
Derechos sociales y concepciones de la democracia¹

Leticia Morales*

Resumen

Justificar los derechos sociales y su alcance desde lo que exige la justicia social presenta problemas de indeterminación de su contenido en las circunstancias de la política. Estas refieren a la necesidad de adoptar decisiones colectivas sobre cuestiones socio-económicas en un marco de desacuerdos profundos y persistentes entre los miembros de la sociedad. Dado que es necesario adoptar decisiones políticas respecto de la distribución de cargas y beneficios, pero disentimos sobre cuál es el criterio más justo para hacerlo, parece que imponer condiciones sustanciales que procuran atrincherar un conjunto de principios de justicia social nos lleva a un punto muerto. En este trabajo propongo pensar la cuestión de la fundamentación de los derechos sociales desde una perspectiva alternativa, la de la legitimidad procedimental. Para ello, primero introduciré el plano de justificación de los derechos como exigencias de la democracia y la consideración común de que su reconocimiento y protección impone ciertas restricciones al procedimiento democrático. Pese a que muchos de los teóricos comparten esta aproximación, se asumen diferentes concepciones de la democracia y de lo que ésta exige. Analizaré tres concepciones distintas de la democracia extensamente discutidas en filosofía política contemporánea: la concepción sustancialista de Ronald Dworkin; la concepción moderada de los límites a la autoridad democrática de Thomas Christiano; y la concepción procedimental de Jeremy Waldron. Este análisis me servirá para concluir que tenemos razones para adoptar una concepción procedimental de la democracia para fundamentar los derechos sociales, cuando aquella incorpora la noción de participación política efectiva y un estándar de no exclusión.

Palabras clave: derechos sociales, democracia, legitimidad, participación política.

* PhD en Derecho (Universidad Pompeu Fabra-Barcelona).

1 Este artículo está basado en el capítulo VII de mi trabajo: Morales (2015).

Abstract

Justifying social rights from the perspective of social justice presents problems of indeterminacy given the circumstances of politics. This refers to the need to adopt collective decisions on socio-economic issues against a context of deep and persistent disagreements among the members of a polity. Since it is both necessary to adopt political decisions on the distribution of burdens and benefits but we disagree about the criterion to guide us in this, imposing substantial conditions that entrench a set of principles of social justice leads to a dead end. In this article I propose to rethink the justification of social rights from an alternative approach, namely that of procedural legitimacy. I first outline the justification of rights as democratic demands, according to which the recognition and protection of rights imposes restrictions on the democratic process. I analyse three different conceptions of democracy widely discussed in contemporary political philosophy: the substantial conception of Ronald Dworkin; the moderate conception of Thomas Christiano; and the procedural conception of Jeremy Waldron. I conclude that we have reasons to adopt a procedural conception of democracy in support of social rights, which incorporates the notion of effective political participation and a standard of inclusiveness.

148

Key words: social rights, democracy, legitimacy, political participation

1. Introducción: La protección de los derechos en democracia

Con el propósito común de posibilitar la convivencia entre las personas a través de la coordinación y la cooperación social, las sociedades se organizan de distintas maneras mediante sistemas de reglas. Estas reglas son obligatorias, dado que requieren que las personas se comporten de acuerdo con ellas o, de lo contrario, se les imponen de modo coactivo. En este sentido tales reglas limitan o condicionan las vidas de las personas.² En tanto las reglas se aplican coercitivamente a todas ellas, se tornan vitales las siguientes cuestiones: quién debe elegir los términos de asociación, i.e., la cuestión de la autoridad para dictar las reglas; cómo se deben adoptar las decisiones colectivas, i.e., la cuestión de la legitimidad del procedimiento de toma de decisiones; y qué tan bien debe estar organizada esa sociedad, i.e., la cuestión de la justicia de las decisiones adoptadas.³

Estas tres cuestiones están conectadas cuando pensamos qué es la democracia en las sociedades contemporáneas. Casi todas las personas comparten la creencia de que la democracia es el mejor sistema de organización política. En este sentido, se acuerda que la democracia, en una noción mínima, es un procedimiento de toma de decisiones políticas colectivas en el que ninguno de los miembros de la comunidad política debe estar excluido de participar.⁴ De allí que se entiende que el pueblo, o su órgano representativo, está embestido de la autoridad para adoptar tales decisiones, lo cual representaría el ideal del autogobierno. Asimismo, se interpreta que la idea de participación de todos los miembros de la comunidad política, en forma directa o por medio de sus representantes, significa una razón para aceptar la autoridad de la asamblea democrática y la legitimidad de las decisiones que ésta adopte.

Del mismo modo, se comparte un rechazo profundo de otras formas de organización política como las del absolutismo o de la oligarquía en las cuales una persona o un grupo se erigen como autoridad para establecer los términos de organización política, sin que el resto de las personas tenga la oportunidad de participar.⁵

No obstante, esa creencia mínima compartida respecto de las razones para adoptar una democracia como respuesta a las cuestiones de la autoridad política, de la legitimidad del procedimiento de toma de decisiones y de la justicia del contenido de aquellas, se patrocina diferentes y, muchas veces rivales, concepciones de la

2 Véase, entre otros, Hart (1998: 8-13).

3 Véase, entre otros, Christiano (1996: 1-2); Bayón (2004: 67-138); Martí (2005: 261); Estlund (2008: 2).

4 Esto último es usualmente expresado con la noción de igualdad política formal a través del principio "una persona un voto". Sin embargo, la formulación de este es compatible con regímenes políticos en los que se excluye del electorado a los esclavos, las mujeres, o los que carecen de propiedad, entre otros. Elster (1988: 1-17).

5 Véase Christiano (1996).

democracia. Así, la democracia representará diversas cosas con relación a cómo ejercer esa autoridad, respecto de qué ámbitos, y si se justifican otras fuentes de autoridad además de la emanada del pueblo o del órgano que lo representa para controlar las decisiones que éste adopta.

Tradicionalmente, se han ofrecido dos tipos de estrategias argumentativas significativamente distintas para justificar la superioridad de la democracia como procedimiento de toma de decisiones colectivas.⁶ Por un lado, se afirma que la democracia tiene valor instrumental, en tanto que mediante el procedimiento democrático se tiende a elegir con mayor probabilidad algún resultado que se considera valioso o correcto (por ejemplo, los mejores términos de asociación para el cuerpo político, la preservación de la paz social o el aseguramiento de una distribución social y económica justa). Por el otro lado, se sostiene que la democracia se justifica intrínsecamente, porque personifica uno o más valores políticos preferentes (por ejemplo, la libertad, la autonomía, o la igualdad política o moral), sobre los que se fundamenta, con independencia del valor de los resultados que se obtengan. Mientras que en el primer supuesto se dispone de criterios independientes del procedimiento democrático para evaluar las decisiones que se adoptan mediante aquél, en el segundo supuesto se dispone de criterios para evaluar el propio procedimiento democrático que serían independientes de la corrección de los resultados que se adopten.

150

Es habitual también la afirmación de que el aseguramiento de esos valores, sea que justifiquen el procedimiento democrático en sí mismo o como medio para la obtención de resultados valiosos, requieren el respeto de ciertos derechos fundamentales (si bien no hay acuerdo sobre cuáles son esos derechos ni sobre su extensión). Como consecuencia, para muchos teóricos el establecimiento y protección constitucional de derechos fundamentales sería un mecanismo institucional necesario para la realización de los valores que fundamentan la democracia.⁷

Sin embargo, el ideal de la autoridad democrática representada por el autogobierno y el ideal de la protección constitucional de ciertos derechos fundamentales de los miembros que se gobiernan a sí mismos, si bien son mecanismos institucionales concebidos como ideales para proteger los valores democráticos, se encuentran en tensión.⁸ Los derechos representan límites a la adopción de decisiones mediante el procedimiento democrático pero, a la vez, son necesarios para la supervivencia de la democracia. La justificación de ciertos derechos (y de su alcance) como límites al autogobierno (o al gobierno representativo), y lo que su protección requiere, es la

6 Véase Christiano (2008).

7 Véase, entre otros, Garzón Valdés, Ernesto (2000). "El consenso democrático: fundamento y límites del papel de las minorías", *Isonomía* 12, 7-34.

8 Cfr. Bayón (op. cit.: 13-14, 20).

clave de la discusión teórica en torno a las distintas concepciones de la democracia.

Al respecto, se han propuesto diferentes maneras de calificar las concepciones de la democracia.⁹ Para los fines de este trabajo, entiendo por un enfoque primordialmente sustancialista aquel que concibe a la democracia como un sistema político en el que las decisiones que se obtienen a través de un procedimiento político participativo son consideradas valiosas por la justicia de su contenido en tanto se resguardan ciertos requisitos sustanciales.

Por enfoque primordialmente procedimental de la democracia, en cambio, entiendo aquella perspectiva según la cual se caracteriza a la democracia como un procedimiento para adoptar decisiones políticas colectivas en el cual las preferencias de las personas se conectan formalmente con el resultado contando cada una de modo igual.¹⁰ Este tipo de enfoque pondría el acento en quién y cómo deben adoptarse las decisiones para ser consideradas legítimas en tanto que se sostiene que existen discrepancias profundas acerca de cuáles son las decisiones justas que deberían organizar el desarrollo de la sociedad, incluida la distribución de sus cargas y beneficios.

Procederé con la asunción de que la democracia es un ideal político importante que debe ser preservado.¹¹ A pesar de que muchos de los teóricos comparten la perspectiva de justificación de los derechos como exigencias de la democracia y la consideración común de que el reconocimiento y protección de aquellos impone ciertas restricciones al procedimiento democrático, se asumen diferentes concepciones de la democracia y de lo que ésta exige, así como también se justifican distintos diseños institucionales para su protección. A continuación analizaré tres concepciones distintas de la democracia extensamente discutidas en filosofía política contemporánea: en la sección 2 me ocuparé de la concepción sustancialista defendida por Ronald Dworkin; en la sección 3 examinaré la concepción moderada de los límites a la autoridad democrática defendida por Thomas Christiano; y en la sección 4 analizaré la concepción procedimental defendida por Jeremy Waldron.

151

9 Los extremos representados por un procedimentalismo sin restricciones sustantivas y por un sustancialismo sin restricciones procedimentales encarnan posiciones inadmisibles de la propia defensa de la democracia, como procedimiento de toma de decisiones mínimamente valioso que ha de perdurar en el tiempo para guiar la conducta de los individuos en sociedad. Por lo tanto, tales posiciones radicales no son modelos plausibles de democracia y no me ocuparé de ellos. Véase Morales (op. cit.: 239-240).

10 Cfr. Barry (1989: 24-60).

11 No es un objetivo de este trabajo examinar en forma exhaustiva las distintas concepciones de la democracia que se disputan el mérito de ofrecer la mejor justificación del sistema político democrático. Por ello, otras presentaciones alternativas del mismo (como la democracia deliberativa o la democracia epistémica), a pesar de reconocerse su importancia, no serán consideradas en este trabajo. Basta, para el objetivo que justifica este estudio de las principales formas de concebir la democracia, advertir que el deliberativo y el epistémico son modelos normativos de la democracia que adoptan o bien una perspectiva procedimental, o bien una perspectiva sustancialista.

