

CAPÍTULO CUARTO

DERECHOS HUMANOS Y DEMOCRACIA EN EL SISTEMA INTERAMERICANO: LA REFLEXIVIDAD ALLENDE LAS CONSTITUCIONES

A lo largo de este texto se ha tratado de desarrollar un entendimiento reflexivo de los principios y valores constitucionales primordiales; a saber: los derechos y la democracia. Como se ha expresado en repetidas ocasiones, ambos forman el núcleo del proyecto del constitucionalismo incorporados en los dos ejes (dogmático y orgánico) que la doctrina le atribuye. El primero contiene la parte sustantiva relativa a la autonomía, mientras que el segundo dispone las formas —reglas y procedimientos— en los que se actualiza la voluntad de las personas en una sociedad política, el autogobierno o la soberanía popular. Se señaló en la introducción que la noción de reflexividad no equivale simplemente a pensar detenidamente una cuestión. Su uso es técnico, tiene un linaje filosófico y sociológico importante. En particular, interesa dar cuenta de ciertos cambios en el pensamiento social y humanístico que destacan la intersubjetividad, así como los giros lingüístico y pragmático frente a la filosofía de la conciencia.

Como se mencionó en la Introducción, recupero algunas notas de la idea de reflexividad de Immanuel Kant que subrayan el ejercicio del pensar ampliado o extendido, ponerse en el lugar de otras personas concretas —no cualquier otra, indistinta, como abstracción de un punto de vista universal—. Para Kant, esta facultad del pensamiento, la de juzgar, se hace presente ante la ausencia de reglas determinadas (1997, 1987), lo que suele ocurrir en situaciones de crisis o dudas sobre alguna cuestión teórica o práctica. Aunque fue Arendt (2003, 2007) quien sugirió que dicha facultad podría tener funcionalidad política dadas las circunstancias típicas de la acción humana —dar nacimiento a algo radicalmente nuevo; no una mera reproducción del estado de las cosas, de seguir reglas—, considero que no riñe con diversos usos que el mismo Kant llevó a cabo en algunos de sus escritos políticos e históricos. El “uso público de la razón” que se ejercita junto con los otros, que no tiene sentido ni posibilidad en solitario, subraya el componente de autoconfrontación que atribuimos a la expresión “reflexi-

vidad”, y que a lo largo del texto se ha tratado de exhibir presentando una noción de democracia participativa, en donde la capacidad de oposición, de disentir y criticar se pone por delante. En lo que corresponde a este capítulo, en particular, en el ensayo “Acerca del tópico: tal vez eso sea cierto en teoría, pero no sirve para la práctica”, el filósofo indaga las condiciones de posibilidad de una moral que exige pensar simultáneamente como sujetos privados con capacidad de autonomía individual; como ciudadanos con capacidad de autogobierno en el Estado, y por último como miembros de una república mundial o cosmopolita (1993: 7). En cada uno de estos escenarios las personas se deben comprender como agentes responsables. El enfoque de los individuos privados tendría la mirada en las libertades, en el bienestar y en la felicidad propios; el de la ciudadanía estatal, en la justicia política, y el de la ciudadanía mundial o cosmopolita buscaría el bien o la justicia universal de la especie. El mismo ejercicio que el equilibrio reflexivo de Rawls (2001) solicitaba entre los principios públicos y personales en el nivel constitucional se ha de realizar también en el espacio global-internacional más extenso, así sea que aún deban determinarse las condiciones de su gobernación. En específico, se verá cómo se pueda conectar la deliberación sobre los derechos y la democracia con el sistema jurídico internacional de la región, en Latinoamérica.

La idea de reflexividad como autoconfrontación tiene también deudas con la filosofía social actual (Lamo de Espinosa, 1990). Para Beck y Giddens (Beck, Giddens y Lash, 1997; Beck, 1998, 2002; Giddens, 1999, 2000a, 2000b), las condiciones de incertidumbre asociadas a la complejidad de los diversos órdenes funcionales, y a la pluralidad, exigen a las personas, desarrollar disposiciones escépticas ante las instituciones políticas. En la filosofía práctica, Thiebaut (1998) ha revisado estas cuestiones, y en el constitucionalismo, Loughlin se hace eco de las tesis de la modernización reflexiva (2022: 19). Esto no implica adoptar posiciones relativistas, nihilistas o anárquicas. Las personas pueden permanecer optimistas acerca de las posibilidades de la cooperación sin ser ingenuas sobre la naturaleza del orden social. Éste no surge espontáneamente ni es reflejo de valores trascendentes. La modernidad exige confrontar los sistemas de reglas que habitamos. En las democracias constitucionales concebidas en el enfoque de las prácticas, los derechos humanos y la democracia desempeñan una función básica, primaria. Las personas interpretan su conducta como agentes: llevan a cabo acciones de las que se hacen cargo y son responsables; no únicamente reaccionan en forma mecánica. Sin embargo, esta autoconfrontación no ocurre en abstracto. Como se dijo arriba con Kant, sucede en escenarios particulares, en

el espacio más íntimo de la moral personal; en las relaciones con los otros del medio público jurídico (en última instancia del derecho constitucional), y cada vez más en el entorno global donde se van configurando nuevas prácticas e instituciones. Éstas definen papeles que se distribuyen a personas físicas y morales, u órganos supraestatales, siendo deseable que reproduzcan y apuntalen los atributos de la autonomía y el autogobierno de los sujetos que el constitucionalismo prevé.

Igual que ocurre en los Estados nacionales donde se desarrollan las normas constitucionales, no todos los sistemas de prácticas en el plano global buscan realizar los ideales de autonomía y autogobierno; algunos corren en dirección contraria frustrando la participación. Esto es así porque diversos órdenes sirven a otras funciones sociales importantes, económicas, tecnológicas, informacionales, que pueden afectar a las personas. No obstante, resulta primordial reconocer los mecanismos de apropiación de dichos sistemas de prácticas, bajo la pena de pensarlos como inhumanos. Más allá de su complejidad orgánica u operativa, todos estos sistemas han de ser inteligibles, y eventualmente estar sujetos a alguna forma de control por parte de las personas. El enfoque funcionalista que describe procesos de diferenciación automatizados y mecánicos depende de adoptar la mirada de un observador ajeno. Pero siempre queda la posibilidad de explorarlos en actitud interna de participantes que puedan solicitar a sus agentes hacerse cargo de las consecuencias de su conducta. Aunque esto no implica que dicha atribución de responsabilidad deba ser categorizada como moral —lo que según Jürgen Habermas es un logro de las sociedades modernas— ha de ser empero susceptible de algún tipo de juicio normativo. En el mismo Luhmann (2010) los derechos humanos fungen como una institución de acoplamiento y manejo práctico de la complejidad y los procesos de diferenciación social.¹³⁴ Lo que hemos propuesto a lo largo de este trabajo es que los derechos y el régimen democrático como sistemas de prácticas sociales atraviesan y se solapan con otras prácticas de índole diversa, pero que deben acomodarse de un modo relativamente coherente y efectivo con los principios de autonomía y autogobierno. Aunque las prácticas tengan carácter instrumental, códigos propios y cobijen actitudes estratégicas contrarias a los ideales constitucionales, han de existir ciertas instancias de ajust-

¹³⁴ Quizá el debate con la visión normativa de Habermas haya ocasionado que la posición de Luhmann resultara incomprendida. El lenguaje funcionalista de los sistemas complejos se estimó como amenaza de la integración comunicativa. El modelo del *asedio* a la moral (Habermas, 1999) será transformado en un modelo de *exclusas* en el Estado constitucional (Habermas, 1998). También Teubner (2005).

te, traducción y domesticación de los poderes salvajes (Ferrajoli, 2013) que aquellas prácticas puedan desatar.

Todas estas disquisiciones sirven al propósito de enfrentar las transformaciones del proyecto global del constitucionalismo. Con diferentes arquitecturas y velocidades en las distintas regiones y países, se pueden rastrear y reconocer líneas de desarrollo comunes (Hirschl, 2019). Ciertos tipos de integración económica y política, además del derecho internacional de los derechos humanos de la posguerra, pretenden asimilar valores originarios del constitucionalismo al orden cosmopolita en construcción. Se ensayan rutas a un proyecto normativo de derecho internacional: una Constitución mundial o Constituciones políticas regionales, como el caso europeo (Häberle, Habermas, Ferrajoli y Vitale, 2004) o el *ius constitutionale commune* en América Latina (ICCAL) (Bogdandy, Fix-Fierro y Morales Antoniazzi, 2014; Bogdandy, Morales Antoniazzi y Ferrer Mac-Gregor, 2017). Algunos sostienen que el proceso nace del derecho internacional como efecto de crímenes contra la humanidad debidos a la noción de soberanía como invulnerable, de la denegación de la dignidad ciudadana como estatus fundado en los derechos humanos y de la cualidad de participar en la autoridad política. Ello habría descarriado la vida pública de los Estados fascistas, autoritarios y totalitarios. Como observó Arendt: la condición de paria surge del arrebato de la condición de la ciudadanía, del derecho a tener derechos.¹³⁵

Bogdandy y Venzke (2016) desarrollan el tema de la legitimidad política en el ámbito internacional. Exploran la cuestión de en quién o en quiénes reposa en última instancia la autoridad de tomar decisiones públicas de carácter vinculante; es decir, susceptibles de ser respaldadas por las amenazas de sanciones justificadas. En cuanto al fundamento normativo, su proyecto se alinea con la idea de legitimidad que aquí se ha discutido. La referencia a Rawls o Habermas da curso a una concepción procedimental de la legitimidad, que explícitamente reenvía al principio de inclusión democrática. Éste se asocia con los derechos y con la capacidad de autodeterminación. Para Habermas (1998), la legitimidad deriva de la participación de todos los posibles afectados, mientras que para Rawls el “ejercicio del poder político es plenamente adecuado sólo cuando se ejerce de acuerdo con una Constitución, la aceptación de cuyos elementos esenciales por parte de todos los

¹³⁵ La frase surge en el análisis del totalitarismo: “La Humanidad, que en el siglo XVIII, en la terminología kantiana, no era más que una idea ordenadora, se ha convertido hoy en un hecho ineludible. Esta nueva situación, en la que «Humanidad» ha asumido efectivamente el papel atribuido antaño a la Naturaleza o a la Historia, significa en este contexto que el *derecho a tener derechos* o el derecho de cada individuo a pertenecer a la Humanidad tendría que ser garantizado por la misma Humanidad”, Arendt (1998b: 377) [énfasis añadido].

ciudadanos, en tanto que libres e iguales, quepa razonablemente esperar a la luz de principios e ideales admisibles para su común razón humana” (2006: 168 y 169).

