

IV. Democracia y derechos fundamentales

1. INTRODUCCIÓN

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

Desde un punto de vista metodológico, la configuración de las relaciones entre democracia y derechos fundamentales —o sea derechos humanos jurídicos— depende al menos: *a)* del enfoque que se adopta, y *b)* de los sentidos de “democracia” y “derechos fundamentales”, que son múltiples.

En este ensayo, por tanto, voy a ofrecer primero un panorama sintético de los diferentes enfoques y de algunos sentidos de “democracia” y “derechos fundamentales” (párr. 2). Elegido adoptar un enfoque filosófico-jurídico y filosófico-político de corte normativo, voy a presentar en seguida (párr. 3) un modelo que implica una relación necesaria entre democracia y derechos fundamentales, 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 Waldron y Bayón— en contra de este modelo, críticas que subrayan la superioridad axiológica de la democracia sobre los derechos fundamentales (párr. 4). Para responder a estas críticas, voy a ilustrar una posible fundamentación del modelo en la ideología contractualista (párr. 5), analizando también en un

ESTUDIOS SOBRE CONSTITUCIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES

inciso, las relaciones entre contractualismo, democracia y derechos fundamentales.

En la conclusión (párr. 6) adoptaré un enfoque más bien político para mencionar muy brevemente 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 fundamentales” en diferentes sentidos, crea a menudo un riesgo real de malentendidos en la discusión, y
- 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 sigo pensando 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 y de hecho ha sido tratada la conexión entre democracia y derechos fundamentales:¹

1. Enfoques jurídicos que a su vez se distinguen en enfoques teóricos, históricos, sociológicos, dogmáticos y normativos —modelos y propuestas *de iure condendo*—.

¹ Hay por supuesto otros más: enfoques económico, sociológico general o sistémico, antropológico, etc.

Democracia y derechos fundamentales

2. Enfoques políticos que a su vez se distinguen en enfoques de teoría o ciencia política, históricos y normativos —modelos filosóficos y propuestas operativas—.
3. Enfoques morales que a su vez se distinguen en enfoques metaéticos y enfoques normativos, enfoques históricos y sociológicos.

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

En este ensayo, primero voy a presentar brevemente un modelo jurídico-normativo —que tiene también pretensiones teóricas— de las relaciones entre democracia y derechos fundamentales; 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 metateórico.

2.2. Respecto a los distintos *significados* de “democracia” y “derechos fundamentales” 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”:² si algo es “democrático” es bueno, y por tanto, hay la tendencia a definir “democrático” todo lo que nos gusta: formas de gobierno, partidos, mecanismos electorales, procedimientos de toma de decisiones, etcétera.

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

² Cfr. Greppi, A., *Concepciones de la democracia en el pensamiento político contemporáneo*, Madrid, Trotta, 2006.

ESTUDIOS SOBRE CONSTITUCIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES

- 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, procedimental o política. En esta familia incluiría tanto a las concepciones que de forma simplista equiparan democracia y regla de mayoría, como las concepciones “deliberativas” de la democracia.³

- b) Definiciones sustanciales: 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

³ Sobre estas últimas, y en general sobre las distintas concepciones procedimentales de la democracia, véase Martí, J. L., *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2006.

Democracia y derechos fundamentales

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, etcétera.

- 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 Occidente.

La definición que me interesa analizar otorga una prioridad axiológica a la democracia sustancial —en su versión constitucionalista— sobre la puramente procedimental. En palabras de Bobbio: “La democracia no es solo 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 solo existe la primera, un régimen democrático no está destinado a durar”.⁴ 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 fundamentales” también es una locución con una fuerte carga positiva, al menos en Occidente. Y esto en parte

⁴ *Carta de Norberto Bobbio a Guido Fassò*, del 14 de Febrero de 1972, publicada por C. Faralli, *Presentazione* de Fassò, G., *La democrazia in Grecia* (1959), reimp. ed. por C. Faralli, E. Pattaro, G. Zucchini, Milán, Giuffrè, 1999, p. XI (cit. por Ferrajoli, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, p. 346).