Este análisis me servirá para sostener como conclusión, en la sección 5, que tenemos razones para adoptar una concepción procedimental de la democracia para fundamentar los derechos sociales siempre que aquella incorpore la noción de participación política efectiva y un estándar de no exclusión.

2. La concepción sustancialista de Ronald Dworkin

2.1. La igual consideración y respeto como virtud soberana

Una de las teorías clásicamente consideradas dentro del grupo de las concepciones orientadas hacia el resultado, y aquí adoptada como un tipo paradigmático de concepción sustancialista de la democracia, es la propuesta de democracia constitucional formulada por Ronald Dworkin.¹² Esta concepción presupone un contenido moral robusto en forma de derechos y reglas que aseguran lo que el autor considera las condiciones de la democracia. De acuerdo con Dworkin, cada modelo debe ser evaluado por sus resultados en proteger y promocionar los derechos fundamentales. Así, “la mejor estructura institucional es aquella mejor diseñada para producir las mejores respuestas a la cuestión esencialmente moral de cuáles son en realidad las condiciones democráticas, y para asegurar la conformidad estable con esas condiciones” (1996: 34).

152

Para Dworkin, la mejor forma de entender la democracia es concebirla como un método político para la adopción de decisiones colectivas, empleado por instituciones políticas “cuya estructura, composición y prácticas tratan a todos los miembros de la comunidad, en tanto individuos, con igual consideración y respeto” (1996: 17). La igualdad en la consideración y respeto de todas las personas es el criterio de corrección para evaluar la justicia de esas decisiones colectivas.

Las condiciones de la membresía moral en una comunidad política y, por lo tanto, de esta concepción constitucional de la democracia son de dos tipos: a) un conjunto estructural, que se refiere a las condiciones que describen cómo debería ser la comunidad si ha de contar como una comunidad política genuina; y b) un conjunto relacional, que se refiere a las condiciones que describen cómo deben ser tratados los individuos por esa comunidad (i.e., el respeto de sus derechos fundamentales) en tanto miembros morales de la misma.¹³ En este sentido, cada miembro de la comunidad política debe tener, primero, la posibilidad de hacer una

12 Véase Dworkin (1990: 332; 1996: 20; 2000; 2011). También denominada “democracia comunal” o “democracia asociativa” (*communal democracy o partnership conception of democracy*). La caracterización de la tesis de Dworkin como (primordialmente) sustancialista se apoya en su teoría jurídico-política general.

13 Cfr. Dworkin (1986: 176 y ss.; 1996: 24-26; 1990: 324).

diferencia en las decisiones políticas; segundo, la misma consideración por sus intereses como por los de los demás (i.e., las decisiones políticas que se refieran a la distribución de riqueza, beneficios y cargas han de ser consistentes con una igual preocupación por todos); y finalmente, independencia moral (Dworkin, 1986: 195-292; 1996: 25-26).¹⁴ Estas son las condiciones democráticas que, para Dworkin, una concepción constitucional de la democracia presupone, y que significan una ventaja moral respecto de las concepciones procedimentales de la democracia en tanto estas no las satisfacen.

La respuesta a cuál es la mejor interpretación de la democracia entonces, según este autor, está en la concepción comunal de la acción colectiva. Dworkin precisa que “la acción colectiva es comunal, [...] cuando presupone una agencia especial, distintiva, colectiva. Se trata de los individuos actuando juntos de una manera que fusiona sus acciones separadas en un acto posterior, unificado, que es de ellos” (1996: 20). Bajo esta lectura, la democracia comunal “requiere que cada uno de los ciudadanos esté en posición de hacer una diferencia, y también requiere que su poder para hacer la diferencia no esté limitado, *vis a vis* el poder de los otros, por estructuras o regulaciones que en sí mismas niegan el igual respeto” (Dworkin, 1990: 338). Esta posición se traduciría, para Dworkin, en el mejor enfoque del valor de la democracia, donde las decisiones políticas de la asamblea democrática estarían sometidas al control judicial de constitucionalidad.

153

De este modo, Dworkin trata de mostrar que su concepción de la democracia es una mejor interpretación que la propuesta por una concepción procedimentalista. Una concepción mayoritaria de la democracia, como Dworkin la denomina, funcionaría en la forma de una “acción colectiva estadística” (*statistical collective action*), donde bastaría que las decisiones políticas se adopten a través de una votación mayoritaria. Según el autor, desde esta segunda posición, lo que el conjunto de individuos hace no es más que el despliegue de alguna función individual de cada uno de los sujetos del grupo, pero de ninguna manera se obtiene un resultado que pueda asignársele al grupo en su conjunto. En cambio, bajo la lectura comunal o asociativa las decisiones políticas en una democracia serían alcanzadas por una entidad distintiva, “el pueblo como tal” (1986: 330).¹⁵

El principal problema que denuncia Dworkin respecto del enfoque de la democracia procedimental es que su ideal de igual poder político sería “implausible y artificial” (1990: 335), si bien reconoce que tiene sus méritos, tales como explicar

14 En “Equality, Democracy and the Constitution”, Dworkin se refiere a los principios de participación, de interés y de independencia. Estos proveen a los ciudadanos individualmente considerados con “una parte en lo colectivo [instituciones políticas], un interés en ello, y la independencia de aquello” (337, énfasis en el original).

15 Dworkin (2000: 363). Énfasis en el original.

la intuición de que la democracia es uno entre otros ideales políticos y, mediante la no equivalencia con la justicia, que en un régimen democrático se pueden producir resultados injustos.

Además, Dworkin distingue entre tres sentidos diferentes del ideal de la igualdad política. En primer lugar, como igualdad de influencia significa que el poder político es distribuido entre los ciudadanos de una manera que todos tengan la misma influencia sobre las decisiones políticas. En segundo lugar, como igualdad de impacto significa que la opinión de cada ciudadano tendrá el mismo peso en las decisiones políticas desde un punto de vista formal, esto es, la igual participación política mediante el principio “una persona un voto”. Por influencia, el autor entiende la capacidad de una persona de persuadir a otros a unirse a su propia opinión; mientras que el impacto de una persona está limitado a la diferencia que esta puede lograr por sí misma votando por una decisión antes que por otra. El argumento de Dworkin consiste en mostrar que estas dos lecturas de la igualdad política no son aceptables, por lo que debería interpretarse el ideal no como una cuestión del poder político de los ciudadanos. Por ello, en tercer lugar, su propuesta consiste en que la igualdad política debe entenderse como parte del estatus político de cada ciudadano, que exige la igualdad de su consideración y respeto. En esta tercera acepción, que el autor defiende como la más adecuada para entender el valor de la democracia, la igualdad política no significaría necesariamente una igualdad en la división del poder político, sino un compromiso con la dignidad de los individuos.¹⁶

154

La impugnación de la interpretación de la igualdad política como igualdad de influencia entre los ciudadanos, según Dworkin, por irreal y carente de atractivo para una sociedad democrática, se fundamenta en que en democracia lejos de considerarse un defecto se celebraría la diversidad de carisma y capacidad de influencia de algunas personas en las opiniones políticas de las demás.

El autor también rechaza la lectura de la igualdad política como igualdad de impacto, cuya defensa atribuye a las concepciones procedimentales de la democracia (Dworkin, 1987: 16; 2011: 388-390). Según esta interpretación, la igualdad política solo requiere contar cabezas en la votación de las decisiones políticas, es decir, que la democracia requeriría únicamente el sufragio universal y la regla de la mayoría, pero dejaría fuera otros derechos y libertades políticas (como las libertades de expresión y asociación) que, sostiene Dworkin, habitualmente asumimos como centrales de la democracia.¹⁷ Esta sería una lectura deficiente de la democracia, afirma Dworkin, porque el impacto entre ciudadanos medido por la asignación a cada uno de un mismo voto puede ser igual y, sin embargo, ser insuficiente como expresión de la igualdad política necesaria en democracia. Ello porque podría ocurrir

16 Cfr. Dworkin (2011: 388-390).

17 Cfr. Dworkin (2000: 193).

que a uno se le negara el derecho a expresar públicamente sus opiniones políticas (por ejemplo, mediante una censura política), mientras que a otro le estuviera permitida la libre expresión.

Así, para este autor, la democracia es mejor defendida si se concibe la igualdad política como la única forma en que se trata a todos los ciudadanos con igual consideración y respeto. Al mismo tiempo niega el valor intrínseco del principio de “una persona un voto” y, en cambio, justifica en algunas circunstancias, cuando se apela a la protección de la dignidad de los individuos, una distribución desigual del impacto político.¹⁸

La justificación de la distinta asignación de impacto político entre los ciudadanos, según Dworkin, requiere la satisfacción de dos condiciones. Por un lado, que no se asuma que algunas personas, por nacimiento, tienen el derecho de gobernar sobre el resto. Por el otro lado, que sea posible asumir que los acuerdos constitucionales que generan la diferencia en el impacto mejoran la legitimidad de la sociedad. Así, desde la concepción dworkiniana se fundamenta la autoridad de la asamblea en la medida en que se encuentra mejor situada para proteger los derechos fundamentales de los individuos de cambios peligrosos en la opinión pública. Sin embargo, también se justifica el control judicial de constitucionalidad si es posible que con su intervención se mejore la legitimidad democrática global, a pesar de la disparidad del impacto político de esta institución. Y esta segunda condición sería satisfecha por los jueces constitucionales cuando protegen las libertades de los ciudadanos y la distribución equitativa de recursos y oportunidades.¹⁹ En otras palabras, el poder judicial que ejerce el control de constitucionalidad, bajo la concepción dworkiniana de la democracia, tiene autoridad democrática sobre el órgano legislativo representativo para controlar que las decisiones políticas de éste no violen la dignidad de los miembros de la comunidad.

155

2.2. Los problemas de la concepción sustancialista

Una concepción sustancialista de la democracia como la propuesta dworkiniana, que restringe severamente la esfera de los resultados que pueden ser obtenidos a través de un procedimiento democrático, es pasible de recurrentes críticas. Me limitaré a reseñar a continuación aquellas objeciones que considero significativas para mi propósito. No obstante, en líneas generales, podrían verse las siguientes críticas como problemas familiares a la defensa de las concepciones sustancialistas de la democracia.

En primer lugar, como el propio Dworkin admite, este modo de entender la democracia no podría dar cuenta de una intuición común: que los sistemas políticos,

18 Cfr. Dworkin (2011: 391-392).

19 Cfr. Dworkin (2011: 392-398).

no obstante ser democráticos, muchas veces toman decisiones injustas.²⁰ Si se subordina la legitimidad del procedimiento a la justicia de sus resultados, llevando el razonamiento al extremo, ningún sistema político que adoptara decisiones que, desde cierta concepción de la justicia se estimaran incorrectas, podría ser considerado un régimen democrático. Bajo esta caracterización de la democracia, difícilmente algún Estado –ni siquiera los habitualmente calificados como democracias maduras o avanzadas– podría ser distinguido como tal.