Tener presente el problema de la legitimidad en términos normativos, no como mera descripción de un consenso histórico sobre ciertas instituciones al abordar el fenómeno jurídico internacional-global, es de suma importancia. Recuérdese que el hilo argumentativo central del trabajo es la reflexividad que el enfoque de las prácticas impulsa en las personas que participan en ellas. El objetivo es elucidar la gramática de ciertas instituciones formales o informales distintas a las prácticas constitucionales sobre los derechos y el régimen democrático para estar en condiciones de sujetarlas si causan daños a personas y grupos. Bogdandy y Venzke concuerdan con este punto de vista, aunque bajo diferentes presupuestos metodológicos. Emplean el lenguaje de la teoría de sistemas de Parsons y Luhmann, pero no se allanan a sus consecuencias.

Para evitar ser considerados como funcionalistas, insistimos en que una función no justifica por sí misma una institución. Sin duda, existe una tentación apologética en los argumentos funcionales. Nosotros vemos el potencial apologético y dirigimos nuestro análisis funcional hacia un enfoque normativo... Parte de nuestra ambición, entonces, es trascender la narrativa funcionalista de la legitimidad (2016: 27).

Su enfoque es de gran significación práctica, porque asumen también la centralidad de los tribunales internacionales en esta labor normativa justificativa. Antes he subrayado el componente participativo proveniente de la lógica de los derechos y la democracia, de la autonomía y del autogobierno, que son cooriginarios en el acceso a la justicia en procesos judiciales o análogos. He dicho que este derecho es independiente porque no está subordinado a la sustancia de otro derecho que se reclame por su conducto, y he subrayado su dimensión política. Cada vez que se expresa una pretensión normativa, con independencia de su motivación, surge el problema de la validez y la justificación. La reflexividad como autoconfrontación ciudadana frente a las instituciones destaca el énfasis participativo, antes que deliberativo o epistémico.

Bogdandy y Venzke sostienen que los tribunales internacionales no tienen una única función, sino que realizan varias, son multifuncionales. Entienden por función la contribución que los actores llevan a cabo sobre su entorno. No todas las funciones de las cortes son explícitas, de modo que los jueces las pueden realizar sin plena conciencia. Entre las funciones atribuidas a los tribunales internacionales señalan cuatro: “a) solucionar controversias

en casos concretos, *b*) fortalecer las expectativas normativas, *c*) crear derecho y *d*) controlar y legitimar la autoridad pública” (2016: 31). Mientras algunos sostienen que la solución de conflictos es su principal función, otros consideran que su cometido es estabilizar las expectativas normativas. Sin embargo, quiero llamar la atención sobre la cuarta función: el control y la legitimación que es nodal para insistir en la dimensión política de los tribunales, la cual opera en varios niveles, de ida y vuelta, de las cortes internacionales hacia los Estados en una dirección; en las propias cortes sobre sí mismas, y de los Estados nacionales hacia ellas. Por mostrar la relación entre multifuncionalidad, autoridad y democracia, esta propuesta merece atención especial: permite lidiar con diversos problemas de la gobernanza global de signo económico, ecológico o tecnológico. La democracia ofrece una posibilidad extraordinaria de dar voz a los individuos afectados por los Estados u otras instancias globales; de esto trata la inclusión democrática en clave participativa.

De modo explícito Bogdandy y Venzke critican la idea de que los tribunales internacionales puedan entenderse exclusivamente como coordinando la actividad de los Estados o reflejando los valores de los derechos humanos, y revisan otra de sus funciones como órganos constitutivos de regímenes de gobernanza específicos; verbigracia, los arbitrajes de la Organización Mundial del Comercio. Sin embargo, son enfáticos en señalar los graves defectos del orden actual que subraya la fragmentación y la complejidad, pero sin orientación democrática (Bogdandy, Salazar Ugarte, Morales Antoniazzi y Ebert, 2018; Lafont, 2018). En el entorno transnacional ocurren situaciones de desestatización y transferencia del poder público a entidades económicas que no rinden cuentas (Grimm, 2020: 671); e incluso de empresas multinacionales que pueden llevar a Estados ante tribunales arbitrales privados eludiendo los tribunales públicos (Piketty, 2017: 157-159). Loughlin ha denunciado que el constitucionalismo en el plano global revela propósitos ambivalentes: promete la transformación de las sociedades con base en los valores de libertad, igualdad y solidaridad, pero al mismo tiempo asegura los regímenes que protegen la propiedad y el mercado. El neoliberalismo habría sustituido al liberalismo una vez que se cayó en cuenta que los mercados, más que ser organismos autorregulados, requieren instituciones gubernamentales fuertes. El constitucionalismo necesita una red de instituciones que incluye tanto a la Organización de las Naciones Unidas como al Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial, más una serie de acuerdos de libre comercio (Loughlin, 2022: 21).

Fraser (2008) visibiliza la cuestión del enmarque de la justicia más allá de los Estados nacionales, destacando la inclusión y la participación demo-

crática. En lugar de proponer un orden internacional centralizado, piensa un sistema de gobernanza organizado como redes con equidad deliberativa global y con reconocimiento positivo de la diversidad. En este sentido, se pueden leer las ideas del sistema internacional de Slaughter (2004): los regímenes democráticos y sus agentes estatales internos son todavía recursos indispensables para enfrentar los problemas globales siempre que se piense en un sistema de gobernanza democrática bajo redes colaborativas flexibles. La soberanía puede ser redefinida como la capacidad de participar de manera interdependiente con órganos supranacionales y contrapartes nacionales, y en esta labor destaca el papel de las cortes, la construcción en múltiples instancias de diálogo de una jurisprudencia global en temas diversos y con aprendizajes recíprocos (Slaughter, 2017). En América Latina, dice Morales Antoniazzi: “La tesis central consiste en afirmar la creciente construcción de un *ius constitutionale commune* democrático bajo una concepción de pluralidad de Constituciones, que da origen a un sistema multinivel, cuyo fundamento es la estatalidad abierta” (2015: 1).

No se trata de que los individuos sean creadores de todas las normas que regulan sus vidas, pero es básico que sean capaces de disputarlas legítimamente —por lo menos—. No debe atribuirse automatismo ni necesidad a la geopolítica y a la economía. Éstas son susceptibles de crítica normativa y juicios de responsabilidad concretos. El derecho de acceso a la justicia en sede internacional opera como una instancia reflexiva de autoconfrontación de las personas, no exclusivamente como miembros de un Estado nacional, sino también como ciudadanos del mundo. El papel de los tribunales no se agota en hacer rendir cuentas a poderes estatales y otros poderes fácticos. Además de las posturas defensivas de los derechos, los jueces deben garantizar poder político a la ciudadanía para controlar decisiones que les impactan. El acceso a la justicia se refiere a la autonomía y al autogobierno. Por esta razón, importa fijarse en los aspectos participativos del acceso a la justicia, en sus obstáculos, ya que de otro modo la deliberación se frustra. A menudo se interpreta la democracia constitucional como un asunto que los jueces cuidan como expertos, pero no que participan como actores políticos ni que son medios a través de los que circulan las pretensiones de la gente sobre cuestiones inciertas y complejas, en las que caben profundos desacuerdos. Sus intervenciones se suman a la conversación pública, más allá de cómo se organicen los procesos judiciales, sus alcances y resultados.

Se podría creer que la legitimidad de la comunidad internacional y los tribunales sea sustantiva y no procedimental; o sea, que se represente como una comunidad mundial basada en valores universales. Con este enfoque, la

legitimidad no dependería del consentimiento actual o potencial del Estado, sino de la realización de esos valores. Recuérdese que en el ámbito nacional autores como Ferrajoli (2001: 36) o Garzón Valdés (1993: 648) señalan la existencia de esferas indecibles y cotos vedados. El consenso posbélico sería el núcleo normativo del orden internacional. Dado que los desacuerdos sobre los derechos, la democracia y sus formas de implantación son persistentes, es interesante la propuesta de Beitz (2012), de ver los derechos humanos como una práctica compleja, multiactores y multinivel, en un sentido análogo al desarrollado aquí. Este enfoque es prometedor para explicar la inserción de la discusión del constitucionalismo en el ámbito internacional. Para ello se debe justificar cómo se incorporan las prácticas de los derechos y del régimen democrático en este nuevo escenario. La idea de Bogdandy y Venzke es la siguiente: la legitimidad se ejerce “en nombre de los Estados”, pero no en el sentido iusprivatista con el que se pensaron los orígenes del derecho internacional, sino en el sistema constitucional doméstico. En última instancia, los tribunales hablan “en nombre de los Pueblos”, bajo una teoría del derecho público, de todas y cada una de las personas.¹³⁶ La soberanía se desagrega en cada sujeto con derechos capaces de disputar y de controvertir el poder político.

En este cometido, aquí analizo las relaciones entre la democracia y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), tratando de subrayar el componente participativo y democrático que he significado del derecho de acceso a la justicia o tutela judicial. No sugiero que éste sea el único o principal instrumento democratizador en sociedades como las latinoamericanas, con agudos déficits de institucionalidad, con autoritarismo, pobreza y desigualdad, cuyos procesos de transición y desarrollo democrático se han distinguido por amplias movilizaciones sociales y un fuerte activismo de la sociedad civil organizada, popular e indígena. Sin embargo, bajo la lógica del Estado constitucional es importante visibilizar algunos instrumentos que tienen la cualidad de empoderar a las personas en el estatus ciudadano: el acceso a la justicia es una instancia básica de justicia cotidiana para la eficacia de los derechos humanos. Recuérdese la insistencia en las dimensiones —autonomía y autogobierno— que deben ser clarificadas normativamente. En este tenor, la responsabilidad judicial de justificar y dar razones públicas resulta fundamental.