ESTUDIOS SOBRE CONSTITUCIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES

explica las discusiones sobre la definición de “derechos fundamentales”, que versan principalmente hoy en día sobre tres clases de problemas: aquellos relativos a la identidad de los derechos fundamentales, aquellos relativos a su fuente de producción y 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 fundamentales?, ¿cuáles son sus titulares? Los problemas relativos a la fuente de producción en las preguntas: ¿de dónde derivan?, ¿cuál es su fundamento? Los problemas relativos a su contenido en las preguntas: ¿cuáles son los derechos fundamentales?, ¿cuál es su catálogo?⁵

Estas preguntas implican a su vez las siguientes subcuestiones: ¿qué son, de dónde derivan, cuáles son los *derechos*?; ¿qué son, de dónde derivan, cuáles son los *derechos fundamentales*? Es decir, los problemas de identidad, fuente y contenido de los derechos fundamentales, 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 “fundamentales”.

No puedo, por supuesto, analizar aquí por extenso la configuración del concepto de derecho subjetivo.⁶ Cabe solo recordar que existe todavía una profunda discusión teórica sobre una mul-

⁵ En las últimas décadas, las contribuciones más influyentes sobre el tema de los derechos fundamentales, en el marco de la filosofía del derecho, han sido probablemente las de Ronald Dworkin y de Robert Alexy. Véase, en particular: Dworkin, R., *Los derechos en serio* (1977), Barcelona, Ariel, 1984; Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales* (1986), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993; Alexy, R., *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2004; Alexy, R., *Teoría del discurso y derechos constitucionales*, México, Fontamara, 2005. Sobre la teoría de Alexy véase ahora Menéndez, A. J. y Eriksen, E. O. (eds.), *Arguing Fundamental Rights*, Dordrecht, Springer, 2006.

⁶ Cfr., entre las obras recientes sobre el tema: Cruz Parceros, J. A., *El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*, Madrid, Trotta, 2007; Rainbolt, G. W., *The Concept of Rights*, Dordrecht, Springer, 2006.

Democracia y derechos fundamentales

tipicidad de cuestiones que versan sobre la identidad, la fuente de producción y el contenido de los derechos subjetivos en general. Me limito a 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 acumulativa de consecuencias normativas (Alf Ross), etcétera.

Se discute en tercer lugar —se trata una vez más de un problema de identidad—, cuáles clases de sujetos tienen de hecho o pueden tener potencialmente la titularidad de derechos: se discute en particular sobre 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, etcétera.

Se discute en cuarto lugar —se trata de un problema de fuente de producción—, cuál es el origen del derecho subjetivo: ¿es

ESTUDIOS SOBRE CONSTITUCIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES

una calificación normativa elemental o derivada?, ¿su fuente está constituida por el derecho objetivo, por la moral, por la naturaleza, etcétera?

Se discute en quinto lugar —se trata de un problema de contenido—, cuáles 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 algunos tipos-ideales de derechos subjetivos—; por el otro, en el sentido de cuál es la clasificación de los derechos —cuáles 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 *fundamentales*, 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 fundamentales, de cuál es esta noción —si es que existe—, y de cuáles son los titulares de los derechos fundamentales. Mientras que el primer problema no es muy debatido y en general se supone que existe una noción unitaria de derechos fundamentales, no es así con el segundo: hay en efecto diferentes teorías sobre la configuración de la noción de derechos fundamentales —*will theories*, *interest theories*, etc.—. Respecto de la titularidad, cabe notar que calificar a estos 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 fundamentales son morales —es decir que su fuente de producción es algún tipo de ley o principio moral—, y la que afirma que los derechos fundamentales son jurídicos —es decir que su fuente de producción es la Constitución, la ley, la costumbre, las decisiones judiciales, etcétera—.

El mismo problema, desde un punto de vista más general, puede ser configurado como un problema de fundamentación:

Democracia y derechos fundamentales

¿los derechos fundamentales tienen una fundación moral y por tanto valen con independencia de su contingente reconocimiento jurídico, o tienen en cambio, una fundación jurídica y valen por 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 fundamentales 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*. È un problema non filosofico ma politico”.⁷

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 fundamentales.