En segundo lugar, la sugerencia de Dworkin de que la democracia procedimental asume la defensa de la igualdad política entendida como igualdad de voto y elecciones políticas frecuentes (i.e., la igualdad de impacto entre los ciudadanos) parece injustificada. Los partidarios de una concepción procedimental de la democracia no necesitan sostener que todo lo requerido para caracterizar a un procedimiento como democrático sea la protección del sufragio universal cada cierto número de años. Desde una perspectiva procedimental de la democracia es posible afirmar de manera coherente que se deberían asegurar ciertas condiciones del propio procedimiento como, por ejemplo, los derechos a la libertad de expresión y de asociación, además del derecho de participación en términos de igualdad formal.²¹

156 En tercer lugar, desde una perspectiva sustancialista de la democracia como la dworkiniana se defiende la elección de aquel procedimiento de decisiones que con mayor probabilidad responda de manera correcta a la pregunta sobre cuáles son los derechos que tienen las personas (y con qué alcance) y qué decisiones políticas mejor los protegen. De este modo, se presupone que los derechos tienen un contenido que puede ser identificado con cierta objetividad, como ese límite claro que los legisladores están llamados a proteger. Pero, de acuerdo con Waldron, por ejemplo, presuponer que hay una respuesta verdadera sobre el contenido de los derechos que tienen las personas significaría asumir desde el inicio la posibilidad de acuerdos entre aquellas sobre cuáles son sus derechos y cuáles son las decisiones políticas que los protegen de la mejor manera y ello, según Waldron, importa no tomarse en serio el problema de los desacuerdos.²² La existencia de estos desacuerdos en las sociedades contemporáneas, y las dificultades que estos presentan para la justificación de los derechos sociales desde la justicia social, es uno de los grandes desafíos a la filosofía política. Sin embargo, como afirma Waldron, las concepciones que hacen depender la legitimidad del procedimiento en la justicia de las decisiones políticas enfrentan este importante problema, y es que “precisamente los desacuerdos sobre la bondad de dichos resultados es la razón por la que necesitamos establecer y reconocer una autoridad” (2005: 292).

20 Cfr. Dworkin (1990: 339); véase también este tipo de crítica en Fabre (2000: 114).

21 Véase Dahl (1992); Gutmann y Thompson (1996: 33); Fabre (*op. cit.*: 116).

22 Cfr. Waldron (2005: 302-303).

En cuarto y último lugar, la asunción de la defensa de un modelo de democracia constitucional vinculado a la justificación de un control robusto de constitucionalidad resulta problemática.²³ Desde el sustancialismo se suele asumir que ambos mecanismos institucionales conviven armónicamente en tanto que el segundo se justifica como mecanismo de revisión de que las decisiones del órgano legislativo no violen los límites constitucionales establecidos en la forma de los derechos fundamentales. Esta ha sido la posición tradicionalmente sostenida por Dworkin.²⁴ Sin embargo, esa convicción de una convivencia en armonía entre dos principios esenciales es algo que, posiblemente, genera mayor oposición por parte de los partidarios de las concepciones procedimentales de la democracia.

Desde las concepciones sustancialistas, como la propuesta de democracia constitucional de Dworkin, se suele afirmar que son las propias consideraciones democráticas las que apoyan una intervención robusta de los jueces en el control de la constitucionalidad de las decisiones políticas.²⁵ Las instituciones democráticas, según este enfoque, deberían tratar a todos los miembros del cuerpo político de acuerdo a determinados criterios sustanciales, como el de la “igual consideración y respeto” en la teoría dworkiniana, que se traducirían en la exigencia institucional de protección constitucional de ciertos derechos fundamentales. El inconveniente con este diseño institucional, como indica Bayón, es que no hay acuerdo sobre qué derechos y con qué extensión deberían ser establecidos en la Constitución.²⁶ El recurso al establecimiento de criterios abstractos en la constitución como forma de alcanzar mayor acuerdo no parecería superar el problema, porque si bien se podría alcanzar un acuerdo sobre los principios constitucionales, la controversia reaparecería a la hora de su interpretación.²⁷

De allí que defender el control robusto de constitucionalidad en el esclarecimiento de la mejor decisión sobre cuestiones sustanciales, por encima de la decisión que el órgano legislativo haya adoptado, genera problemas de justificación. Frente al hecho del pluralismo político y moral, las cuestiones sobre la justicia de los resultados estarían sujetas a los desacuerdos persistentes que surgen como consecuencia. Entonces, cuáles son las decisiones que se pueden adoptar, y cuáles no, es la cuestión clave de la propuesta sustancialista de la democracia; en cambio, la cuestión de cómo se han de tomar las decisiones queda subordinada a aquella. Es decir, para el sustancialismo, el procedimiento democrático de toma de decisiones, así como

23 Cfr. por todos, Bayón (*op. cit.*: 8-9).

24 Cfr. Dworkin (1990: 344). Pero véase el cambio de énfasis en Dworkin (2011: 395-398), donde matiza la defensa del control judicial de constitucionalidad, sujetándola a que esta institución mejore la legitimidad democrática global.

25 Cfr. Dworkin (1990). Véase Bayón (*op. cit.*: 10).

26 Cfr. Bayón (*op. cit.*: 28).

27 Cfr. Gutmann y Thompson (*op. cit.*: 35).

el control de constitucionalidad, son mecanismos institucionales eficaces según la aptitud superior o inferior de cada uno para realizar los valores de justicia. Sin embargo, cuál de los dos mecanismos sea más o menos apto para asumir esa tarea, o su compatibilidad, frente al hecho de los desacuerdos, afirma Richard Bellamy, debería depender de propiedades intrínsecas de cada procedimiento.²⁸ Lo que no se podría, según subraya este autor, sin caer en una petición de principio, es afirmar que uno de los dos está mejor situado para producir resultados correctos, cuando la corrección o incorrección de los resultados es la cuestión controvertida.²⁹

En suma, una concepción sustancialista de la democracia como la de Dworkin no daría una respuesta satisfactoria al problema de qué decisiones sobre las cuestiones socio-económicas, y por qué deberían excluirse de manera legítima a la autoridad del órgano legislativo en las circunstancias de la política. En la medida en que desde esta perspectiva se señale que mediante la exigencia de constreñir los procedimientos democráticos de toma de decisiones a través de un diseño constitucional que proteja ciertos derechos sociales se pretende eludir la tensión entre democracia y derechos, el sustancialismo dworkiniano representaría a la democracia de una manera inadecuada.

3. El procedimentalismo moderado de Thomas Christiano

158

3.1. La realización de la igualdad pública

La concepción de la autoridad democrática propuesta por Thomas Christiano (2008) se presenta como una mejor justificación de la democracia frente a los problemas que acosan al enfoque previo.³⁰ De acuerdo con el autor, la suya sería una *concepción procedimental moderada* de la democracia. Esta posición procura justificar la autoridad democrática en la realización de la igualdad pública limitada por un estándar mínimo de resultados, en un intento por alcanzar un balance entre el valor intrínseco del procedimiento y su valor instrumental. Examinaré a continuación cómo fundamenta Christiano dicho balance.

En la teoría de la democracia como autoridad, el procedimiento democrático se fundamenta en la realización de la igualdad pública en la toma de decisiones colectivas de una sociedad política. Para Christiano, cada persona tiene una serie

28 Cfr. Bellamy (2007: 93).

29 Véase el reconocimiento de esta cuestión. en Dworkin (2011: 395-398).

30 Para una visión completa de esta concepción de la democracia como autoridad, véase también Christiano (1996).

de intereses fundamentales en el ámbito político,³¹ cuya importancia es tal que justifica que los términos más básicos de asociación política se cimienten en “un punto de partida igualitario” y que todas las controversias políticas sean decididas dentro del marco regulado por la igualdad pública.

El principio básico de igualdad pública, según Christiano, significa que cada persona debería percibir que es tratada públicamente de igual modo en el procedimiento. Pero cómo, se pregunta el autor, entre todos los desacuerdos persistentes en las sociedades actuales, puede esperarse la convergencia en un modo de estructurar una comunidad política en la cual cada persona se perciba como tratada de igual modo (2008: 4).³²

La respuesta, desde su concepción, es que el foro democrático es el lugar donde deben debatirse las cuestiones sustanciales de justicia entre iguales. De allí que las instituciones democráticas, en tanto realizan la igualdad política pública, serían intrínsecamente valiosas. La democracia, según Christiano, no es únicamente un método deseable para adoptar las decisiones políticas, sino que es el método dotado de autoridad sobre un extenso conjunto de cuestiones.

Ahora bien, dado el hecho de los desacuerdos persistentes, el autor subraya que será inevitable que el proceso democrático genere decisiones políticas cuyo contenido algunos ciudadanos lo encuentren injusto. Ante la existencia de tales desacuerdos sobre lo que exige la justicia social y sobre qué decisiones políticas son deseables, Christiano sostiene que la toma democrática de decisiones es el único procedimiento mediante el cual se adoptan decisiones políticas colectivas que consideran a cada ciudadano públicamente como a un igual, a la vez que se respetan los desacuerdos persistentes sobre los resultados. Y es la realización pública mediante tal procedimiento democrático lo que, para Christiano, le otorga justicia intrínseca.

En caso de conflicto entre el valor intrínseco del procedimiento democrático y el valor sustantivo de las decisiones adoptadas, la solución desde esta concepción es que el valor democrático, en principio, triunfa en estas circunstancias, ya que la democracia tiene autoridad para adoptar decisiones, incluso equivocadas. Cada persona tiene el deber, basado en la igualdad pública y debido a la asamblea democrática, de llevar adelante la decisión tomada por ésta aun cuando no esté de acuerdo con la misma. Sin embargo, Christiano aclara, no se trata de una autoridad ilimitada. Hay ciertos tipos de injusticia que pueden derrotar o menoscabar la autoridad de la democracia.

31 *Cfr.* Christiano (2008: 61-63). Los intereses que cada individuo tiene, según el autor, son los siguientes: el interés en ser capaz de corregir el sesgo cognitivo de otros en el proceso mediante el cual se establecen las reglas de la vida social; el interés en sentirse en casa en la propia sociedad; y el interés en ser reconocido y afirmado como un igual.

32 El autor hace referencia también, además de los desacuerdos persistentes, a los problemas relativos a la diversidad, la falibilidad y el sesgo cognitivos.