Bajo la guía de Dahl (1989), destaco un par de atributos que hacen de la democracia un régimen que aventaja al resto en su legitimidad: por

¹³⁶ Comparte esta posición Forst: los derechos humanos sirven para fundamentar la legitimidad interna, no para limitar la soberanía de los pueblos: la perspectiva de los derechos se justifica desde adentro (2014: 55).

su capacidad de incluir la participación del mayor número de personas, lo que refleja su dimensión igualitaria; y por su capacidad de promover la expresión libre y plural de la oposición, lo que refleja su dimensión liberal.¹³⁷ El propósito es visibilizar el papel político de la Corte: su responsabilidad frente a los Estados constitucionales en torno a la democracia. Ello implica revisar la calidad de sus razones, la corrección de sus procedimientos de justificación, y la naturaleza de la autoridad (autoritativa, epistémica) con que pretenden investirlas. Para ello se analiza la noción de democracia en conjunción con el derecho humano de acceso a la justicia, como capacidad de contestación frente a las leyes y las políticas; un derecho interpretado en clave democrática.¹³⁸ A pesar de que se interpreta comúnmente como derecho de naturaleza civil, en realidad no es un derecho que se pueda disfrutar de modo pasivo, porque funciona siempre como poder:¹³⁹ otorga a las personas un estatus en relación con los demás y enfrente de los órganos del Estado. En términos prácticos, el acceso a la justicia opera como derecho “llave” porque abre la puerta a cualquiera de las pretensiones personales.¹⁴⁰ Éstas tendrán que ser vistas y escuchadas, aunque luego sean rechazadas; y ésta es una cuestión atinente tanto a los derechos como a la misma democracia.¹⁴¹ Este derecho es, por tanto, la expresión del *status activus processualis*, que implica la igualdad democrática de oportunidades (Häberle, 2020).

Cabe justificar mejor el paso del Estado constitucional al derecho internacional de derechos humanos. En los últimos años, después de las transiciones democráticas en la región, la mayoría de los países han adopta-

¹³⁷ También es posible una interpretación republicana de la oposición y la disputabilidad permanente de las normas (Pettit, 1999; Francisco, 2021).

¹³⁸ “[El acceso a la justicia] se erige como pilar fundamental de un Estado democrático y se constituye como una obligación de los Estados partes, de manera que los Estados tienen el deber de poner a disposición de sus ciudadanos mecanismos y recursos judiciales accesible, eficaces y adecuados”, Islas-Colín y Díaz Alvarado (2016: 47).

¹³⁹ Si uno atiende a la clasificación de Ferrajoli de los derechos fundamentales, el acceso a la justicia no sería un derecho *primario* o *sustancial*, sino *secundario*, *instrumental* o *de autonomía* (2001: 22 y 23).

¹⁴⁰ Señala Trindade: el acceso a la justicia es “un verdadero *derecho al Derecho*”; “dotado de contenido jurídico propio, significa, *lato sensu*, el derecho a obtener justicia. Configúrase, así, como un derecho autónomo, a la propia *realización* de la justicia” (2003: 72 y 73).

¹⁴¹ La propia Carta Democrática Interamericana subraya la importancia del acceso a la justicia en su artículo 8o.: “Cualquier persona o grupo de personas que consideren que sus derechos humanos han sido violados pueden interponer denuncias o peticiones ante el sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos conforme a los procedimientos establecidos en el mismo. / Los Estados miembros reafirman su intención de fortalecer el sistema interamericano de protección de los derechos humanos para la consolidación de la democracia en el hemisferio”.

do nuevas Constituciones con un compromiso explícito y amplias cartas de derechos. En forma paralela se han desarrollado en la doctrina, figuras como el *bloque de constitucionalidad*, la *interpretación conforme* y el *principio pro persona*, mientras la Corte IDH ha impulsado con el visto bueno de la mayoría de los tribunales supremos nacionales el llamado *control de convencionalidad*. De modo que existen bases y disposición para propiciar un *ius constitutionale commune* y un mayor diálogo jurisprudencial entre cortes estatales e internacionales (Bogdandy, Fix-Fierro y Antoniazzi, 2014). Esto alienta la autoconfrontación asociada a la reflexividad de las prácticas constitucionales: se asciende y se desciende de los casos a los principios de derechos humanos y se evalúa la competencia democrática de los Estados para decidir sus políticas y su institucionalidad. Esta dinámica genera procesos de aprendizaje recíprocos, siempre que la rigidez de las jerarquías no se imponga por sobre el diálogo entre tribunales.¹⁴² Como se observa en Slaughter (2004) o Antoniazzi (2015), los encuentros cara-a-cara entre jueces de distintas nacionalidades y regiones han favorecido esta dinámica virtuosa.

La primera parte señala los rasgos centrales del modelo de democracia de la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA) y la Carta Democrática Interamericana (CDI). Estos son interpretados a partir de la concepción de democracia poliárquica de Dahl, que subraya el pluralismo y dos principios para evaluar a las democracias: participación y oposición. Con esto se pretende mostrar la consistencia práctica y doctrinal entre los principales instrumentos de la democracia y los derechos en la región y una concepción de la teoría política apta para ser aprovechada en términos normativos.

En la segunda parte se destaca el papel de la Corte IDH en la defensa de la democracia. Su importancia no se deduce sólo de los límites negativos que se puedan oponer frente a las amenazas y los abusos del poder, en el sentido principalmente defensivo del constitucionalismo liberal y de su conocida fórmula de división de poderes; de los frenos y los contrapesos. Lo que se propone es entender mejor dicho papel por su capacidad de asegurar igualdad de oportunidades en la participación de los competidores políticos y de activar instancias incluyentes para quienes están permanentemente fuera del régimen, por ser opositores radicales o disidentes.¹⁴³

¹⁴² Moreso (2021) ha empleado las nociones de equilibrio reflexivo y de razón pública de Rawls para explicar el ajuste entre principios y reglas provenientes de distintas doctrinas y cortes constitucionales.

¹⁴³ La forma en que los regímenes tratan a disidentes, opositores y desobedientes políticos radicales dice mucho sobre la calidad de una democracia. Habermas (2000), Rawls (1995: 404-433), Gargarella (2005a, 2005b).

La tercera y cuarta secciones pasan revista panorámica a unos pocos casos de la Corte relacionados con el régimen político y las instituciones democráticas. La tercera, analiza un par de asuntos sobre derechos políticos, sistema electoral, candidaturas y partidos, y luego, en la cuarta, se estudian unos pocos más relativos a las libertades de expresión, manifestación o reunión. Aunque esta revisión dista mucho de ser exhaustiva, acredita un tipo de criterios para apreciar los atributos, principios y valores que los jueces de la Corte imputan a la democracia. Como se verá, la mayoría de estos rasgos son consistentes con la democracia representativa de la Carta de la OEA y de la CDI, con su espíritu igualitario y liberal.

En la medida en que esta idea de democracia sea clarificada y afianzada en la jurisprudencia de la Corte IDH, cabría esperar que la ventaja de amplificar las voces de todas las personas y garantizar el mismo peso a su participación contribuyan a hacer eficaz el catálogo integral de derechos humanos: civiles, sociales, económicos, culturales y ambientales. A tratar de justificar esta afirmación se dedica la quinta parte, que destaca la prioridad práctica de los derechos políticos y del acceso a la justicia en clave democrática: visto como paridad participativa (Fraser, 2008).¹⁴⁴ En este propósito se revisan casos que no son relativos a cuestiones políticas de modo directo, pero que podrían ser reinterpretados a la luz de este enfoque. Al hablar de la prioridad de los derechos políticos se destaca la funcionalidad heurística del acceso a la justicia, su papel instrumental, pragmático y público.

Se concluye que las ideas de participación incluyente, por igualitaria, y oposición plural, por liberal, junto con el acceso a la justicia, auxilian a comprender el sentido político de las demandas al sistema de derechos humanos más allá del régimen democrático (sistema electoral, partidos, representación). Ante cualquier demanda, los jueces están obligados a justificarse.¹⁴⁵ Con estos mecanismos procesales todas las posiciones políticas tienen poder de controvertir decisiones mayoritarias que por los canales normales

¹⁴⁴ La idea de paridad participativa tendría reflejo institucional en el acceso a la justicia como derecho llave. Son tres dimensiones de la justicia: redistribución, reconocimiento y representación. La primera se asocia al reclamo de bienes, recursos y servicios relativos a derechos económicos y sociales. La segunda, el reconocimiento, se vincula a asuntos culturales como género, etnia o raza; al pluralismo y la no discriminación frente a estereotipos. Por su parte, la representación refiere a la dimensión política de la justicia, descrita como paridad participativa.

¹⁴⁵ “[E]l imperativo del acceso directo de los individuos a la jurisdicción de la Corte Interamericana, el cual requiere, en un primer momento, que se asegure la más amplia participación de los individuos (*locus standi*) en todas las etapas del procedimiento ante la Corte”, Trindade (2003: 71).

de la representación sería imposible. De ahí la importancia del acceso a la justicia. En el constitucionalismo, la ciudadanía se concibe reflexivamente como fuente de exigencias válidas (Rawls, 2002: 48). Esto no implica desconocer la importancia de fortalecer el espacio público, las organizaciones de la sociedad civil y los movimientos sociales.

I. DEMOCRACIA Y DERECHOS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

La democracia representativa es un principio esencial del sistema interamericano (Nikken, 2006: 18). Es interesante el impulso a la democracia representativa en las transiciones políticas del último tramo del siglo XX, la llamada “tercera ola democratizadora” (Huntington, 1996), que fue afirmada con un fuerte compromiso en 1991 mediante la Resolución 1080 de la OEA (Mesa Salazar, 2002). No existe empero una definición explícita de la democracia representativa ni en la Carta de la OEA ni en la Carta Democrática Interamericana (en adelante CDI). Nikken propone interpretarla integralmente con el artículo XX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre como “aquella forma de gobierno que emana del pueblo a través de representantes elegidos mediante elecciones populares, de voto secreto, genuinas, periódicas y libres”. Considera que deben incluirse en la definición otros elementos sustanciales de la forma democrática, como los límites al ejercicio del poder público con base en el Estado de derecho, y el respeto de los derechos humanos.