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 fundamentales.

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 metaderecho 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 estatus—;
- b) el derecho a la vida;
- c) el derecho a la libertad;
- d) el derecho a la seguridad;

⁷ Bobbio, N., *L'età dei diritti*, Turin, Einaudi, 1990, p. 16.

ESTUDIOS SOBRE CONSTITUCIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES

- 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 privacidad;
- 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 política.⁸

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 cultural.⁹

En tercer lugar, los derechos “culturales”, esto es, los derechos a que se respete la propia identidad cultural en sentido lato

⁸ 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.

⁹ 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.

Democracia y derechos fundamentales

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 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 internacional;¹⁰ los derechos culturales positivos, en cambio, hasta hace poco tiempo solo 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 inter-

¹⁰ 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”.

ESTUDIOS SOBRE CONSTITUCIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES

nacional. 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 1992.¹¹

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.¹²

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 solo 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 el feminismo radical—.

¹¹ 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.

¹² Sobre los conflictos entre derechos fundamentales véanse las penetrantes observaciones de Celano, B., “Diritti, principi e valori nello Stato costituzionale di diritto: tre ipotesi di ricostruzione”, en Comanducci, P. y Guastini R. (eds.), *Analisi e diritto 2004. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Turín, Giappichelli, 2005, pp. 53-74. El tema viene profundizado también en este mismo volumen, en el ensayo “Problemas de compatibilidad entre derechos fundamentales”.

Democracia y derechos fundamentales

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 descendiente, que va de los derechos liberales a los sociales, a los culturales, y la tendencia de construir esta misma jerarquía en orden ascendiente.

2.2.2.4. En lo que sigue adoptaré una noción amplia de derechos fundamentales, 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 fundamentales y democracia—, supongo poder prescindir de la determinación de una precisa identidad de los derechos fundamentales y, al menos parcialmente, de su contenido. En otras palabras, supongo que lo que afirmaré puede valer cualquiera que sea la identidad y el contenido de los derechos fundamentales. Respecto a la fuente de producción, solo voy a tomar en consideración, sin detenerme sobre el asunto, los derechos fundamentales “jurídicos”.

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. Aun 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.

ESTUDIOS SOBRE CONSTITUCIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES

3. MODELO DE ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

Vamos a ver ahora los rasgos fundamentales de un modelo normativo —aun 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 Ferrajoli,¹³ aun si se podría hacerlo a partir de otras más.

Este modelo constituye una modificación evolutiva del modelo de Estado de derecho decimonónico: conserva algunos de sus rasgos, pero parcialmente los modifica y agrega otros. Es un Estado en que tiene vigencia el principio de legalidad: un Estado *per leges* y *sub lege*.¹⁴

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 administrati-

¹³ Cfr. Ferrajoli, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995, 4a ed., 2000, parte V. Véase también Ferrajoli, L., *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, Madrid, Trotta, 2006. Sobre varios aspectos de su obra, Cfr. Carbonell, M. y Salazar, P. (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta-III-UNAM, 2005.

¹⁴ Cfr. *ibidem*, pp. 855 y ss.

Democracia y derechos fundamentales

vos o los jueces ordinarios para los actos de la administración—, y

- b) porque en el plano sustancial, 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 sustancial, es un Estado donde tiene vigencia el principio de legitimidad —es decir, el principio de legalidad en sentido sustancial—: todos los actos normativos, incluso las leyes, deben conformarse al contenido de los derechos fundamentales.

Hay, por 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 y en particular en 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 Guastini,¹⁵ las principales condiciones de constitucionalización son:

¹⁵ Cfr., sobre todo, Guastini, R., “La constitucionalización del ordenamiento: el caso italiano”, en Guastini, R., *Estudios de teoría constitucional*, México, IJ-UNAM, Fontamara, 2001.