En los casos normalmente injustos, la asamblea democrática tiene autoridad respecto de la determinación de los derechos. Pero en los casos de injusticia flagrante (por ejemplo, si por decisión mayoritaria se eligiera esclavizar a una minoría), la autoridad de la asamblea democrática se vuelve, como mínimo, problemática. Una transgresión de este tipo tiene peso suficiente para derrotar o menoscabar la autoridad de la democracia, convirtiendo a la asamblea en una tiranía de la mayoría (Christiano, 2008: 260-300).

Las consideraciones que también están fundadas en la igualdad pública y que representan límites a la autoridad de la democracia, son el reconocimiento y protección del núcleo de los derechos civiles, políticos, sociales y económicos básicos (en la terminología del autor, “derechos liberales”, “derechos democráticos” y un “mínimo económico decente”). El intento de violación o la falta de satisfacción de aquellos por parte del órgano legislativo socavan o derrotan la exigencia de su autoridad. Es decir, el legislativo no puede adoptar leyes o políticas que violen la igualdad pública (exigencia negativa), en cambio tiene la obligación de adoptar leyes y políticas que la aseguren (exigencia positiva). La falla en satisfacer estos dos tipos de exigencias tiene como consecuencia el detrimento de la autoridad de la democracia.

Christiano justifica la existencia de los límites a la autoridad democrática representados por los derechos civiles y políticos con base en el argumento de que la supresión de estos derechos básicos de una parte de la población está prohibida por los propios principios que fundamentan la democracia. Cualquier privación radical del núcleo de los derechos civiles y políticos básicos entra en controversia con los requisitos básicos de la igualdad pública. Según el autor, las personas pueden “tener desacuerdos sobre qué derechos son básicos y sobre qué constituye su núcleo en cada caso, o en qué consiste la igualdad respecto de esos derechos”, pero, agrega, “algún tipo de igualdad en los derechos básicos es necesaria para la realización pública de la igualdad dado los hechos del juicio. Lo que no es negociable es el núcleo de los derechos” (2008: 272).³³

Si se utilizan las reglas institucionales para perpetrar una violación pública de la igualdad, entonces la institución política no realiza más la igualdad. Dado que la igualdad democrática es en sí misma justa únicamente si personifica la igualdad de un modo público, en casos de recorte o disminución de los derechos civiles y políticos deja de ser justa. Y puesto que la autoridad de la democracia está fundamentada en su justicia, la democracia deja de tener autoridad cuando socava o elimina tales derechos básicos de una parte de su gente.

Entre los límites a la autoridad democrática Christiano individualiza también la satisfacción de un *mínimo económico* de todos los miembros de la sociedad. Según

33 Énfasis agregado.

Christiano, un mínimo económico es necesario para avanzar en los intereses que son asegurados por los derechos civiles y políticos. Sin embargo, una exigencia más allá de este mínimo económico debe quedar sujeta a la deliberación democrática sobre las distintas concepciones de la distribución de la riqueza, y su implementación dependerá de la obtención del apoyo de la mayoría de la asamblea legislativa.

Un último límite individualizado por Christiano está dado en la prohibición de que el procedimiento democrático genere minorías persistentes, tales como los casos de pueblos indígenas o los grupos de personas internamente desplazadas. Su solución a este problema es la de establecer un estándar mínimamente orientado a los resultados, como criterio que el procedimiento debe respetar. Para el autor, tal estándar impone meramente una serie de restricciones sobre el procedimiento, evitando establecer enteramente los resultados, a la vez que alcanza para cuestionar graves injusticias originadas por tal procedimiento.

La concepción de los límites a la autoridad democrática, según Christiano, debe articularse mediante instituciones que preserven la democracia. De tal modo, está justificada para el autor la adopción de una constitución de derechos fundamentales con control robusto de constitucionalidad si fuera necesario para lograr la preservación de la democracia. Manifestando su acuerdo con el argumento dworkiniano respecto de la existencia de una racionalidad democrática para limitar la regla de la mayoría, Christiano justifica la intervención de un órgano de control constitucional cuando las decisiones del órgano legislativo no realizan la igualdad pública y, por consiguiente, éste pierde su autoridad (2008: 278-279).³⁴ Cuando esto último ocurre, si bien el tribunal constitucional no realiza la igualdad pública en sí misma, dado que tampoco lo hace el órgano legislativo, su actuación tiene una autoridad instrumental en la medida en que invalide legislación violatoria de la igualdad pública. Pero como es posible que el tribunal mediante malas decisiones judiciales invalide decisiones democráticas respetuosas con la igualdad pública, la intervención del órgano de control puede justificarse solamente, concluye el autor, “si las buenas decisiones superan significativamente en número o en importancia las malas decisiones” (Christiano, 2008: 280). Por lo tanto, se puede argumentar en principio a favor del control robusto de constitucionalidad de las leyes de un modo instrumental. A dicho punto de vista Christiano agrega algunos matices, tales como: el reconocimiento de la contingencia del diseño institucional de protección de la democracia y de los derechos según las diferentes sociedades y sus respectivas coyunturas; la exigencia de una rigurosa argumentación a cargo de quienes favorecen el control robusto de constitucionalidad; y la admisión de un escepticismo compartido respecto de la capacidad de la Corte Suprema de Estados Unidos para proteger los derechos básicos.

34 Cita el argumento de Dworkin en favor de las restricciones al procedimiento mayoritario de toma de decisiones por razones democráticas (1996: 23-26).

Por último, la solución que Christiano da para el problema de los desacuerdos persistentes consiste en sostener que el fundamento en el respeto de la realización pública de la igualdad justifica el propio principio y su restricción y, de este modo, evita las dificultades de infinita regresión y autodestrucción (2008: 280). De allí que Christiano estima que su enfoque provee “un punto de vista fuera de los desacuerdos que las personas tienen, desde el cual valorar las relaciones entre ellas” (2008: 287). Es decir, su concepción de la autoridad establecería una base excluida de la negociación, no sujeta a desacuerdos y, a la vez, permitiría resolver un gran número de cuestiones democráticamente.

Recapitulando, la versión procedimental de la democracia propuesta por Christiano importa que el procedimiento democrático de toma de decisiones colectivas tiene valor intrínseco. Pero sería una variante moderada porque dicho procedimiento debe realizar un principio sustantivo superior y más abstracto de igualdad pública. Bajo ciertas circunstancias, el procedimiento democrático no solo no lo realiza, sino que frustra aquel principio, violando un conjunto de límites fundamentales que establecen restricciones sobre lo que la asamblea puede legítimamente decidir: la autoridad de la asamblea democrática se debilita e incluso puede desaparecer. Así, no solo se sostiene el valor sustantivo de ciertas restricciones sobre el proceso democrático sino que según Christiano el procedimentalismo moderado también reconoce que, a veces, la limitación del procedimiento democrático está intrínsecamente justificada en tanto acomoda y asegura un mínimo de intereses, respetando los derechos básicos de los ciudadanos. La protección de estos derechos sirve además para brindar una justificación instrumental del control robusto de constitucionalidad cuando este funciona adecuadamente y, en consecuencia, rechazar la posibilidad de esgrimir una razón general de principio en contra de tal institución.

162

3.2. Consideraciones respecto de la propuesta moderada

La concepción de la autoridad de Christiano es una teoría atractiva que tiene el mérito de procurar la justificación del procedimiento democrático a través de la búsqueda de un balance entre los *inputs* y los *outputs* del procedimiento, mediante lo que se denomina como un procedimentalismo moderado. Si bien el objetivo del autor ha sido combinar el valor intrínseco del procedimiento democrático derivado de su ideal de igualdad pública con una valoración instrumental, sosteniendo que es posible evaluar cuándo ese principio no se materializa en las decisiones adoptadas por la asamblea democrática, no creo que tenga éxito en esta empresa.

Para empezar, el propio Christiano se adelanta a sopesar una posible objeción contra su enfoque de los límites de la autoridad democrática, que se dirigiría a dudar si estos no frustran directamente y de forma completa su propósito de mantener la idea

de la justicia intrínseca de la democracia.³⁵ La respuesta del autor es negativa porque, según sostiene, en primer lugar, el procedimiento democrático de decisiones seguiría siendo legítimo, no obstante, algunas o varias de sus decisiones políticas fueran injustas. Es decir, las decisiones tendrían legitimidad derivada del procedimiento que las genera, con independencia de la justicia o injusticia de su contenido. En segundo lugar, para Christiano el argumento de los límites al procedimiento democrático mostraría que la legitimidad de la democracia “es condicional a la realización de la igualdad pública”, y no solo un medio o un instrumento para la realización de aquella. La democracia, en sí misma, encarnaría la igualdad pública, en tanto no la transgrede (2008: 299). Y en tercer lugar, concluye, la idea de un estándar mínimo de resultados es presentada como condición necesaria para la realización de la igualdad pública, pero no suficiente. Una dictadura que adoptara decisiones políticas colectivas que respetaran el estándar mínimo de resultados vulneraría la igualdad pública en tanto no estableciera un procedimiento democrático.

Sin embargo, creo que las réplicas de Christiano no alcanzan para sostener que su enfoque de la democracia es procedimental, sino que su concepción de los límites representados por derechos básicos no negociables y la introducción de un estándar mínimo de resultados la ubica entre los enfoques sustancialistas del tipo examinado en la sección previa, con los problemas dirigidos a estos. Me explico. El fundamento profundo de la autoridad de la democracia en Christiano es el principio de que ciertos intereses que tienen todas las personas deben ser tratados públicamente de igual manera en las decisiones políticas. Este es, antes que nada, un criterio para evaluar la justicia de los resultados, y no el valor intrínseco del procedimiento.³⁶ Es cierto que para Christiano el procedimiento democrático de toma de decisiones tiene legitimidad a pesar de que alguna o varias de sus decisiones políticas sean injustas. La distinción entre legitimidad y justicia, si bien no es una distinción aceptada por todo enfoque sustancialista, es admitida por Dworkin, por ejemplo, como referí antes, por lo que no puede ser éste un criterio para caracterizar una concepción como procedimental. Ahora bien, su concepción de los límites a la autoridad de la democracia, junto con el estándar mínimo de resultados, le lleva a sostener que si ciertas decisiones violan esos límites según dicho estándar de resultados, padecen de un tipo de injusticia tal que viola la igualdad pública. En estos casos, la asamblea democrática no tendría autoridad para tomar esas decisiones porque serían injustas. Si ello es así, este aspecto de su posición no se distingue del sustancialismo defendido por Dworkin. Veamos algunas consideraciones adicionales.

En primer lugar, mediante el recurso de los límites a la autoridad de la democracia como derechos básicos no negociables el autor intenta reconciliar la idea de la justicia y el espacio para la política. Tal como la presenta Christiano, esta es una

35 Véase *ibid.*, 299.

36 *Cfr.* Estlund (2009: 243).

estrategia insatisfactoria desde un punto de vista procedimental porque mediante el establecimiento de un vallado insuperable de cuestiones excluidas del debate por razones de justicia no hace sino subordinar la política al contenido de la justicia.³⁷ Por ejemplo, Christiano establece como uno de los límites a la autoridad la satisfacción de un núcleo o mínimo económico decente. Parece que Christiano asume que el mínimo económico tiene algún tipo de identidad provista de un dominio elemental evidente, el cual puede ser determinado con un grado de objetividad. De allí se seguiría que es posible identificar ese límite con precisión de manera que la asamblea legislativa lo satisfaga y, además, no lo vulnere. Esta asunción no parece correcta. Se puede oponer a dicha noción la existencia de genuinos desacuerdos sobre qué constituye el núcleo de un derecho o qué cuenta como un derecho básico, sea socioeconómico, civil o político.