Pese a no ofrecer una definición, la CDI contempla determinados *elementos esenciales y componentes fundamentales* de la democracia representativa:

Artículo 3o. Son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos.

Artículo 4o. Son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa.

La subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida y el respeto al estado de derecho de

todas las entidades y sectores de la sociedad son igualmente fundamentales para la democracia.

Estos atributos incluidos en la CDI para la noción de democracia representativa se pueden enmarcar dentro del paradigma de la democracia competitiva y pluralista, entendida por Dahl como poliarquía. Lo relevante de esta perspectiva es el papel práctico que confiere a los principios de participación y oposición en la evaluación de las democracias. Si éstas no son incluyentes y no admiten la expresión de la divergencia y la disidencia, se desnaturalizan y pierden legitimidad.

Conviene acotar que bajo este enfoque la democracia se refiere al régimen político. Un régimen tiene que ver con los procedimientos de competencia pública para la selección y elección de candidaturas, la participación en la deliberación y la decisión de las leyes, el control de las autoridades electas, y la rendición de cuentas.¹⁴⁶

En este marco, la democracia como fue delineada por Schumpeter consiste en un método “en el que los individuos adquieren el poder de decidir por medio de una lucha de competencia por el voto del pueblo” (1996: 343). La importancia del modelo radica en su naturaleza pluralista. Por ende, rechaza las concepciones de la democracia que atribuyen al sistema político fines intrínsecos, y es escéptico respecto de expresiones como “pueblo”, “bien común”, o “voluntad general”. No existen fines dados de antemano que condicionen el carácter democrático de regímenes organizados bajo presupuestos formales y procedimentales, siempre que se garantice inclusión y apertura a la competencia política; y que nadie tenga autoridad para descalificar intereses de la esfera de la pública.¹⁴⁷

En términos de diseño institucional, este modelo ha adoptado de modo casi unánime procedimientos de democracia representativa, electiva, dentro de un marco liberal, sin menoscabo de los ideales del igualitarismo social y político (Dahl, 2006). No obstante, es menester subrayar que existen infinidad de pautas para organizar la representación y para gestionar una mayor inclusión pública. No se puede conocer *a priori* la capacidad de cada arreglo

¹⁴⁶ La idea de democracia como régimen la debo a O'Donnell, que distingue entre régimen y Estado para tener una definición operativa de democracia a partir de los procedimientos de la competencia política. La noción de Estado se refiere a la administración pública, a la burocracia y al territorio (2010).

¹⁴⁷ Dice Sartori que la democracia “como método, o procedimiento, debe preceder a cualquier logro sustantivo” (2007: 32). La idea es compartida por Bobbio, para quien la democracia refiere las reglas “que establecen *quién* está autorizado para tomar las decisiones colectivas y bajo qué *procedimientos*” (1996: 24).

institucional para traducir los intereses de personas y grupos en influencia y poder políticos. Sin embargo, sí es posible comprender los principios bajo los que dichos arreglos deben ser enjuiciados: todas las personas han de tener la misma capacidad de participar con idéntico peso e influencia de la calidad de ciudadanos con libertad de información, expresión, reunión; con iguales derechos electorales; con medios de control y rendición de cuentas sobre las autoridades electas y los servidores públicos.

Con esto en mente, cabe discutir cómo se refleja mejor la representación popular en órganos como los parlamentos, sea mediante criterios territoriales; demográficos según los núcleos de población; con sensibilidad al pluralismo con esquemas mayoritarios o de representación proporcional; visibilizando la dimensión étnica, religiosa, cultural o de género, entre tantas posibilidades. De cualquier forma, es difícil que se pueda garantizar la imparcialidad plena de las normas y las políticas públicas. Porque, aunque en su formulación las reglas seas neutrales, su impacto puede acarrear ventajas y desventajas no previstas; de modo normal debido a la complejidad del mundo; por razones técnicas, información incompleta o por sesgos derivados de la desigualdad de los grupos históricamente discriminados.

Merino llama a pensar la relación entre sistema electoral y régimen político (2003: 46). El sistema electoral contiene las reglas mediante las cuales la ciudadanía expresa sus preferencias con votos. En hipótesis, los votos deben transformarse en escaños y cargos de gobierno. La cuestión es que la forma de contar los votos para distribuir dichos escaños y cargos tiene efectos determinados: más o menos influencia y poder para determinadas personas y grupos. Por ende, el sistema electoral no es un asunto puramente técnico ajeno a valores y principios que brindan legitimidad al régimen político.¹⁴⁸ De modo significativo: igualdad y libertad como valores constitutivos, garantizando sus referentes empíricos, según Dahl: inclusión universal y equivalente en la participación de toda la ciudadanía adulta, con el mismo peso (componente igualitario), y garantías para una oposición plural, competitiva, e incluso radical (componente liberal).

¹⁴⁸ Para Dalla Vía es importante que una sociedad discuta la capacidad del sistema electoral para traducir votos en escaños (2012) y señala: “Una cuestión previa e importante a determinar es que ningún sistema electoral es neutro o inocente. Todos los sistemas tienen una tendencia a favorecer un determinado resultado, ya sea la representación o la gobernabilidad” (2003: 57).

II. TRIBUNALES INTERNACIONALES Y ACCESO A LA JUSTICIA: EL IDEAL DE LA PARTICIPACIÓN DEMOCRÁTICA

Dada la imposibilidad de anticipar equidad plena en el diseño, desempeño y resultados del régimen político, cabe pensar la responsabilidad de los jueces para revisar caso a caso cómo se aterrizan los principios y los derechos políticos en las democracias de la región. O'Donnell cree que no se puede fijar *ex ante* una lista cerrada de libertades, derechos y oportunidades que garantice poderes de participación equivalentes a la ciudadanía. Por lo tanto, su formulación se realiza inductivamente mediante juicios hipotéticos y causales susceptibles de control judicial *ex post*, en forma casuística. Cuáles libertades sean condiciones necesarias de una competencia política justa es un asunto que depende de juicios de tipo probabilístico: “si dichas condiciones se cumplen, entonces existe, *ceteris paribus*, alta probabilidad de que las elecciones sean limpias” (2010: 34).

En la CDI se relaciona directamente el régimen político y el sistema de derechos. Su artículo 7o. señala que “la democracia es indispensable para el ejercicio efectivo de las libertades fundamentales y los derechos humanos, en su carácter universal, indivisible e interdependiente”. Además, es enfática en que el sistema de protección de derechos es el instrumento primordial para cuidar de la democracia.

Artículo 8o. Cualquier persona o grupo de personas que consideren que sus derechos humanos han sido violados pueden interponer denuncias o peticiones ante el sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos conforme a los procedimientos establecidos en el mismo.

Los Estados Miembros reafirman su intención de fortalecer el sistema interamericano de protección de los derechos humanos para la consolidación de la democracia en el Hemisferio.

Ely (1980) ha propuesto que los tribunales son capaces de verificar el cumplimiento de los valores democráticos procedimentales de participación y de inclusión para identificar de manera adecuada la opinión y la voluntad popular plasmada en una Constitución. Si los jueces supervisan la calidad del proceso democrático como árbitros de las reglas de constitución de la autoridad y de las decisiones colectivas, su función podría ser interpretada políticamente como espacio que amplifica las voces y apuntala ciertas posiciones, en clave democrática. Desde este punto de vista, los jueces participan en la esfera de la opinión pública, no autoritativa, sino deliberativamente. Como se señaló antes, el acceso a la justicia puede ser leído

como instancia democrática participativa que fortalece la representación pluralista. En el marco de este proyecto constitucional se revelan las dimensiones del autogobierno y la autonomía personal.

La tutela judicial de los derechos moviliza en una instancia peculiar el proceso democrático. En un entorno institucional que no es de naturaleza mayoritaria, pero tampoco anti o contrademocrática, se muestra su espíritu de democracia participativa en el sentido indicado por Cristina Lafont: contar con este poder exhibe la no deferencia ciega a la autoridad. No es correcta, por tanto, la interpretación de la tutela en el sentido de que a los jueces corresponda defender específicamente a minorías y grupos desaventajados. Les toca más bien garantizar que los derechos humanos de nadie sean atropellados, sea que se trate de minorías o de mayorías.

Bajo la lógica del acceso igualitario y efectivo a la justicia, los derechos humanos, entendidos como la ley del más débil (Ferrajoli, 1999), o el carácter contramayoritario que se atribuye a ciertas sentencias, adquieren un significado consistente con la democracia representativa pluralista. A las personas y grupos en desventaja estructural puede otorgárseles favores procesales y hermenéuticos —ajustes razonables—, pero no *a priori* razón sustantiva de todas sus demandas. Piénsese la consulta a personas, pueblos y comunidades indígenas, u otras ventajas para redistribuir cargas argumentativas y probatorias. Estos instrumentos cumplen una función heurística; su fin es visibilizar a las personas y grupos excluidos: “Quien consiga convertir en vinculante su interpretación de los derechos fundamentales —esto es, en la práctica, quien logre que sea adoptada por el Tribunal Constitucional Federal— habrá alcanzado lo inalcanzable a través del procedimiento político usual” (Alexy, 2009: 36).

Debido a mecanismos contradictorios en un proceso judicial, se exhiben y defienden razones tanto de minorías como de mayorías políticas sobre asuntos particulares. Tratándose de procesos de carácter adversarial, las partes actúan en defensa de determinados intereses que asumen podrían ser justificados en público con los mejores argumentos. Por ende, no es posible prejuzgar quién tenga la razón.¹⁴⁹ Si se mira entonces la democracia en un

¹⁴⁹ Para Fiss, “cuando el fallo [legislativo] es consecuencia de causas tales como la victimización de una minoría discreta e insular, no existe una manera clara de entender la función judicial. Aunque en esta situación la decisión legislativa pueda no merecer ninguna presunción de corrección —al menos en lo que afecta a ese grupo particular— se hace necesario determinar, como cuestión positiva, a qué tiene derecho la minoría en cuestión, sea por vía de derechos procesales o sustantivos... El juez lleva a cabo una búsqueda de lo que es verdadero, correcto o justo, sin convertirse en participante de los grupos de interés” (2007: 29 y 30).

continuo de tiempo, y no en momentos discretos, cabría confiar que ciertos litigios de impacto movilicen la opinión pública y conduzcan a cambiar la correlación de las fuerzas políticas. El modelo de democracia representativa puede incluir instancias deliberativas como los tribunales para fortalecer la participación y la deliberación popular (Gargarella, 2014).