ESTUDIOS SOBRE CONSTITUCIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES

- 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, y
- 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 sustancial.¹⁶ En efecto, el Estado constitucional de derecho formula reglas:

- a) sobre quién decide en asuntos colectivos y sobre cómo 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 qué no se debe decidir: es decir, la prohibición de limitar o suprimir los derechos liberales y 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 sustancial sin garantía de los derechos fundamentales, es decir, sin superioridad de la Constitución sobre

¹⁶ Cfr. Salazar Ugarte, P., *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, IJ-UNAM-FCE, 2006.

Democracia y derechos fundamentales

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 —que unen elementos procedimentales y sustanciales—, afirman que la regla de mayoría es contradictoria con la superioridad de la Constitución y con el control de constitucionalidad. Y que por tanto, no es plausible la idea misma sobre la que se basa el modelo de Estado constitucional de derecho, es decir, la idea según la cual es posible mantener juntas de manera armónica la regla de mayoría *qua* instrumento para tomar decisiones colectivas, y una garantía de los derechos fundamentales a través de su incorporación a una Constitución rígida, protegida por el control judicial sobre la legitimidad constitucional de las leyes.

La regla de mayoría sería 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 sería contradictoria con el control de constitucionalidad de las leyes, ya que esto equivale a dejar la última palabra sobre lo que la mayoría puede o no decidir a una pequeñísima minoría —por ejemplo a los jueces constitucionales—. La democracia mixta —es decir, la que pone límites sustanciales a los procedimientos democráticos— violaría el principio de igualdad, es decir, el derecho de igual participación política de los ciudadanos.

ESTUDIOS SOBRE CONSTITUCIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES

Los argumentos de Waldron,¹⁷ uno de los principales fautores 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 sustanciales a la toma de decisiones colectivas: todas las 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 *cómo* 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 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 Bayón.¹⁸ 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—, aun 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, no decidir más por mayoría. Los derechos fundamentales de igual participación política son, por tanto, indisponibles por el legislador.

¹⁷ Cfr. sobre todo Waldron, J., *Law and Disagreement*, Oxford, Clarendon Press, 1999, en especial la parte III, “Rights and Judicial Review”; *The Dignity of Legislation*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999. Véase también Corso, L., *Potere giudiziario e sovranità popolare*, Turín, Giappichelli, 2008, pp. 79 y ss.

¹⁸ Cfr. Bayón, J. C., “Derechos, democracia y Constitución”, en *Discusiones*, núm. 1, 2000, pp. 65-94.

Democracia y derechos fundamentales

5. RESPUESTA A LAS CRÍTICAS: EL CONTRACTUALISMO

Una de las posibles respuestas a estas críticas, consiste en justificar la imposición de límites sustanciales a la regla de mayoría recurriendo a la ideología contractualista, y pasando por 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.

5.1. Bobbio ha afirmado que no hay conexión necesaria entre el contractualismo moderno y la democracia: hay contractualistas que no son demócratas —por ejemplo 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”.¹⁹

Algo parecido podría decirse respecto al contractualismo “ortodoxo” de John Rawls y al contractualismo libertario de Robert Nozick. Más aún: desde una perspectiva contractualista, hay una conexión necesaria entre contractualismo y democracia liberal. No se trata tanto de una conexión que podríamos definir de tipo “sociológico”: solo en las democracias liberales se desarrolla el contractualismo; la democracia liberal constituye el objeto privilegiado de las evaluaciones, críticas y propuestas de reforma llevadas a cabo por el 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:

¹⁹ Bobbio, N., voz *Democrazia*, en *Dizionario di Politica*, dir. por N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino, UTET, 2ª ed., Turín, 1983, pp. 308-18, en la p. 311.

ESTUDIOS SOBRE CONSTITUCIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES

- (a) “Solo el contrato social justifica la democracia”.
- (b) “Solo 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 contractualistas —solo me ocuparé aquí de Rawls y Nozick— atribuyen a “democracia” y “contrato”. En dependencia de estos distintos sentidos, como veremos, resultan distintas las ideas que Rawls y Nozick tienen de la conexión ético-política entre democracia —i.e., su respectiva concepción de la democracia— y contractualismo —i.e., su respectiva doctrina neocontractualista—.