La caracterización de un núcleo de los derechos que debe ser protegido contra violaciones del órgano legislativo, así como del alcance exacto de los límites que estos representan, presenta problemas de imprecisión en su determinación (Bayón, 2004: 29). Qué constituye el núcleo de los derechos y, por lo tanto, determina los límites a la autoridad, no puede ser establecido con exclusión del debate y la decisión política, dado el hecho de la diversidad y los desacuerdos persistentes y profundos.³⁸ Lo contrario sería asumir desde el principio que hay una respuesta correcta acerca de cuáles son los derechos básicos de las personas, o cuál es el núcleo mínimo de los derechos, y acerca de la determinación de sus límites, y por esa vía entender que las personas acuerdan sobre esos derechos básicos, o sus límites. Pero, como ya he señalado ello no supera la objeción de Waldron según la cual tal asunción equivale a no tomarse el problema de los desacuerdos con seriedad.

En segundo lugar, ante el interrogante sobre quién decide los límites a la autoridad, como los establecidos por los derechos básicos civiles y políticos o el mínimo económico, la respuesta de Christiano es que la determinación exacta de ese núcleo “debería ser decidida por derecho por la asamblea democrática” (2008: 274). Esta parece ser una respuesta adecuada al problema de los desacuerdos: la delimitación de las barreras que circunscriben lo negociable en política no puede sino ser decidida a través de la propia política.³⁹

Ahora bien, ¿cuándo las decisiones que adopta la asamblea respecto de la determinación del núcleo del derecho son legítimas?, ¿cuándo sus decisiones no violan los límites que circunscriben su autoridad? Christiano responde que hay “límites razonablemente claros” a la autoridad de la asamblea que se derivan del principio de igualdad pública (i.e., la realización pública del igual avance

37 Cfr. Bayón (*op. cit.*: 21-35).

38 Véase Morales (*op. cit.*: 189 y ss.).

39 Cfr. Bayón (*op. cit.*: 23).

de intereses de todos los ciudadanos), por lo que sus decisiones serían legítimas en la medida en que se respete tal principio.⁴⁰ Así, para el autor, en los casos de injusticia flagrante se derrota o menoscaba esa autoridad; porque en ese tipo de casos la decisión de la mayoría se convierte en una tiranía. Sin embargo, cuáles son los supuestos de injusticia grosera es una de las cuestiones sujetas a desacuerdos profundos y persistentes. El aborto, la pena de muerte o la eutanasia, entre otros, parecen ser cuestiones sobre las cuales cualquiera sea la decisión de la mayoría, se considerará como de evidente injusticia por los miembros en minoría. Siguiendo la concepción de Christiano, una decisión política de semejante injusticia adoptada por la asamblea derrota o socava su autoridad. En tanto tal, debe ser entendido como un límite a lo que la asamblea puede legítimamente decidir.

De allí que la respuesta de que la asamblea democrática es el órgano decisor para determinar los derechos básicos y sus contornos lo enfrenta a Christiano a un problema común. Porque en su concepción de la democracia la asamblea tiene autoridad para adoptar las decisiones políticas en tanto respete los límites que constriñen la autoridad. Pero si la asamblea no puede tomar ninguna medida que viole la igualdad pública, bajo menoscabo o detrimento de la autoridad, ¿cómo se respetan los límites en primer lugar? Nótese que la teoría de la democracia como autoridad pretende también proveer las bases para una concepción de los límites constitucionales sobre el poder democrático. Christiano afirma que los límites que socavan la autoridad democrática son internos porque se derivan en última instancia del propio principio de la igualdad pública que fundamenta la democracia. A lo cual cabría preguntarse cómo se establece aquello que viola el principio de igualdad pública sino por referencia a la teoría de la igualdad que desde el comienzo el autor ha privilegiado sobre otras teorías de la igualdad en competencia.

La propia noción de los límites equivaldría a afirmar que la especificación de los contornos de los derechos básicos y su extensión deben estar sustraídos al poder de decisión por vía del procedimiento democrático, para que puedan funcionar como límites a aquella. Al respecto, el autor considera que tales límites pueden ser asegurados mediante el mecanismo del control de constitucionalidad. En definitiva, sería el órgano de control judicial el que resolvería las disputas sobre los derechos y sus contornos según el criterio de realización de la igualdad pública. Pero contra el punto de partida de la realización de la igualdad pública como justificación de los derechos básicos y sus límites, la objeción de no tomarse en serio los desacuerdos de los teóricos de la democracia procedimental permanece en pie.

En conclusión, pese a que la propuesta de Christiano se presenta como un enfoque procedimental de la democracia, se enmarca en realidad dentro de las concepciones

40 Cfr. Christiano (2008: 260).

sustancialistas como las analizadas en la sección 2. Con ello no pretendo negar la plausibilidad de la justificación de la democracia en un balance entre el valor instrumental y el valor intrínseco del procedimiento de decisiones, sino solo señalar que Christiano no tiene éxito en esa empresa. En su concepción, el valor intrínseco del procedimiento de decisiones queda subordinado a los valores sustantivos de la justicia, en un modo similar a las propuestas de otros defensores de este tipo de enfoque. Por ello, también, desde su estrategia de justificación de un conjunto de límites a la autoridad democrática representados por ciertos derechos básicos tampoco lograría resolver la objeción de los desacuerdos profundos.

4. La concepción procedimental según Jeremy Waldron

4.1. El derecho de participación política como constitutivo de la democracia

Preocupado por los desacuerdos políticos y morales sobre derechos y la necesidad de tomar decisiones políticas colectivas a pesar de aquellos en las sociedades contemporáneas,⁴¹ Jeremy Waldron reavivó la discusión filosófica-política de los últimos años con su teoría de la autoridad democrática mayoritaria presentada como la única capaz de tomarse dicha preocupación seriamente.⁴²

166 Para Waldron el derecho de participación política, entendido como la participación de cada individuo junto con todos los demás como iguales en la sociedad, cumple un rol especial a la hora de dar respuesta al problema de los desacuerdos. El derecho de participación política sería “el derecho de los derechos” (siguiendo la terminología de William Cobbett utilizada por Waldron) en el sentido de que es un derecho “cuyo ejercicio parece peculiarmente apropiado en situaciones en las que los portadores razonables de derechos discrepan acerca de qué derechos tienen” (2005: 277 y nota 1).⁴³

Waldron presenta su teoría de la autoridad política con fundamento en la participación democrática de todos en pie de igualdad, como una solución atractiva en las circunstancias de la política, porque también está basada en derechos (y no en objetivos o en deberes). La principal idea de fundamentar su teoría de la autoridad democrática en derechos consiste, según Waldron, en la afirmación de que una teoría puede asumir un compromiso con los derechos fundamentales de las personas sin que ello determine las implicaciones sobre la construcción política de la sociedad. Es decir, en contra de las concepciones sustancialistas de la democracia, Waldron sostiene que del reconocimiento de los derechos fundamentales no se sigue que deban adoptarse cartas de derechos de carácter rígido, o mecanismos

41 Estas son las “circunstancias de la política”, *Cfr.* Waldron (2005: 123-124).

42 Véase Waldron (1993: 18-51; 2005; 2006a: 1346-1406; 2006b: 50-68).

43 Véase también Waldron (2005: 303).

de control no democráticos establecidos con el fin de proteger tales derechos.⁴⁴ Para Waldron, el procedimiento de toma de decisiones políticas debe mostrar igual respeto hacia todas las personas, y el único método disponible para ello en las circunstancias de la política (la unanimidad no lo está) es la regla de decisión mayoritaria. De esta manera, se basa en las propias capacidades de las personas, reconocidas por los derechos, para mostrar “una forma de respeto en la resolución del desacuerdo político en consonancia con el respeto que los derechos evocan en sí mismos” (2005: 330).

Waldron rechaza el enfoque sustancialista de los derechos que, según señalé, otorga prioridad a la obtención de ciertos resultados, porque no se toma en serio el problema de los desacuerdos. Su propuesta, según Waldron, situaría el problema de los desacuerdos sobre derechos entre las mismas circunstancias de la política, colocando la cuestión de la autoridad en primera línea, en el sentido de que lo principal es *quién* toma las decisiones: los participantes del procedimiento mediante el cual aquellas se adoptan por mayoría. Este sería un enfoque que manifiesta un valor intrínseco del procedimiento en tanto que el procedimiento mayoritario sería una vía apropiada para asegurar el respeto y valor de los diversos puntos de vista con independencia de los resultados que se obtengan. En otras palabras, dado que se necesita adoptar decisiones políticas comunes respecto de cuestiones sobre las que no hay acuerdo, como las socioeconómicas, debe dejarse a los titulares de derechos (o a sus representantes) la deliberación y decisión por voto mayoritario sobre el mejor curso de acción colectivo.⁴⁵ Waldron concluye que la suya es la única teoría plausible de la autoridad que respeta a los titulares de derechos en pie de igualdad.

167

En esta línea, el autor suscribe la existencia de una relación fundamental entre la idea de derechos y la de democracia, que consiste en “una relación entre derechos” pertenecientes a dos categorías o clases principales, a los que denomina “derechos asociados a la democracia”.⁴⁶ Por un lado, señala la categoría de los derechos que son *constitutivos* del procedimiento democrático de hecho. Por el otro lado, delimita la categoría de los derechos que representan *condiciones necesarias para su legitimidad*, si bien no son constitutivos del procedimiento democrático.

Los derechos de la primera categoría, constitutivos del procedimiento democrático son, según Waldron, los relativos a las cuestiones formales del procedimiento político: en su modelo de democracia procedimental, solo el derecho de participación de todos como iguales en la elaboración de las leyes. Es decir, al

44 Véase que Waldron (2006a: 1365) admite la justificación de la adopción de cartas de derechos en las sociedades contemporáneas que funcionan razonablemente bien.

45 Véase Waldron (2006a: 129-133; 136-142) la defensa de la regla de la mayoría como el método privilegiado para la toma de decisiones colectivas en una democracia.

46 Cfr. *ibid.*, 337-340.

menos un derecho individual, el derecho de participación política, es constitutivo del procedimiento democrático.

También son importantes en la teoría waldroniana los derechos de la segunda categoría, representativos de las condiciones de la legitimidad del procedimiento o “de la respetabilidad moral de la toma de decisiones democráticas” (Waldron, 2005: 339). Estos son derechos obvios en una democracia, según el autor, como los derechos de libertad de expresión y asociación.