La crisis que se imputa a la democracia actual por su vaciamiento de contenidos, su déficit de resultados o su alejamiento de la voluntad popular conduce a proponer instrumentos de democracia directa, como referéndum, plebiscito, iniciativa ciudadana, revocación de mandato, consulta popular, etcétera, mediante los que se denuncia el distanciamiento de las elites políticas. El motivo que subyace a estos instrumentos es dar cabida al mayor número de voces y recuperar el poder de la gente para que gane la aptitud de influir en las decisiones públicas y, con ello, evite la dominación política. Sin embargo, aunque estos medios sirvan para auscultar la voluntad popular y para tratar de devolverle su centralidad, es difícil captar desde ellos la pluralidad de intereses que connota la idea de opinión pública y de la participación como autogobierno.¹⁵⁰ Una vez más, la cualidad de reflexividad para los regímenes democráticos resulta fundamental. De los intereses comprendidos como preferencias hasta cualquier noción de interés público, general o colectivo, hacen falta mediaciones discursivas; es decir, la confrontación de las posiciones distintas (Greppi, 2022: 89).

No se descarta que algunas de estas herramientas de democracia directa se puedan conciliar bien con las instancias representativas, sobre todo como medio para prevenir la entronización de las elites u oligarquías. Una vez más, lo importante es que no haya actores sociales capaces de monopolizar el espacio de la política. Por eso se subraya la dimensión pluralista de las democracias. La noción de poliarquía de Dahl con sus rasgos principales: participación igualitaria y oposición libre, expresa bien principios de los regímenes democráticos. Éstos podrían tener múltiples diseños institucionales dadas las diferentes condiciones sociales, culturales e históricas; el acomodo de grupos de interés; el carácter más o menos homogéneo de la población o sus circunstancias geográficas. Bajo la perspectiva que se propone, el derecho de acceso a la justicia se concentraría en el control de los procedimientos para asegurar la participación y oposición de cualquier ciudadano con oportunidades equivalentes. De ahí la importancia de comprender este derecho como una llave al espacio de la política: será mejor cuanto más sencilla, llana y eficaz sea su utilización.

¹⁵⁰ Sobre algunas dificultades y riesgos de la democracia directa, Lissidini, Welp y Zovatto (2008, 2014).

En consecuencia, a pesar del aparente optimismo de señalar esta función trascendente de tribunales y cortes en la garantía de los derechos humanos y la democracia, no existen en la actualidad condiciones efectivas ni equitativas del acceso a la justicia. Las personas y los grupos excluidos suelen carecer de oportunidades para demandar su tutela ante la judicatura. Los poderes judiciales han sido denunciados por su alejamiento de la gente y por lo difícil que resulta recurrir ante ellos. Si en el ámbito nacional dicho acceso es una aventura incierta, se puede imaginar cómo resulte alcanzar a la Corte IDH.

En la región, los derechos políticos están establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante la Convención):

Artículo 23. Derechos Políticos.

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

- a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
- b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y
- c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

Si se mira esta categoría de derechos en conjunto con la libertad de conciencia y de religión (artículo 12); libertad de pensamiento y expresión (artículo 13); derecho de reunión (artículo 15), y libertad de asociación (artículo 16), se constata el espíritu liberal de la Convención, sobre cuyos fundamentos normativos se asienta el trabajo de la Corte IDH. Este tipo de libertades civiles brindan una pauta para entender la política en contextos de pluralidad y participación incluyente. El pluralismo parece tener su mejor aterrizaje en el proyecto del constitucionalismo, ya que su propósito principal consiste en fortalecer autonomía y autogobierno de las personas en las sociedades políticas.

Junto con los derechos civiles también la justicia social y la igualdad son inherentes a la democracia. Los derechos económicos, sociales y culturales deben ser “reafirmados, desarrollados, perfeccionados y protegidos en fun-

ción de consolidar el régimen democrático representativo de gobierno”.¹⁵¹ La CDI pone énfasis en el carácter participativo del sistema político, y, en consecuencia, destaca el deber de garantizar el ejercicio efectivo de la democracia.

La efectividad de los derechos políticos, su dimensión material, y no solamente formal, es destacada por la Convención. El artículo 23 señala que la ciudadanía debe gozar los derechos políticos, pero no sólo de modo declarativo, sino además de oportunidades reales para ejercerlos. Los derechos políticos son la única categoría de derechos humanos donde se vincula la idea de derechos intrínsecamente con las iguales oportunidades. En el mismo sentido, dice Rawls que debemos “entender las libertades políticas iguales de una manera especial; incluyendo en el primer principio de justicia la garantía de que las libertades políticas, y sólo esas libertades, estarán aseguradas por lo que he llamado su «valor equitativo»” (2006: 364).

Roemer indica que la noción de igualdad de oportunidades no debe reducirse a la mera idea de no discriminación ante las leyes; es decir, no debe acotarse al idéntico trato al momento del acceso a la competencia pública por bienes y derechos (1998). Ella implica además nivelar el campo de juego para individuos y colectivos. Lo anterior exige visibilizar las condiciones desiguales de la competencia, desagregando a los grupos por sus desventajas comparativas, sobre todo las que suelen ser reiteradas, históricas e injustificadas.

Esta asociación entre derechos políticos e iguales oportunidades llama mucho la atención, porque ni siquiera en el caso de los derechos económicos, sociales y culturales se vincula intrínsecamente su garantía efectiva con tener las mismas oportunidades. En los DESC es suficiente con el hecho de que se indique la progresión hacia su cumplimiento:

Artículo 26. Desarrollo Progresivo.

Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

¹⁵¹ Pese a que esta enunciación sugiere un orden de prioridades axiológicas entre derechos políticos y derechos económicos, sociales y culturales, debe ser leída como cuestión de orden práctico, heurística y epistémica. Sin todas las voces no es posible ni siquiera descubrir cuáles deben ser las metas del sistema político; menos saber quiénes están legitimados para decidirlo. De ahí que la CDI en su artículo 1o. señale: “La democracia es esencial para el desarrollo social, político y económico de los pueblos de las Américas”.

Esto presupone que en los casos relativos a los derechos políticos, la obligación estatal de reparar las desventajas económicas, sociales y culturales sea directa e inmediata, porque este tipo de derechos sufren una lesión y son violados en el instante en que las personas no cuentan con las mismas oportunidades para hacerlos efectivos de un modo realista y verosímil. No basta que las personas puedan ingresar a la competencia política si ésta es inequitativa.

El régimen democrático debe idear reglas y procedimientos con oportunidades semejantes para todos, y debe hacerlo de forma inmediata, no progresiva, ni tampoco limitándose a los recursos que tenga a su alcance. Si se descubren defectos de inequidad en la competencia, los tribunales deben ordenar el cumplimiento inmediato de estos derechos aunque las medidas que se ordenan traten de cuestiones económicas, sociales o culturales. La igualdad en los derechos políticos exige paridad participativa, y ésta exige satisfacer metas sustantivas allende la igualdad formal. El financiamiento público de los partidos políticos; la prohibición de contratar publicidad en las campañas; la paridad de género; las cuotas de minorías, y algunos mecanismos de veto o de consulta previa son medios de igualación material, de nivelación de oportunidades. La igualdad en este contexto no persigue maximizar los derechos de los grupos desaventajados en un sentido distributivo, de justicia social —como se suele entender—. La cuestión es política en el fondo, y pretende establecer “un *leveled playing field*, donde lo que interesa es crear las condiciones para tener una oportunidad igualitaria de participar en la contienda más que compensar condiciones desiguales” (Cuéllar y Thompson, 2012: 9).

III. CORTE INTERAMERICANA, DERECHOS POLÍTICOS Y DEMOCRACIA

Este enfoque queda de manifiesto con claridad en los dos primeros casos conocidos por la Corte IDH que trataron específicamente sobre derechos políticos; a saber: *Yatama vs. Nicaragua* (Corte IDH, 2005) y *Castañeda Gutman vs. México* (Corte IDH, 2008). Las respuestas diferentes entrambos se debieron precisamente a oportunidades materiales desiguales para acceder a cargos de elección, de la comunidad Yatama, por un lado, grupo indígena marginal frente al resto de la ciudadanía nicargüense, y de Jorge Castañeda, un influyente personaje en la opinión pública mexicana, por el otro. La supuesta violación de derechos políticos alegada por Castañeda se atribuía a discriminación e inequidad en las oportunidades para competir fuera de los partidos

y organizaciones políticos en Nicaragua y México, respectivamente. Sólo en el caso Yatama la Corte IDH favoreció la pretensión demandante de reconocer unos derechos políticos diferenciados de participación político-electoral.

Con base en una concepción de la justicia que connota el reconocimiento de la dimensión pluricultural de la comunidad Yatama, amén de sus circunstancias desaventajadas históricas y estructurales, la Corte IDH estimó que la aparente neutralidad de la legislación electoral de Nicaragua producía un resultado discriminatorio; es decir, causaba un efecto dispar en las oportunidades para participar. En cambio, en el caso de Jorge Castañeda contra México, en la regulación de la competencia a través de partidos políticos, que no admitía concurso de candidaturas ciudadanas independientes, la Corte IDH no acreditó discriminación ni un acceso inequitativo a oportunidades.

En el caso de Yatama, la negativa del estado de Nicaragua a admitir sus reclamos ocasionó un ochenta por ciento de abstencionismo electoral en la población total, que no se sintió representada. Según la Corte, las pretensiones de Castañeda y de la comunidad indígena Yatama no son equivalentes, a pesar de semejanzas aparentes. Esta decisión ofrece un significado específico a las ideas de participación y representación equitativas, que lleva a interpretar la idea de igualdad política en el sentido pluralista de Robert Dahl. Un enfoque con ascendente liberal, pero que no es individualista, egoísta o atomista —defectos asociados comúnmente a esta doctrina—. No cualquier pretensión particular fortalece la democracia ni mejora su calidad. Empero, los Estados deben hacer lo más que puedan para garantizar la expresión de las voces excluidas: los disidentes y los opositores radicales.

