuosa con los derechos fundamentales pueda

⁴⁷Ibid., p. 301.

socavar los propios fundamentos o prerequisites de la democracia deliberativa. Como bien dice Nino, si se consigue un equilibrio adecuado entre derechos humanos y democracia, el antagonismo o la tensión amenazante pueden convertirse en apoyo recíproco mutuamente fortificante y liberador.⁴⁸

Ni siquiera Waldron niega la necesidad de que los límites constitucionales funcionen como profilácticos frente a decisiones dominadas por la ira, el pánico o la codicia que excepcionalmente pueden adulterar la política democrática. Lo que Waldron lamenta, en parte con razón, es que los tribunales constitucionales no se limitan a intervenir en situaciones de emergencia o excepcionalidad, sino que excediéndose en su celo defensor de los derechos fundamentales, interfieren en la actividad cotidiana del parlamento anulando leyes que realmente no vulneran ni amenazar tales derechos y frustrando a veces reformas necesarias que cuentan con el respaldo mayoritario de la población.⁴⁹

Para evitar tales excesos, el propio órgano judicial encargado de velar por la integridad de la constitución y de los derechos fundamentales que constituyen las condiciones previas de la democracia, debe actuar inspirado por esos mismos valores constitucionales y democráticos. En consecuencia, debe ser consciente de la necesidad de reducir al mínimo imprescindible el alcance de sus intervenciones, para dañar lo menos posible la autonomía y la participación de los ciudadanos en la vida democrática, y para potenciar el proceso democrático mismo.

⁴⁸Ibid., 302.

⁴⁹Cfr. Waldron, J., *Derecho y desacuerdos*, op. cit., pp. 318-9. Elster, J., “Régimen de mayorías y derechos individuales”, op. cit., p. 180, advierte también del peligro de que los tribunales constitucionales se lancen a decidir qué viola, no ya la letra, sino el espíritu de la constitución, abriendo así una puerta al gobierno de los jueces, en vez de limitarse a ejercer un simple control judicial. En ese caso, el tribunal estaría suplantando a la mayoría como legislador. Elster sugiere que una justicia activista puede ser controlada mediante amenazas de nuevas designaciones de sus integrantes o mediante la limitación de sus atribuciones (p. 183). Algo parecido sostiene Habermas, J., *Facticidad y validez*, op. cit., p. 332, cuando advierte del peligro de que los tribunales constitucionales tomen sus decisiones aplicando valores, más que propiamente principios y derechos; cosa que podría aumentar la irracionalidad o arbitrariedad de sus juicios, porque entonces cobrarían primacía los argumentos funcionales a costa de los normativos.

En la medida en que los derechos humanos y la democracia están estrecha y profundamente entrelazados es inevitable que su radio de acción se solape. Por eso mismo, es necesario que parlamentos y tribunales constitucionales se ajusten y controlen recíprocamente, buscando un equilibrio razonable en sus actuaciones, del mismo modo que los propios derechos fundamentales tienen que ajustarse y limitarse mutuamente cuando colisionan entre sí.

Bibliografía

- Acuña, J. M., “Democracia y derechos en el sistema interamericano de derechos humanos”, en *Cuestiones constitucionales*. Rev. Mexicana de D. Constitucional, vol. 30, 2014, pp. 1-21.
- Bayón, J. C., “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, en *El canon neoconstitucional*, ed. por M. Carbonell y L. G. Jaramillo, Madrid, Trotta, 2010.
- Bellamy, R., *Political Constitutionalism. A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, Cambridge Univ. Press, 2007.
- Bobbio, N., *El futuro de la democracia*, trad. J. Santillán, México, FCE, 1986.
- Bovero, M., *Una gramática de la democracia: contra el gobierno de los peores*, trad. de L. Córdova, Madrid, Trotta, 2002.
- Bovero, M., “Democracia y derechos fundamentales”, en *Isonomía*, 16, 2002.
- Dahl, R., *Los dilemas del pluralismo democrático, autonomía versus control*, Madrid/México, Alianza/Conaculta, 1999.
- Dworkin, R., *Los derechos en serio*, tr. M. Guastavino, Barcelona, Ariel, 1984.
- Elster, J., “Régimen de mayorías y derechos individuales”, en *De los derechos humanos*, trad. de H. Valencia, Madrid, Trotta, 1998, pp. 165-199.
- Ferrajoli, L., *La democracia a través de los derechos*, trad. de P. A. Ibáñez, Madrid, Trotta, 2014.

Ferrajoli, L., *Principia iuris. 2. Teoría de la democracia*, trad. de P. A. Ibáñez y otros, Madrid, Trotta, 2016.

Ferreres, V., *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, CEPC, 1997.

Habermas, J., *Facticidad y validez*, trad. de M. Jiménez, Madrid, Trotta, 1998.

Kelsen, H., *Esencia y valor de la democracia*, trad. de R. Luengo y L. Legaz, Madrid, Labor, 1977.

Manin, B., *Los principios del gobierno representativo*, trad. de F. Vallespín, Madrid, Alianza, 1998.

Nino, C. S., *La constitución de la democracia deliberativa*, trad. de R. P. Saba, Barcelona, Gedisa, 1997.

Pintore, A., *Democrazia e diritti. Sette studi analitici*, Pisa, Ets, 2010.

Prieto Sanchis, L., *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2008.

Schumpeter, J. A., *Capitalismo, socialismo y democracia*, trad. de J. Díaz, Madrid, Aguilar, 1971.

Vallespin, F., Del Águila, R., y otros, *La democracia en sus textos*, Madrid, Alianza, 1998.

Waldron, J., *Derecho y desacuerdos*, trad. de J. L. Martí y A. Quiroga, Madrid/Barcelona, Pons, 2005.

Versión digital
junio de 2020
Mérida, Venezuela



José Antonio Ramos Pascua

José A. Ramos Pascua (Monleras, Salamanca, 1959) es Profesor Titular de Filosofía del Derecho en la Universidad de Salamanca y Director del Departamento de Historia del Derecho y Filosofía Jurídica, Moral y Política en la misma Universidad.

Autor de numerosas publicaciones sobre Teoría del Derecho y de la justicia, entre las que destacan libros como el dedicado a La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H. L. A. Hart (1989) o el titulado: La ética interna del Derecho. Democracia, derechos humanos y principios de justicia (2007).

Se ha ocupado ampliamente de exponer y discutir las principales críticas que se han ido lanzando contra la idea de los derechos humanos a lo largo de la historia del pensamiento. También ha estudiado diversos aspectos de la Teoría del Derecho, entre los que destacan los principios jurídicos, las lagunas del Derecho o la crítica al positivismo jurídico.

ISBN: 978-980-18-1060-5