Entre estos dos conjuntos de derechos hay una relación que representa “la relación entre la democracia y las condiciones de su legitimidad” (Waldron, 2005: 340): los derechos de la segunda clase, en tanto requisitos previos de la legitimidad, son precondiciones del ejercicio legítimo de los derechos de la primera clase, aquellos que constituyen el propio procedimiento político. Es decir, los derechos como la libertad de expresión y asociación están presupuestos por el derecho de participación política y, con ello, por la democracia. De este modo, para Waldron, una decisión política solo es legítima, y puede legítimamente ser impuesta sobre los individuos, bajo ciertas condiciones, lo cual equivale a respetar los derechos de aquellos a quienes se les imponen. Todos estos derechos, en la concepción procedimental de la democracia de Waldron, pueden considerarse condicionamientos a aquello que los participantes pueden decidir en el procedimiento de toma de decisiones por mayoría.

168 Ahora bien, lo que caracteriza a la posición del autor es que el reconocimiento de los derechos de las personas y su relación con la democracia, en tanto límites a lo que puede decidirse por mayoría, no justifica la adopción de un control judicial robusto de constitucionalidad o alguna otra institución que carezca de credenciales democráticas. En una primera instancia, Waldron negó la admisión de tal mecanismo institucional para el caso del resguardo contra posibles violaciones de la mayoría de los derechos que versan sobre la propia naturaleza procedimental de la democracia, como el derecho formal de participación política. Waldron afirmaba que ni siquiera en estos supuestos, en que se pretende justificar el uso de un determinado procedimiento de decisiones para proteger la propia democracia, desaparece el recelo sobre el posible carácter no democrático de tal procedimiento. Para el autor, la instauración de una institución no democrática de control de las decisiones políticas significa siempre una pérdida, en algún grado, para la democracia.

Con posterioridad, el autor ha ido afinando su argumento contra el control de constitucionalidad de modo de volverlo condicional de forma explícita contra la supremacía judicial en “las sociedades que funcionan razonablemente bien” de acuerdo con la presencia de un conjunto de asunciones o características.⁴⁷ Su

47 Cfr. Waldron (2006a: 1360; 2006b: 63). Véase Morales *op. cit.*, capítulos “Exigencias de justicia y protección constitucional” y “Precondiciones de la participación política”, para un análisis más extenso de este argumento nuclear contra la supremacía judicial.

argumento contra el control judicial robusto se aplicaría si, y solo si, se trata de sociedades que tienen “responsabilidad democrática y acuerdos legislativos”, y las cuales están “imbuidas con un sentido del respeto por los derechos”, no obstante la existencia de desacuerdos considerables sobre estos (Waldron, 2006b: 63). Asimismo, Waldron ya no se opone a la adopción de una carta de derechos constitucionales, ni a los mecanismos de control débil de constitucionalidad.

En la propuesta procedimental de Waldron el respeto a los derechos de las personas está a cargo del propio órgano legislativo. Esto significa que en una sociedad democrática que funciona de manera razonable todos los derechos, incluyendo los asociados a la propia democracia, se encontrarían a merced de la decisión política por mayoría, esto es, estarían al alcance de la mano. Previendo una posible reacción de pánico hacia el autogobierno en el ámbito político caracterizado de este modo, Waldron sostiene que es el precio que hay que pagar si se parte de la idea de que los individuos, en tanto titulares de derechos, “deben ser respetados como agentes morales distintos con sus propios sentidos de la justicia” (2006: 362).⁴⁸ Porque el respeto a las concepciones de la justicia de los demás, dado el hecho de los desacuerdos, afirma el autor, exige la selección de procedimientos que nos permitan dirimir los desacuerdos entre todos sin que se establezca previamente cuál es la decisión correcta.

Sin embargo, Waldron confía, por un lado, que la expresión “estar al alcance de la mano” no se interprete como una usurpación o arrebato codicioso por parte de la mayoría que amenace la propia existencia de todos los derechos. Si esta fuera la situación en una cierta sociedad, Waldron precisa que se trataría de un caso patológico que queda fuera del argumento central dirigido contra el control robusto de constitucionalidad. El argumento central de Waldron sería solo aplicable a las sociedades que funcionan bien de manera razonable y parte de la asunción de que la política democrática es algo distinto que un conflicto de intereses que requieren de una protección singular, como la del control robusto de constitucionalidad, respecto de las decisiones mayoritarias.

Por el otro lado, Waldron niega que “estar al alcance de la mano” tenga que asociarse con “la rapiña precipitada, volátil e impetuosa” de las mayorías legislativas (2006: 364). Según el autor, es posible disminuir esta inseguridad tornando, por ejemplo, más complicado el procedimiento legislativo, dificultando la posterior revisión de cuestiones de principios una vez que una decisión al respecto ha sido adoptada, sin que mecanismos de este tipo signifiquen una merma democrática. En consecuencia, este tipo de protección política de los derechos no debe ser interpretado, concluye Waldron, como una falta de protección de los derechos fundamentales. Porque, para el autor, la protección de los derechos descansa

48 Véase Morales *op. cit.*, capítulo, “La justicia como fundamento de los derechos sociales”.

saludablemente en el reconocimiento y asignación de relevancia a “la cultura política” y a “la autocomprensión pública” de los miembros de la sociedad respecto del amplio consenso sobre un compromiso con los derechos de todos.⁴⁹

Las posiciones que caracterizan a la democracia en términos procedimentales, como la concepción de Waldron, son sugerentes y parecen tener una ventaja explicativa en comparación con un enfoque sustancialista como el de Dworkin, o respecto de uno moderado como el de Christiano. Porque un enfoque procedimental, de acuerdo con Frederick Schauer, “deja pocas dudas sobre qué es la democracia, aunque deja abierta la cuestión acerca si y cuándo la democracia es una buena cosa” (1994: 1335, nota 31). El planteo desde el procedimentalismo, por consiguiente, resalta la posibilidad de concebir a la democracia como uno de los valores políticos de una comunidad, sin confundirlo con otros con los cuales podría entrar en conflicto, i.e., la justicia.

Sin embargo, esta vía no está exenta de objeciones. A continuación me ocuparé de analizar dos conjuntos de problemas que pueden plantearse a una concepción democrática procedimental como la defendida por Waldron. En primer lugar, examinaré las dificultades que surgen para una teoría que pone al frente el problema de los desacuerdos en el marco de la discusión sobre la mejor forma de concebir la democracia y los derechos. En segundo lugar, y más importante para los fines de este trabajo, me referiré a una inquietud relativa a su argumento central de rechazo del control robusto de constitucionalidad en las sociedades que funcionan razonablemente bien.

170

4.2. El dilema: ¿regreso infinito o autodestrucción?

Para empezar, hoy es una crítica común dirigida a la solución ofrecida por Waldron al problema de los desacuerdos señalar que las personas también discrepan sobre si el procedimiento de toma de decisiones a través de la regla de la mayoría es un modo deseable de adoptar decisiones políticas.⁵⁰ Esto es, una teoría de la democracia como la de Waldron, que parte de la afirmación del inescapable hecho de desacuerdos considerables en prácticamente todas las cuestiones políticas y morales, ha sido desacreditada porque llevaría en su interior el germen de su propia destrucción. Así lo ha expuesto Christiano, entre otros, al señalar que la estructura del argumento de Waldron a favor de la participación mayoritaria en las condiciones de la política quedaría apresada en un dilema: o lleva a un regreso al infinito, o se autodestruye.⁵¹

La primera consecuencia de un regreso infinito ocurriría si empleamos la propia

49 Cfr. Waldron (2005: 365-367; 2006a: 1365-1366).

50 Véase, entre otros, Bayón (*op. cit.*: 25); Christiano (2000: 519-522); Fabre (*op. cit.*: 141-142); Kavanagh (2003: 467-469).

51 Véase Christiano (2000: 519-523; 2008: 285-288).

objeción de Waldron del problema de decidir sobre cuestiones sustanciales en las circunstancias de la política pero ahora dirigida a los criterios para seleccionar procedimientos. De acuerdo con Christiano, por las mismas razones por las que es moralmente deseable adoptar las decisiones sobre derechos a través de procedimientos que reconozcan la participación igual de todos, asimismo lo será adoptar la decisión política respecto de qué procedimiento elegir mediante un procedimiento de orden superior basado también en la exigencia de participación igual en su adopción. Siguiendo el argumento waldroniano, señala Christiano, se pueden esperar desacuerdos en cada nivel, lo cual llevaría a un retroceso sin fin.

Waldron anticipó la objeción del regreso al infinito vislumbrando que el argumento de los desacuerdos alcanzaría también al procedimiento mayoritario de toma de decisiones. La salida propuesta por Waldron a esta dificultad consiste en un movimiento de tipo pragmático: dado que no tenemos “ningún criterio común de legitimidad en absoluto”, el procedimiento de toma de decisiones por mayoría, que es “común y familiar”, puede ser utilizado como “cuestión de política práctica” (2005: 358). De este modo, la pragmática, según Waldron, podría “llevarnos [...] a un uso informal, y bastante vacío de contenido, de algún procedimiento conocido de decisión”, sin que su uso presuponga una petición de principio de la legitimidad (2005: 359).

Se ha objetado a esa respuesta que el problema de la falta de legitimidad de origen permanece pese al recurso pragmático ofrecido. Por ejemplo, Aileen Kavanagh observa que “si usamos un procedimiento para la toma de decisiones políticas sin saber si es legítimo o no, entonces no tenemos razón para aceptar el resultado de tal procedimiento como autoritativo” (2003: 469). Waldron reconoce que la opción pragmática está abierta para todos, pero niega que esto nos haga necesariamente adoptar un enfoque sustancialista de la democracia, orientado a los resultados. En su lugar, favorece un enfoque procedimental, y la razón que aduce es que el procedimiento mayoritario es en sí mismo valioso, con independencia de los resultados que arroje, porque permite la participación de todos, apoyándose en la distinción entre la cuestión de la legitimidad procedimental, y la cuestión de la justicia del contenido de las decisiones por aquél adoptadas.

Aun concediendo que el regreso llegara a un fin en alguna etapa, todavía habría que enfrentar el segundo cuerno del dilema. La segunda consecuencia referida a la autodestrucción del argumento de los desacuerdos esgrimido por Waldron aparece porque, como muestra Christiano, el proceso de regreso no nos dirigirá necesariamente a un procedimiento mayoritario en el primer nivel. Al contrario, según el autor habría que esperar desacuerdos relativos a la legitimidad de los propios procedimientos mediante los cuales se adoptan las decisiones colectivas, con independencia de los desacuerdos que hacen necesario recurrir a tales procedimientos. Y sería igualmente ofensivo para los titulares de derechos el mero apoyo de un procedimiento de participación mayoritario pese a los desacuerdos

sobre cómo se deberían adoptar las decisiones colectivas.⁵²

La solución al segundo cuerno del dilema es un paso que Waldron se resistiría a dar porque importa aceptar un acuerdo en la base para que su argumento funcione: que sobre la participación política como derecho constitutivo de la democracia no hay desacuerdos. Según Christiano es inevitable para aquél dar ese paso si quiere evitar que su teoría procedimental termine defendiendo absolutamente nada.⁵³ Esta ha sido, como vimos en la sección anterior, la estrategia de Christiano para evitar que la objeción de regreso se vuelva contra su propia teoría de la autoridad democrática, recurriendo a un acuerdo en la base democrática sobre la igualdad pública. Sin embargo, al analizar su concepción señalé que su estrategia no logra sortear el problema del desacuerdo respecto de la propia noción sustantiva de igualdad pública.