La Corte IDH rechaza la igualdad política, entendida como mera neutralidad ante las leyes. Reconoce también que la Convención no dispone un régimen electoral único para los derechos políticos. Admite que pueda existir una amplia variedad de regulaciones, siempre que se desarrollen mediante elecciones periódicas y auténticas bajo los principios del sufragio universal, libre y secreto. Basta que se respete el principio de legalidad y se postule un fin legítimo necesario y proporcional, razonable para una democracia pluralista y representativa (Aragón, 1998). Tratándose de los casos referidos, esto querría decir que las oportunidades para concursar una candidatura debían ser maximizadas, no ser en exceso restrictivas ni discriminatorias. En Castañeda no se juzgó injusto el diseño institucional ni sus consecuencias.¹⁵²

¹⁵² Freidenberg (1998) muestra que en América Latina no se puede corroborar empíricamente la supuesta ventaja comparativa de las vías alternas a los partidos para mayor de-

Estos fallos se pueden interpretar bajo coordenadas distintas a las ideas de justicia igualitaristas más comunes, ámbito donde ha influido ampliamente la justicia como equidad de Rawls (1995, 2002). Debido a su enfoque distributivo predominante, se revelaron pronto déficits múltiples puntos ciegos, de los que surgieron los debates con feminismo, racismo, comunitarismo, multiculturalismo, marxismo. En este trayecto, Fraser señala la naturaleza pluridimensional de la justicia, y complementa ese interés redistributivo con otros temas, como el reconocimiento cultural y la representación política (2008).

Con este marco se entienden mejor no sólo casos como *Yatama versus Nicaragua*, que admiten tratos diferenciados o excepciones justificadas en la regulación de la competencia electoral, sino también diversas sentencias en temas de consulta indígena. Por un lado, éstas señalan el reconocimiento de la especificidad étnica y cultural, y por el otro, la dimensión de la representación política que subyace regularmente a estos asuntos, y que suele ser invisibilizada cuando se describen bajo la pura dinámica de mayorías y minorías. La consulta previa, libre e informada a las personas, pueblos y comunidades indígenas es una herramienta coherente con los principios de la democracia representativa, porque su función principal es deliberar acerca de los reclamos de grupos subrepresentados de modo estructural e histórico, de quienes tienen menores oportunidades para competir por la vía política normal. Sus problemas no son todos distributivos, socioeconómicos, sino además culturales y políticos.

De modo natural se vinculan pluralismo y liberalismo para enfatizar el deber de proteger la diversidad de creencias, concepciones del mundo y proyectos de vida. Es decir, de colocar a resguardo del poder político diferencias que se refieren al ámbito privado. En esta lectura, el centro de gravedad es puesto en la dimensión negativa de los derechos, de respeto y protección de la expresión singular de las ideas y formas de vivir. Sin embargo, en términos amplios, la concepción pluralista de la democracia que aquí se propone apunta más bien a la función positiva de la opinión pública, a su valor eminentemente político (Rawls, 2006). El ideario democrático busca avivar y fortalecer el diálogo con razones públicas para que nadie quede fuera de la posibilidad de hacerse escuchar e influir en la hechura de las políticas; para determinarlas *ex ante* y para controlarlas *ex post* (Dahl, 1991).

mocratización. Las candidaturas independientes y otros esquemas no partidistas no mejoran en automático el rendimiento de las instituciones ni garantizan que las personas se sientan mejor representadas.

En su configuración, los sistemas electorales responden a necesidades sociales urgentes, a “intereses públicos imperativos”, en expresión de la Corte IDH. Entre ellos, la importancia que tiene un sistema de partidos políticos que sea equitativo y competitivo. Frente a la tarea de organizar una elección con un padrón electoral de millones de personas, un régimen debe evitar la multiplicación *ad infinitum* de los aspirantes, la fragmentación y la polarización de la oferta política, que en casos extremos lo haría inoperante. La igualdad de oportunidades en la contienda exige fórmulas de financiamiento público o mixtos; transparentes, para impedir la captura de los órganos representativos por parte de intereses privados. Esas modalidades han de servir para regular la entrada de ciertos intereses, justificando tales medidas en la maximización de las oportunidades y en la inclusión de todas las personas y colectivos, especialmente de las voces críticas y discordantes, y las menos audibles por causas de marginación. Tales medidas deberán ser simultáneamente las más idóneas y las menos restrictivas para regular el derecho en juego (Corte IDH, *Castañeda vs. México*, 2008: par.196).

El reconocimiento eventual de candidaturas independientes podría exigir el respaldo de un número o porcentaje de electores que apoyen la candidatura, las plataformas políticas, los planes de gobierno, las garantías económicas, los cuadros políticos distribuidos en el territorio nacional, e incluso “pólizas de seriedad” (par. 199). La justificación de las medidas es relativamente simple: no todas las pretensiones del espacio público suman y fortalecen a la democracia.

Ahora bien, una interpretación de este estilo no implica establecer una concepción sustantiva de lo público, un catálogo particular de virtudes cívicas, ni mucho menos censura a ciertas ideologías. Por el contrario, lo que pone por delante es que las voces disidentes no solamente sean protegidas en el sentido de no ser acalladas ni violentadas, sino además de prestarles una atención genuina, para que contribuyan a redefinir el significado de lo público. Nadie, ninguna persona o sector de la población se puede apropiarse de ese significado. Lo principal es la contribución única que cualquiera pueda hacer al espacio de la opinión pública.

Considero que esta es la mejor interpretación que se pueda hacer también de la democracia como poliarquía. Como en el subtítulo de la obra de Dahl se subraya, en términos prácticos, la democracia pluralista se sostiene en la lógica de que todas las personas adultas puedan participar libremente con igualdad. Sobre todo, que se maximice institucionalmente la expresión eficaz de la oposición, incluida la radical y más discordante.

También en esta óptica estrictamente política, y no sólo desde un enfoque de justicia social, *Yatama* se distingue de *Castañeda*, en el sentido que

le fue atribuido por la Corte. En la medida en que Castañeda es un miembro distinguido de las elites mexicanas, su oposición al régimen luce *a priori* menos radical y, por ende, menos apremiante desde un enfoque normativo (porque no sufre discriminación material, simbólica o institucional).¹⁵³ En resumen: no toda oferta del mercado político abona *per se* a la pluralidad, amplía la libertad del público o genera auténticas alternativas. Un régimen debe ser particularmente sensible para visibilizar sobre todo la oposición que lo amenaza y que le disputa su hegemonía.

IV. CORTE INTERAMERICANA, LIBERTADES CIVILES Y DEMOCRACIA

La Corte IDH adopta una interpretación de ciertos derechos civiles que vincula directamente con los derechos políticos y la democracia, como las libertades de expresión, reunión y asociación, e incluso también de otros derechos que no parecen estar cerca de la política a primera vista, como la vida y la integridad, pero que salen a la luz cuando se tratan casos de homicidios y desapariciones forzadas de disidentes y opositores políticos.¹⁵⁴

Este criterio de interpretación sistémico de los derechos políticos es sostenido por Dalla Vía (2011). En el fondo de estos asuntos lo que está en juego son los derechos y las oportunidades de constituir una oposición radical al régimen político y al gobierno que pueda disputar su hegemonía, y que por esta razón se expresa casi siempre fuera de los partidos políticos mayoritarios. Me refiero a casos como *Escué Zapata versus Colombia* (Corte IDH, 2007); *Cepeda Vargas versus Colombia* (Corte IDH, 2010a); o *Caso Chitay Nech y otros versus Guatemala* (Corte IDH, 2010b), *Pacheco León y otros versus Honduras* (Corte IDH, 2017), donde el objetivo de los atentados contra la

¹⁵³ Castañeda dirige su mensaje principalmente a “activistas de la sociedad civil y las élites del país —empresariales, intelectuales, religiosas, sindicales—”. Su mensaje a los “mexicanos de a pie” es que su única vía son las candidaturas independientes. Quién pueda enarbolar esta bandera es otra cosa; al final este tipo de cuestiones depende “del trabajo de cada ciudadano, de su talento, de su dinero, de su grupo civil y profesional, de los medios donde influye, y de su radio de acción en la sociedad. Para qué exagerar dicha incidencia. No todos influyen igual. Algunos son más iguales que otros”. Sólo los candidatos sin partido “pueden atender la demanda de frescura, sencillez y en ocasiones hasta de insolencia por parte de la sociedad mexicana. Nos haría bien, y yo, por lo menos, me divierto haciéndolo”. Uno dudaría de que la participación de las comunidades indígenas u otro tipo de opositores y disidentes sea autocomprendida como un divertimento, como demanda de frescura e insolencia en la vida pública. Castañeda (2016).

¹⁵⁴ Sobre este tema, Corte IDH (2018).

vida y la desaparición forzada de personas fue impedir el ejercicio de los derechos políticos.¹⁵⁵

En *Cepeda Vargas vs. Colombia*, la Corte IDH (2010a) asoció la violación de derechos políticos con las libertades de expresión, de reunión y de asociación (artículos 13, 15 y 16 de la CADH), y enfatizó que estos derechos “son de importancia fundamental dentro del Sistema Interamericano por estar estrechamente interrelacionados para posibilitar, en conjunto, el juego democrático” (par. 171). Cepeda era un comunicador y parlamentario, razón por la que la Corte optó por no escindir sus actividades para determinar cuál fue la causa de las violaciones alegadas: sus publicaciones como comunicador social o su militancia política de oposición como líder del Partido Comunista. Lo interesante en este caso, para abonar al enfoque de la política pluralista radical, es el interés especial de la Corte, de garantizar la libertad de expresión, principalmente de las ideas “que resultan ingratas para el Estado o cualquier sector de la población” (par. 172). Por ende, resalta “que las voces de oposición resultan imprescindibles para una sociedad democrática” (par. 173). Las amenazas y la desprotección del Estado se tradujeron en restricciones indebidas a sus derechos políticos, su libre expresión y asociación, “pero también en un quebrantamiento de las reglas del juego democrático” (par. 177). Siendo un tribunal de derechos, es importante como perspectiva hermenéutica el acento que se pone en la participación en el sistema político y la democracia, más allá del aspecto individual de protección hacia la persona como una inmunidad. De nueva cuenta se hace presente la idea de autogobierno, la autonomía pública como cooriginaria de la privada personal.