Para Rawls²⁰ (a) 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 solo 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 Rawls (b) significa que solo la democracia —constitucional— es la forma de gobierno en la que pueden encontrar implementación sus dos 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 Nozick²¹ (a) significa que solo los contratos —es decir, los acuerdos entre libres voluntades individuales— pueden dar vida a un gobierno legítimo, y por tanto, a la democracia también.

²⁰ Cfr. Rawls, J., *Teoría de la justicia* (1971), 2ª ed., México, FCE, 1995.

²¹ Cfr. Nozick, R., *Anarquía, Estado y utopía* (1974), México, FCE, 1988.

Democracia y derechos fundamentales

Para Nozick (b) significa que solo 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, la igualdad de todos frente a la ley, 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.

Algún diferente matiz también se puede encontrar en los sentidos en que ellos hablan de “democracia”.

Para Rawls, la democracia es conjuntamente procedimental y sustancial. En sentido procedimental, la democracia consiste en la igual participación política que solo puede ser limitada en aras de una ampliación del sistema total de las iguales libertades. En sentido sustancial, la democracia no es tan solo 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 procedimental y consiste en la igual participación política, pero está radicalmente limitada por el derecho de veto que cada cual conserva en contra de todas deliberaciones que lesionen sus derechos. Una desigualdad en el trato o en la participación política solo 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 evaluar las libertades políticas en su relación con las libertades civiles.

Para Rawls las libertades políticas, aun si tienen valor intrínseco, son sobre todo instrumentales respecto a las civiles y son subordinadas 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,

ESTUDIOS SOBRE CONSTITUCIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES

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, etcétera.

Para Nozick, las libertades políticas son instrumentalmente importantes respecto al nacimiento de un Estado legítimo, pero sucesivamente carecen de relevancia práctica ya que casi no queda nada que decidir colectivamente: los derechos individuales y las normas que los garantizan, limitan radicalmente el espacio de acción de la política.

Los contractualismos de Rawls y 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 de la renta y de las oportunidades. 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.²²

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, de 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 distribución de los derechos fundamentales.

²² Cfr. Nozick, R., *op. cit.*, pp. 280-81.

Democracia y 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 de 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 igualdad 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 tanto, los argumentos que se basan sobre datos empíricos para concentrarme solo 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 que la autonomía: la vida, la seguridad y la libertad, por ejemplo.²³ 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, aun aceptando su tesis de que la autonomía es el valor último que justificaría la regla de mayoría.

²³ Cfr. Ferrajoli, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, p. 355.

ESTUDIOS SOBRE CONSTITUCIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES

Si estamos como estamos, en un nivel de discurso normativo de tipo filosófico-político, la autonomía según su etimología quiere decir “dar normas a sí 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 para tomar decisiones colectivas. 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, parece correcto afirmar que la regla de mayoría es superior intrínsecamente a cualquier otra regla.

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 solo a sí 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 heterónimo tiene un grado de ilegitimidad, aun si no todos los poderes son igualmente ilegítimos—, y que por tanto, el problema de Rousseau no se pueda solucionar de manera completa —siempre en la sociedad, se obedece a otros y no solo a sí 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

Democracia y derechos fundamentales

sustanciales, 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.

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, aun 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, podríamos añadir, 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.

ESTUDIOS SOBRE CONSTITUCIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES

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 sustancial— 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 en la construcción de un modelo teórico-normativo de república federal mundial —ya que la ONU, además de todo, no es una organización completamente democrática desde un punto de vista procedimental—.

Estas propuestas parecen brindar un respaldo filosófico a los requerimientos de la parte más razonable de los movimientos *new-global* activos en varias partes del mundo: en un eslogan, lo que se pide desde un punto de vista político-normativo es que la globalización de los mercados, que ya existe y es probablemente inevitable, sea acompañada por la difusión global del Estado constitucional de derecho, un objetivo que está todavía lejos de ser realizado.