Por su parte, no parece que las razones ofrecidas por Waldron sean suficientes para justificar ni la prioridad del derecho a la participación política ni que sea el único derecho que permite de manera adecuada el ejercicio de los demás derechos, al margen de los desacuerdos.

4.3. La confianza en la cultura política

172

Un segundo conjunto de problemas que también afecta la defensa de Waldron de la democracia procedimental, surge de su argumento central contra el control robusto de constitucionalidad respecto de aquellas sociedades que funcionan legislativa y democráticamente bien de manera razonable, y en las que, no obstante existe un amplio compromiso con los derechos fundamentales, reinan los desacuerdos sobre aquellos.

En primer lugar, Waldron fundamenta su teoría de la legitimidad democrática en el igual respeto de los derechos fundamentales de los individuos. Esto es, reconoce que las personas tienen derechos cuya protección es primordial para otorgar legitimidad a las decisiones colectivas adoptadas mediante el procedimiento por mayoría. En concreto, el derecho a la participación política de todos en iguales términos es caracterizado por Waldron como el derecho de los derechos, constitutivo del procedimiento democrático. Las razones no radican en que la participación política tiene prioridad moral sobre los demás derechos, sino en que el ejercicio de este derecho, según el autor, es el único que permite de manera adecuada el ejercicio de los otros derechos en las circunstancias de desacuerdos entre sus titulares sobre qué derechos tenemos y con qué alcance.

Sin embargo, Waldron no detiene su argumento en favor de los derechos a aquellos que considera constitutivos del procedimiento democrático (el derecho de participación política), sino que también aboga por los derechos que posibilitan “el ejercicio significativo o efectivo” de esa participación, en tanto condiciones

52 Cfr. Christiano (2000: 521).

53 Cfr. *Ibid* (285-286).

necesarias de una decisión dotada de autoridad democrática. En efecto, el autor rechazaría la supremacía del procedimiento mayoritario de toma de decisiones si aquella significara una renuncia a la idea de derechos, porque como él mismo dice, “nadie piensa que un puñado de personas está autorizado para imponer una decisión a los demás, simplemente porque haya más individuos a favor de la decisión que en contra” (Waldron, 2005: 339).⁵⁴ En cambio, sitúa los derechos en un lugar central en su concepción procedimental y asigna peso moral a la democracia y a la regla de decisión mayoritaria solo bajo determinadas condiciones. De allí que Waldron no se limita a la única defensa del derecho de participación política, sino que lo integra con los derechos necesarios para su legitimidad, que en conjunto forman, como ya mencioné, la categoría de los derechos asociados a la democracia.

Ahora bien, los derechos que no son formalmente constitutivos de la democracia, sino que representan las condiciones de la legitimidad son, según Waldron, potencialmente más gravosos y tendientes a la expansión. En esta segunda clase Waldron menciona, a modo de ejemplo, la libertad de expresión y la libertad de asociación. Pero, en tanto condiciones de la legitimidad del ejercicio de participación política de todos en el procedimiento de toma de decisiones por mayoría, otros derechos también podrían considerarse apropiadamente como tales si satisfacen esa caracterización.

Waldron sostiene que del compromiso con los derechos asociados a la democracia no se sigue la justificación de ningún mecanismo para su resguardo que no tenga título democrático, porque respetar la diversidad de puntos de vista razonables que las personas tienen sobre cuáles son sus derechos exige que se deje a aquellas la adopción de tal decisión. Así, el reconocimiento del valor de estos derechos no justifica en tales sociedades su protección constitucional por una institución no democrática de protección, *por razones de principio*. Al respecto, Waldron duda, creo que incorrectamente, que una institución no democrática pueda aportar algo a la democracia, mientras que asegura que siempre significará una pérdida para la misma.

Pero afirmar, como hace Waldron, un compromiso con los derechos y con su protección y, a la vez, un respeto por los desacuerdos sobre los derechos que tenemos, lo enfrenta con lo que parece ser otro dilema: o bien falla en proteger los derechos asociados a la democracia, o bien falla él mismo en tomarse en serio los desacuerdos.

Y este aparente dilema aparece cuando Waldron introduce el elemento de la cultura política. El autor nos indica que la única manera de respetar los derechos en

54 Algún defensor de una concepción procedimentalista radical sí podría pensar de este modo, si el procedimiento elegido para tomar decisiones colectivas fuera el de la regla de la mayoría irrestricta. Véase, por ejemplo, Dodd (2008). Pero piénsese en una situación en la que se encuentren 10 sobrevivientes de un naufragio en un bote salvavidas con capacidad solo para 9. El voto de la mayoría que decidiera arrojar al agua a una de ellas no se distinguiría de una patota que decide darle una paliza de muerte a un individuo.

pie de igualdad de todos los individuos es mediante un procedimiento de decisión por mayoría en el que participen todos formalmente en iguales términos, provistas ciertas condiciones necesarias para la legitimidad de dicho procedimiento. Pero, para que la mayoría no menoscabe los derechos de quienes se encuentran en alguna minoría, deben respetarse sus derechos mediante el procedimiento de toma de decisiones. Su propuesta de respeto se apoya en una presuposición adoptada por John Locke, y que consiste en que la protección de los derechos debe dejarse a la propia asamblea y que el respeto a los límites representados por los derechos surgirá de la “cultura política” y la “autocomprensión política pública” (2005: 366-367).⁵⁵ De acuerdo con su versión más evolucionada, dice el autor que en las sociedades bien organizadas lo que las caracteriza es un compromiso serio hacia los derechos de todos. Esto es, en este tipo de sociedades sus miembros “cuidan de los derechos, mantienen bajo constante consideración y vívido debate las perspectivas sobre los derechos propias y de los otros, y están alertas sobre las cuestiones de derechos acerca de todas las decisiones sociales que son propuestas o discutidas entre ellos” (Waldron, 2006a: 1365).

Ciertamente, Waldron no se extiende en la explicación de estos componentes, a pesar de señalar que se trata de una de las asunciones de las sociedades nucleares. De su caracterización no queda claro si la confianza en la cultura política de compromiso hacia los derechos se refiere a aquella que ostenta el conjunto de los participantes del procedimiento de decisiones, esto es, los individuos en una comunidad política, o si se refiere a la cultura política de las propias instituciones, o si su noción comprende ambas.⁵⁶ De este modo, podríamos interpretar el compromiso hacia los derechos (a lo que antes referí como el respeto de los derechos a través de la cultura y la autocomprensión política) de dos maneras.

Por un lado, podría sostenerse que el compromiso hacia los derechos que asume Waldron alude al aspecto interno de conciencia política de cada uno de los miembros del cuerpo político (sean los ciudadanos o sus representantes) respecto de los derechos de los demás. Pero esta parece ser una interpretación que provee una garantía demasiado débil de los derechos, que no se corresponde con el compromiso que respecto de estos se asume desde el comienzo.⁵⁷ En este sentido, es importante señalar que, como concepción no ideal de la democracia,⁵⁸ la propuesta de Waldron de asumir un compromiso serio hacia los derechos no disminuye el pánico que surge si se

55 Nótese que Locke defendía la existencia objetiva de un derecho natural. Véase Locke (1988).

56 La misma falta de distinción puede observarse respecto de la noción de “autocomprensión pública”.

57 Véase la crítica de Bayón (*op. cit.*: 60), sobre la confusión de planos en la que incurriría Waldron al no distinguir la deliberación en primera persona de la deliberación colectiva.

58 Esta referencia a una concepción no ideal de la democracia no debe entenderse formando parte de la discusión sobre la distinción entre teoría ideal y teoría no ideal, que en la filosofía política contemporánea tiene a Rawls como punto de partida. Véase Rawls (1971).

piensa esa idea para muchas de las comunidades que no alcanzarían esos estándares de respeto político hacia los derechos. Waldron sostiene que estos casos se definen como sociedades no nucleares o casos patológicos, por lo que su argumento contra el control judicial robusto no funcionaría como objeción de principio, lo cual solo significa que se puede entrar a evaluar consideraciones contextuales a su favor o en su contra.

Entonces el argumento de Waldron parece reducirse ahora a una justificación contextual del control judicial de constitucionalidad.⁵⁹ La justificación de la protección de los derechos por parte del órgano legislativo dependería del grado de maduración de la cultura pública de cada comunidad. Pero ocurre que en aquellas sociedades en las que la cultura de compromiso político hacia los derechos está suficientemente desarrollada éstos son *de hecho* respetados. Y aquellas sociedades patológicas en las que la cultura política no está suficientemente desarrollada, no representarán *ningún límite* para el avasallamiento de tales derechos. En consecuencia, en ninguno de los dos casos esta apelación al compromiso político juega un papel como límite al avasallamiento de los derechos. La tutela de los derechos requiere de un límite normativo; el que de hecho se los respete no es un límite normativo (ni de ninguna otra índole).

Por el otro lado, podría sostenerse que la noción de cultura política pública de compromiso hacia los derechos alude a su respeto a través de los mecanismos institucionales democráticos. Esta parece ser la interpretación adoptada por Bellamy, quien analiza con más detenimiento qué significa tomarse en serio los derechos desde la perspectiva del constitucionalismo político.⁶⁰ En este sentido, sostiene que existen mecanismos institucionales legítimos mediante los cuales puede constreñirse la voluntad mayoritaria para evitar decisiones políticas que vulneren los derechos fundamentales. Así, por ejemplo, la justificación de medidas que aumenten los costes de transacción de la toma de decisiones o aquellas que otorgan más poder a los actores con capacidad de veto estaría dada, según Bellamy, sin que se les pueda tachar de no democráticas.⁶¹ Para Christiano, sin embargo, la razón por la que aceptamos estas restricciones políticas, aunque se asuma un compromiso inicial con la importancia de los derechos asociados a la democracia, es una falta de confianza absoluta en que la mayoría siempre tomará decisiones que respetarán esos derechos.⁶²

175

59 Una defensa contextual del control robusto de constitucionalidad de los derechos es sostenida en Beitz (1989: 118); Dahl op. cit.; Bayón (op. cit.: 32, 36, 45, nota 111, 71-74); y Christiano (2008: 282-283), entre otros.