A este caso se debe añadir en el mismo sentido *Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. En éste, la Corte IDH (2010b) observa un “patrón de hostigamiento contra la población considerada «enemigo interno», en su mayoría mayas” (par. 108). En el móvil de la violencia la Corte considera acreditada “la intención del Estado de desarticular toda forma de representación política que atentara a su política de «Doctrina de Seguridad Nacional»” (par.

¹⁵⁵ Aunque en la muerte del señor Pacheco no se acreditó responsabilidad directa de los agentes estatales, observa la Corte IDH que el Estado debe disponer medidas para garantizar las condiciones adecuadas para su pleno ejercicio, y en consecuencia debe “prevenir afrontas a la vida de una persona por su actividad política”. De la obligación de garantía “se desprende un deber de medio o de comportamiento, no de resultado, de prevenir que particulares vulneren bienes protegidos”; o sea, “de proveer medidas eficaces para garantizar la realización de procesos electorales adecuados, y estas pueden implicar acciones de seguridad o protección respecto a candidatos u otras personas intervinientes en dichos procesos” (Corte IDH, *Pacheco León y otros vs. Honduras*, 2017: párr. 155, 156 y 158).

108). El grave problema de la subrepresentación de los pueblos indígenas en situaciones de desigualdad y exclusión es constatado como déficit de un Estado plural y democrático. La desaparición forzada y selectiva de Florencio Chitay lo privó del derecho de participar en política en su comunidad: “resulta irrazonable que siendo la población indígena una de las mayoritarias en Guatemala, la representación indígena, a través de sus líderes, como Florencio Chitay Nech, se vea truncada” (par. 116).

Bajo estas luces, no sólo es distinto el caso Castañeda Gutman al de la comunidad indígena Yatama por criterios de multiculturalidad, vulnerabilidad, marginación y exclusión sociales, sino también es diferente a casos como Cepeda Vargas o Chitay Nech, por su condición de opositores radicales al régimen, es decir, por razones estrictamente políticas. A juicio de la Corte IDH, Jorge Castañeda tuvo siempre al alcance alternativas sencillas de participación, y nunca estuvo bajo amenaza su integridad. Además, contaba con medios para expresar libremente sus opiniones:

...se trata de una persona que deseaba presentarse como candidato independiente, que no alegó ni acreditó representar intereses de algún grupo vulnerable o marginado de la sociedad que estuviera impedido formal o materialmente para acceder a cualesquiera de las alternativas que el sistema electoral mexicano ofrecía para participar en las elecciones, y que tenía diversas alternativas idóneas para poder ser postulado como candidato (Corte IDH, *Castañeda Gutman vs. México*, 2008: par. 172).

Me parece que éste es el significado más auténtico del término “poliarquía” propuesto por Dahl. Pese a que sus propuestas han sido interpretadas reductivamente, como si su interés fuera justificar un diseño particular de instituciones electorales o partidistas, su motivo principal consiste en señalar “las condiciones que permiten a la oposición al gobierno organizarse abierta y legalmente en partidos políticos y enfrentarse a él en elecciones libres e imparciales” (1989: 13). Przeworski ha expresado que existe un sentido en que las elecciones y los sistemas de partido domesticar a la oposición al procesar pacíficamente los conflictos; pero eso es sólo posible “cuando no hay mucho en juego en ellas y cuando las fuerzas políticas en pugna aprenden mediante la experiencia que no hay tanto en riesgo” (2019, cap. 10). Y siguiendo a Mouffe (2014), se podría decir que cualquier oposición al gobierno debe ser protegida; pero el sistema político tiene que ser especialmente sensible y cuidadoso con la oposición que sea más desafiante: la que amenaza no sólo la conformación y las políticas del gobierno en turno, sino

incluso las que cuestionan la legitimidad y la equidad de los procedimientos de la competencia.

Los casos de la Corte IDH relacionados con derechos políticos, como *Yatama* o *Castañeda*, y los de libertades civiles revelan una comprensión de la idea de democracia representativa consistente con la CDI y con las concepciones liberales, pluralistas y competitivas que han prevalecido en la ciencia política y en las Constituciones de la región latinoamericana en los últimos años, tras la llamada “tercera ola” de transiciones democratizadoras. Resulta empero pertinente comprender la democracia con una perspectiva diacrónica para señalar los valores que la han hecho históricamente posible, así como los aterrizajes institucionales que la propician o la entorpecen. Sobre todo en el contexto presente, de una crisis severa de legitimidad, con amenazas a la estabilidad de regímenes electos democráticamente (Przeworski, 2022).

Aunque indudablemente muchos reclamos hacia las autoridades electas merecen atención porque se fundan en razones de justicia sustantiva, redistribución socioeconómica, reconocimiento cultural o fortalecimiento de la participación política, conviene tener una idea precisa de los valores y principios democráticos mediante los que se evalúa no solamente el *qué*, sino también los *quiénes* y los *cómos* de los procedimientos de toma de decisiones. Bajo este enfoque, se hace visible la responsabilidad de los tribunales, así como las bases de su legitimidad en el contexto de los sistemas de protección de los derechos y de la democracia regionales. La validez de su respuesta depende de su capacidad de operar de modo coherente frente a las situaciones novedosas, así como los riesgos y los casos futuros que la ciudadanía latinoamericana deba enfrentar.

V. LA DIMENSIÓN POLÍTICA DE LOS DERECHOS: CONSULTA Y ACCESO A LA JUSTICIA

Los casos de derechos de los pueblos indígenas y tribales tratados por la Corte IDH han puesto énfasis en su condición de desventaja estructural, social, económica y cultural. Es decir, como una población vulnerable. De modo especial se han destacado problemas de discriminación, marginación y pobreza. Sin embargo, en el caso *Yatama vs. Nicaragua* se reconocen específicamente los derechos políticos de las personas y de los pueblos indígenas para participar en forma proporcional en los asuntos públicos según sus tradiciones, usos y costumbres. El resto de los casos fueron juzgados como afectaciones a otro tipo de derechos: propiedad, vida digna, libertad de con-

ciencia y religión, integridad, uso de su idioma, etcétera (Quintana Osuna y Góngora Maas, 2017).

En este apartado retomo una idea de Stavenhagen (2004), para quien la mayor parte de las demandas de las personas y pueblos indígenas no son de redistribución económica o de reconocimiento cultural, sino demandas específicamente políticas. La mayor parte de sus reclamos son asuntos políticos y de derechos. Desde esta perspectiva, en relación con la democracia, los casos de consulta previa a los pueblos indígenas y tribales ganarían una comprensión diferente si se apreciara su dimensión pública: se trata de un mecanismo de acceso a la justicia, y ostenta una cualidad participativa frente al poder, con independencia del contenido de las pretensiones. Se degrada el estatus ciudadano de las personas y pueblos indígenas cuando se asimilan sus derechos políticos para participar en los asuntos que les conciernen, que son derechos-poder constitutivos, con otros derechos, como son la propiedad de sus tierras, que son derechos-inmunidad. Aunque éstos sean bien importantes, admiten ser disfrutados en forma pasiva. En relación con lo dicho, expresa Butler:

Seguramente, el reclamo de tierras robadas es crucial para muchos movimientos indígenas, y sin embargo, es algo diferente a la definición del sujeto como uno que se posee a sí mismo y a su mundo objetivo, y cuyas relaciones con los otros son definidas por la posesión y sus capacidades instrumentales. El movimiento de reclamo de tierra es uno que implica a la gente trabajando junta, reconociendo un modo común de sojuzgamiento... si cierto tipo de movilización política, incluso uno contra la desposesión de tierra, está basado en la idea de una interdependencia social, o en modos de pertenencia que a veces busca sus recursos en la lógica de la soberanía..., esto sugiere que los reclamos de tierra trabajan con y contra las nociones tradicionales de soberanía (2017: 46).

Por lo tanto, si se mira la consulta previa con la perspectiva amplia que se refiere al sistema político, el tema de la democracia es ineludible, porque las consultas se refieren a los derechos de autonomía y autogobierno de los pueblos, bajo el entendimiento de que sus integrantes están subrepresentados y, en este sentido, que quizá hayan tenido menos oportunidades efectivas de hacer escuchar sus voces y visibilizar sus posiciones en un escenario de competencia política regular. Su desventaja como minorías, su insularidad y sus diferencias justifican adicionar un procedimiento de tipo participativo-deliberativo al marco de las democracias representativas. Su objetivo consiste en revisar las normas y las políticas para tomarse en serio las razones expuestas por personas y grupos cuya exclusión se presume des-

de un punto de vista heurístico.¹⁵⁶ Son estas personas y grupos las fuentes detonadoras de la conversación más confiables.

Llama la atención que cuando las personas, los pueblos y las comunidades indígenas hacen una demanda relativa a sus territorios ancestrales, les sean atribuidas casi siempre conexiones “espirituales” con esos territorios. Su cosmovisión e identidades culturales y espirituales son puestas por delante: “Los pueblos indígenas y tribales tienen formas de vida únicas, y su cosmovisión se basa en su estrecha relación con la tierra. Las tierras tradicionalmente utilizadas y ocupadas por ellos son un factor primordial de su vitalidad física, cultural y *espiritual*”.¹⁵⁷ Aunque este tratamiento judicial sea bienintencionado, disimula un menosprecio por las demandas indígenas como son hechas explícitas por los propios pueblos, y que en consecuencia no se toman en serio. Esto ocurre, verbigracia, en *Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua* (Corte IDH, 2001), *Comunidad Indígena Yákye Axa vs. Paraguay* (Corte IDH, 2005b),¹⁵⁸ *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador* (Corte IDH, 2012), y *Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus Miembros vs. Honduras* (Corte IDH, 2015a). En éste se lee: “Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras” (par. 166).¹⁵⁹

Para la Corte IDH, en todos estos casos lo más relevante, en relación con el derecho a la consulta y la consecuente afectación a las propiedades de las comunidades y pueblos es el derecho a la identidad cultural; es decir, la dimensión del reconocimiento —en términos de Fraser—. Pero esto es problemático, porque en la mayoría de los casos las comunidades y pueblos reclaman la protección de sus derechos y libertades fundamentales: no ser

¹⁵⁶ Esta presunción apriorística, pero derrotable, no es para nada irrazonable. Puede ser justificada al menos de dos formas; a partir de los llamados motivos prohibidos de discriminación o categorías sospechosas (sexo, raza, religión); o con base herramientas estadísticas que visibilicen niveles desiguales de bienestar y satisfacción de derechos desagregando por grupos de población para descubrir los patrones de desventaja.