60 Véase Bellamy op. cit., capítulos "The norms of political constitutionalism: non-domination and political equality" y "Bringing together norms and forms: the democratic constitution".

61 Cfr. Bellami (2007: 230-239). Pero véase una crítica a los mecanismos de veto en los sistemas políticos democráticos contemporáneos por falta de legitimidad democrática en Lemieux y Watkins (2010: 1-42).

62 Cfr Christiano (2008: 283).

Ahora bien, los autores procedimentalistas justifican mecanismos institucionales que condicionan lo que las asambleas legislativas pueden legítimamente decidir, que son internos al procedimiento. El problema que veo con esta posición es que cuantos más componentes restrictivos se incorporan a las instituciones que posibilitan el procedimiento de decisiones por mayoría como forma de asegurar el compromiso hacia los derechos, menor es la diversidad de puntos de vista que se admiten, y menos se representa una igual valoración de la pluralidad, y ello parece apuntar a que se admiten límites a la exigencia de tomarse en serio los desacuerdos. Por esta vía, las razones para rechazar la protección de los derechos mediante un control robusto de constitucionalidad contarían también para rechazar la protección de los derechos mediante otros mecanismos restrictivos del funcionamiento de una asamblea democrática. Si esto es así, no se sigue que no esté justificado el control robusto de constitucionalidad sin argumentos adicionales. Lo que parece seguirse de este enfoque es que, por un lado, no basta la confianza en la asamblea para el adecuado resguardo de los derechos. Por el otro lado, y dado lo anterior, que se justifican ciertos órganos internos de revisión que no serían más representativos y políticamente responsables que los órganos jurisdiccionales de control.

Así, parece que las concepciones procedimentales de la democracia como las defendidas por autores como Waldron y Bellamy, no pueden sostener al mismo tiempo los tres pilares fundamentales sobre los que sustentan sus respectivas teorías de la democracia: a) el respeto de los derechos sociales fundamentales; b) la preocupación por el hecho de los desacuerdos; y c) una confianza absoluta en la protección política de los derechos de todos.

176

5. Conclusión

En este trabajo me propuse analizar el lugar de los derechos sociales a partir de una perspectiva alternativa a la habitual justificación de su reconocimiento desde lo que exige la justicia social: la fundamentación del establecimiento y protección de los derechos sociales desde la legitimidad democrática para dar cuenta del problema de los desacuerdos.

El examen de una concepción sustancialista como la democracia constitucional de Dworkin mostró que las exigencias de la legitimidad del procedimiento, si bien se distinguen de las exigencias de la justicia de sus resultados, son subordinadas a estas. Desde tal estrategia no parece brindarse una respuesta satisfactoria a la objeción de los desacuerdos.

Un enfoque en apariencia más moderado como el propuesto por Christiano tampoco representa una verdadera alternativa a tal problema. No obstante el autor propone que los límites a la autoridad de la asamblea democrática son internos en tanto impuestos por la propia asamblea (y no externos como en la concepción

de Dworkin). El criterio para su determinación está también anclado a una noción sustantiva de la igualdad pública. Por esta vía difícilmente se puede sortear la dificultad de justificar su elección por encima de otras teorías de la igualdad política rivales en la medida en que se la excluye, junto con los límites que de ella se derivan, de la decisión política ordinaria como no negociables.

La perspectiva procedimental de la democracia de Waldron se presenta como una mejor aproximación de lo que debe entenderse por democracia. Su objetivo consiste en restringir la noción de democracia al procedimiento de decisiones por mayoría, dejando a ésta la decisión acerca de las cuestiones sustantivas sobre las que no hay acuerdo entre los miembros de la sociedad. Sin embargo, considero que desde una concepción semejante no se ha prestado la atención necesaria a los presupuestos sobre los que se apoya.

Los derechos sociales pueden fundamentarse a partir de una concepción procedimental de la democracia con base en la propuesta de Waldron haciendo expresos los presupuestos condicionales que están implícitamente asumidos en su teoría. Así, la legitimidad de un procedimiento democrático (necesaria para dotar de autoridad al órgano legislativo para tomar decisiones) se deriva en parte de la premisa básica de que todos los individuos deben tener la posibilidad efectiva de participar en el procedimiento de toma de decisiones. De allí que puede sostenerse, como lo hace Waldron, que el derecho a la participación política es constitutivo de la democracia entendida en términos procedimentales.

177

Sin embargo, la noción de participación política efectiva no tiene por qué entenderse como reducida al ejercicio ciudadano del derecho igual de voto (y el derecho a presentarse como candidato a un cargo público). Un procedimiento democrático de toma de decisiones puede y debe estructurarse con la finalidad de posibilitar la participación política efectiva de todos los ciudadanos. Así, tal posibilidad de participación política es una exigencia del propio procedimiento democrático cuyo disfrute debe estar garantizado a todos. Ello debe entenderse como que cada individuo ha de tener oportunidades efectivas de participación política y que esas oportunidades han de estar disponibles para todos. La garantía del ejercicio efectivo de la participación política satisfaría el estándar procedimental de la no exclusión.

Una perspectiva procedimental de la democracia, entonces, se fundamenta sobre la asunción de ciertas *precondiciones del procedimiento democrático*. La concepción de la democracia que adopto –brevemente expuesta– parte de las consideraciones de la legitimidad democrática defendida por Waldron, que he examinado en la sección anterior.⁶³ Como Waldron, sostengo que la asamblea

63 Véase Morales *op. cit.*, capítulos VIII y IX, donde elaboro una defensa más extensa de la tesis de las precondiciones materiales del procedimiento democrático.

democrática es el órgano legitimado para tomar decisiones sobre lo que exige la justicia en las circunstancias de la política. En cambio, me distancio de aquella posición en tanto sostengo que bajo una consistente interpretación de la democracia procedimental es posible justificar el establecimiento jurídico de ciertos derechos sociales y su protección constitucional robusta, en tanto precondiciones materiales de la democracia entendida en términos procedimentales.

De conformidad con esta posición, las precondiciones de un procedimiento democrático legítimo son *aquellos bienes o derechos que deberían garantizarse como condiciones de posibilidad de la participación efectiva de todas las personas en dicho procedimiento*. Estas precondiciones, por tanto, son requeridas para el funcionamiento del mismo procedimiento democrático y se fundamentan en la exigencia de legitimidad democrática del procedimiento de decisiones de acuerdo con el estándar de no exclusión. Concebidas de esta manera, tales precondiciones tienen un valor principalmente instrumental, en tanto que su finalidad es posibilitar el ejercicio de la participación política efectiva de todos. Bajo esta interpretación, la tesis de que ciertos derechos sociales deben ser satisfechos como precondiciones procedimentales para la participación política legítima se configura como una tesis normativa. Esto es, si no se garantizan los derechos sociales en una sociedad democrática el procedimiento de toma de decisiones colectivas no puede ser considerado legítimo en un grado aceptable.

178

6. Bibliografía

- Barry, Barry (1989). "Is Democracy Special?". En *Democracy, Power, and Justice: Essays in Political Theory*. Oxford: Oxford University Press, 24-60.
- Bayón, Juan Carlos (2004). "Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo" En J. Betegón, F. Laporta, J.R. de Páramo y L.P. (eds.), *Constitución y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 67-138.
- Beitz, Charles (1989). *Political Equality*. Princeton: Princeton University Press.
- Bellamy, Richard (2007), *Political Constitutionalism*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Christiano, Thomas (1996). *The Rule of the Many. Fundamental Issues in Democratic Theory*. Oxford: Westview Press.
- (2000). "Waldron on Law and Disagreement", *Law and Philosophy* 19(4), 513-543.

- (2008). *The Constitution of Equality. Democratic Authority and its Limits*. Oxford: Oxford University Press.
- Dahl, Robert (1992). *La democracia y sus críticos*. Traducido por Leonardo Wolfson. Barcelona: Paidós.
- Dworkin, Ronald (1986). *Law's Empire*. London: Fontana.
- (1987). "What is Equality? Part 4: Political Equality", *San Francisco Law Review* 22(1), 1-30.
- (1990). "Equality, Democracy and the Constitution: We the People in Court?". *Alberta Law Review* 28(2), 324-346.
- (1996). "Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise". En *Ronald Dworkin, Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1-38.
- (2000). "Free Speech, Politics, and the Dimensions of Democracy". En *Sovereign Virtue, The Theory and Practice of Equality*. Cambridge: Harvard University Press.
- (2011). *Justice for Hedgehogs*. Harvard: Harvard University Press.
- Elster, Jon (1988). "Introduction". En Jon Elster y Rune Slagstad (Eds.) *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge: Cambridge University Press, 1-17.
- Estlund, David (2008). *Democratic Authority: A Philosophical Framework*. Princeton: Princeton University Press.
- (2009). "Debate: On Christiano's The Constitution of Equality", *Journal of Political Philosophy* 17(2), 241-252.
- Fabre, Cecile (2000). *Social Rights under the Constitution*. Oxford: Oxford University Press.
- Garzón Valdés, Ernesto (2000). "El consenso democrático: fundamento y límites del papel de las minorías", *Isonomía* 12, 7-34.
- Gutmann, Amy y Thompson, Dennis (1996). *Democracy and disagreement*. Cambridge: Harvard University Press.
- Hart, Herbert L.A. (1998). *El concepto de derecho*. Traducido por Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Kavanagh, A. (2003). "Participation and Judicial Review: A Reply to Jeremy Waldron", *Law and Philosophy* 22(5), 451-486.
- Lemieux, Scott y Watkins, David (2010). "Judicial Review, Veto Points and Democratic Theory". *Western Political Science Association 2010 Annual*

Meeting Paper, 1-42. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1580536>

Locke, John (1988) [1690]. *Two Treatises of Government*. Editado por Peter Laslett. Cambridge: Cambridge University Press.

Martí, José Luis (2005). “The Sources of Legitimacy of Political Decisions: Between Procedure and Substance”. En L. Wintgens (Ed.), *The Theory and Practice of Legislation: Essays on Legisprudence*, Aldershot: Ashgate, 259-281.

Morales, Leticia (2015). *Derechos sociales constitucionales y democracia*. Madrid: Marcial Pons.

Rawls, John (1971). *A Theory of Justice*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press.

Public Reason Blog for Political Philosophers. <http://www.publicreason.net>.

Schauer, Frederick (1994). “Judicial Review of the Devices of Democracy”, *Columbia Law Review* 94, 1326-1347.

Waldron, Jeremy (1993). “A Right-Based Critique of Constitutional Rights”, *Oxford Journal of Legal Studies* 13(1), 18-51.

-- (2005). *Derecho y desacuerdos*. Traducido por José Luis Martí y Alberto Quiroga. Madrid: Marcial Pons.

-- (2006a). “The Core of the Case Against Judicial Review”, *The Yale Law Journal* 115(6), 1346-1406.

-- (2006b). “Disagreement and Response”, *Israel Law Review* 39(3), 50-68.