¹⁵⁷ CIDH (2009), *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, 30 de diciembre, par. 1 (énfasis añadido).

¹⁵⁸ “La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus tierras tradicionales y recursos naturales, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural” (par. 135).

¹⁵⁹ Asimismo (Corte IDH, 2001: par 149).

despojados del disfrute, posesión o propiedad de sus territorios. De igual modo, con el derecho a la consulta, desde esta interpretación prodemocrática, se demandan oportunidades efectivas para ejercitar sus derechos políticos de autogobierno y autodeterminación. Así entendida, por tanto, la consulta conecta con el acceso a la justicia como un derecho tipo “llave” para reclamar cualquier derecho, un instrumento clave de la democracia que se propone con miras a maximizar la participación inclusiva igualitaria y la oposición plural de un sector de la población, que de otra manera la tendría vedada.

Clérico y Aldao (2014) han ensayado aplicar la propuesta de Fraser, de pensar la justicia en distintas dimensiones: redistribución económica, reconocimiento cultural y representación política en relación con el sistema interamericano de derechos humanos. Recuérdese que originalmente Fraser planteó la necesidad de complementar la redistribución con el reconocimiento, al tenor de los debates generados por el feminismo y el multiculturalismo, pero más tarde incluyó otra dimensión específicamente política asociándola con la representación en términos de paridad participativa. Esta idea connota que las personas tengan los mismos derechos y oportunidades efectivos en los ámbitos donde se toman las decisiones, de modo que hace relevante el problema del enmarque de las leyes y las políticas públicas: el *quién y cómo* en la hechura de las decisiones.

A diferencia de la idea de Clérico y Aldao de pensar la “igualdad como redistribución/reconocimiento *para lograr* paridad participativa” (2014: 221), aquí se considera que el acceso a la justicia ante la Corte IDH, con ciertos favores procesales y hermenéuticos para los grupos desaventajados, debe ser comprendido *per se* como un instrumento democrático, no *contra*-democrático. Es decir, se debe pensar la consulta previa como un mecanismo de paridad participativa que se justifica como cuestión que es al mismo tiempo redistributiva (por tratar de grupos pobres y marginales) y de reconocimiento (por su distinta identidad cultural frente a la sociedad hegemónica). Pero no es que redistribución y reconocimiento sean medios previos para lograr la igualdad participativa, *sino lo contrario*: un régimen constitucional debe garantizar condiciones equitativas para que todas las personas puedan participar efectivamente siempre aquí y ahora.

El problema de la participación de las personas y grupos vulnerables aparenta vicios de circularidad:

La clave para la reconstrucción del principio de igualdad es, entonces, desde esta perspectiva, la *participación* que incluye a la vez las demandas de redistribución y de reconocimiento. Nadie puede participar de una argumentación

mientras se encuentre privado de condiciones de existencia digna (redistribución), o bien, cuando ni siquiera sea considerado un interlocutor válido (reconocimiento). Por otro lado, *ninguna concreción del principio de igualdad puede ser considerada válida de modo definitivo, en un contexto democrático, sin la participación de aquellos que se encuentran en la situación concreta de disparidad*, como es el caso, en el contexto interamericano, de los pueblos o comunidades indígenas (Clérico y Aldao, 2014: 235-236).

Sin embargo, con independencia de la vulnerabilidad de las personas y de los déficits participativos que se les puedan imputar, no se debe nunca prescindir de lo que cada quien tenga que decir sobre las decisiones que le afectan. La perspectiva única de cada individuo en el mundo nadie la puede ocupar ni sustituir; de esto trata la dignidad humana como estatus. En consecuencia, “el debate democrático no debe ser un debate «sobre» los ciudadanos, sino un debate «con» ellos” (Clérico y Aldao, 2014: 261). Hay que tener en cuenta sus voces y no solamente interpretar sus intereses.

Tanto la Corte como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos observan que la desigualdad entre las partes en un proceso determina el deber de los Estados, de adoptar las medidas necesarias para retirar los obstáculos al ejercicio de los derechos. Proponen en materia de acceso a la justicia el “principio de igualdad de armas” como un elemento constitutivo del debido proceso. El acceso a la justicia como derecho con una dimensión político-democrática se traduce en un poder de la ciudadanía en una connotación incluyente que toma en consideración a personas y pueblos indígenas. La Corte ha asumido esta interpretación novedosa en *Pueblos Kalina y Lokono vs. Surinam*:

Al respecto, la Corte recuerda que el artículo 23 de la Convención Americana dispone el deber de gozar de los derechos y oportunidades “de participar en la dirección de los asuntos públicos...”. En este sentido, la participación en la conservación del medio ambiente para las comunidades indígenas resulta no sólo en un asunto de interés público sino parte del ejercicio de su derecho como pueblos indígenas a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afectan sus derechos, de conformidad con sus procedimientos e instituciones (Corte IDH, 2015b: 196).

Lo relevante de esta sentencia respecto de otras anteriores sobre estos temas es el vínculo que la Corte IDH estipula entre el derecho de propiedad colectiva, la consulta y los derechos políticos del artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Que las personas, pueblos y comunidades indígenas no cuenten con medios de control sobre sus terri-

torios viola sus derechos de propiedad, identidad cultural, pero también sus derechos políticos.

El sentido de la sentencia es original, porque en un asunto anterior, *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador* (Corte IDH, 2012), pese a que la Comisión IDH y los representantes alegaron también una violación al artículo 23 de la Convención e indicaron como punto relevante el “control democrático de la gestión estatal respecto de las actividades de exploración y explotación de los recursos naturales en el territorio de las comunidades indígenas, un asunto evidente de interés público”; no obstante se acotó la decisión a violaciones relativas a la propiedad comunal, a la consulta y a la identidad cultural, y no se pronunció sobre la violación de los derechos políticos.

Por lo tanto, *Kaliña y Lokono vs. Surinam* abre una vía fértil para interpretar en el futuro este tipo de casos de consulta previa con un enfoque de derechos políticos, que sería coherente con la concepción de constitucionalismo que este texto defiende. La poliarquía de Dahl proyecta dos principios que destacan en esta interpretación de la Corte IDH: la participación de todas las personas y grupos, que expresa la dimensión igualitaria, y las garantías a la oposición, incluida la más radical: disidencia, desobediencia, resistencia al derecho y protesta social, que expresan su dimensión liberal.

Bajo esta perspectiva, en virtud de la normas de interpretación señaladas por el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, de emplear una hermenéutica integral que no excluya derechos y garantías que derivan de la forma representativa de gobierno, conviene hacer explícita la responsabilidad política de la Corte IDH, con independencia de la materia de las demandas; más allá de que éstas puedan o no referirse estrictamente a derechos políticos, porque todos los derechos poseen una dimensión política que se revela a modo de ilustración en los casos analizados en el acceso a la justicia como un derecho de participación que exige respuesta de parte de las autoridades estatales. A lo largo del texto se ha llamado la atención sobre las condiciones de desventaja estructural de determinadas personas. Esto no significa que los principios democráticos importen exclusivamente para los peor situados. No obstante, su condición permite orientar con más claridad en casos prácticos el sentido de los ideales de participación y oposición.

En las relaciones entre Estados y tribunales internacionales hay que tener presente que los sistemas de protección de los derechos y del régimen democrático se echan a andar en momentos de conflictos y desarreglos. Por ende, parece mejor como estrategia hacer visibles las posiciones de los agentes para evaluar sus capacidades de participar, transmitir sus demandas

y recibir una respuesta justificada. El derecho de acceso a la justicia confiere a las personas un estatus público libre e igual.

Por otra parte, la ruta de mirar conjuntamente derechos y democracia conduce a leer la infinidad de reclamos en la esfera pública como expresión del pluralismo social y, en este sentido, a juzgarlos con un propósito deliberado de inclusión y acomodo en la mayor medida posible, por extravagantes que dichos reclamos parezcan a primera vista. De modo especial se deben proteger las voces opositoras, las críticas de quienes disienten o son afectados por las normas y las políticas públicas, y de quienes han estado excluidos de la vida pública. Tal vez sean necesarios ejercicios de traducción intercultural en los casos de pueblos indígenas, o ajustes procesales, como la redistribución de cargas probatorias a favor de determinadas posiciones, ajustando los procedimientos razonablemente para equiparar las oportunidades de las partes —la igualdad de armas que connotaría el valor equitativo de las libertades políticas según Rawls—. En esto consistiría la dimensión política de la libertad como horizonte hermenéutico de los jueces.

De todos modos, esta propuesta de pautas interpretativas de la democracia y de los derechos humanos no es la única plausible, y puede convivir con otras en paralelo. Su finalidad y sus alcances prácticos son bien específicos: tiene que ver con comprender la responsabilidad política de la judicatura en la tarea de apuntalar el régimen constitucional favoreciendo los valores de autonomía y autogobierno. De acuerdo con lo visto, dichos valores aterrizan institucionalmente en los principios de participación igualitaria y oposición libre. Habrá un sinnúmero de asuntos que no tengan que ver con el régimen político de manera directa; sin embargo, todos implican una elemental capacidad de participación de los sujetos para dirigir sus demandas a los tribunales avivando la conversación democrática.

Una noción democráticamente orientada de la actividad judicial internacional según Bogdandy y Venzke implica, para ganar legitimidad, que el último anclaje deben ser los individuos cuya libertad está afectada por la decisión judicial, aunque sea indirectamente. En consonancia con el proyecto cosmopolita y reflexivo de Kant, señalan: “Tal fórmula podría ser leída en el sentido de estar dirigida a sus ciudadanos en sus diversos roles: como ciudadanos de un Estado, como ciudadanos de la Unión, como ciudadanos del mundo” (Bogdandy y Venzke, 2016: 332).