

LA JUSTIFICACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL SISTEMA INTERNACIONAL Y SUS CONSECUENCIAS LEGITIMADORAS EN UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA*

Claudio Nash Rojas

INTRODUCCIÓN

Sin duda que la cuestión de la legitimidad de Derecho Internacional de los Derechos Humanos es importante, pero ha ido quedando rezagada a la luz de las urgencias con las que tiene que lidiar normalmente la protección internacional de los derechos humanos. Piensen ustedes que la Corte Interamericana aún tiene que lidiar con masacres, práctica sistemática de tortura, casos graves de discriminación, etc.

Pero este rezago no puede implicar olvido. Es importante preguntarse por la legitimidad del DIDH porque este está impactando cada día con más fuerza a los sistemas normativos nacionales y cada vez más se va transformando efectivamente en una fuente de legitimidad de la actuación del poder estatal.

En este punto es importante observar que en torno al tema de los derechos humanos hay un doble debate: interno ¿cómo mejorar la protección de los derechos? y uno externo que se pregunta sobre la legitimidad del modelo basado en derechos atrincherados en sede internacional y el establecimiento de un mecanismo de control internacional. Eso nos pone en un doble desafío: la justificación de los derechos humanos, en particular del DIDH tiene que ser capaz de explicar razonablemente el estado actual de desarrollo normativo y su praxis, así como dar una respuesta adecuada a las posibles objeciones de legitimidad.

Por ello, he querido centrar mi presentación no en la justificación de los derechos humanos en general, materia más propia de la filosofía que del derecho internacional, y centrarme en la discusión sobre la legitimidad del DIDH, ¿dónde están las bases para establecer su obligatoriedad?

Con este fin estableceré en un primer lugar las bases de la justificación del derecho internacional en general, para luego entrar en la discusión de la legitimidad del DIDH. Para ello recurriré a la visión más influyente en el último cuarto de siglo, las ideas de RAWLS y veré como estas ideas nos pueden iluminar para explicar la justificación del DIDH. Luego entraré en las consecuencias de esta justificación para explicar lo que los organizadores nos proponen como tema de discusión: el impacto del DIDH en la configuración de una idea actual de los derechos fundamentales y la justificación de la

Versión de la Conferencia dictada con el mismo título en el Congreso de Derechos Humanos, organizado por Estudiantes de Derecho de la Facultad de Derecho – Universidad de Chile, Santiago, 19 de agosto de 2008.

judicialización de estos derechos. Finalmente, esbozaré el tema del debate interno: la legitimidad de la praxis internacional y el criterio de corrección que debemos tener presente al momento de optar por un diseño institucional.

De una u otra forma esta discusión servirá como marco para los temas que serán discutidos en todo este Congreso.

I. JUSTIFICACIÓN DEL DIDH

1. El rol primordial de los derechos humanos en el ámbito internacional hoy y la pregunta sobre la justificación de su obligatoriedad.

Un lugar común en el tratamiento del tema de los derechos humanos en el ámbito internacional ha sido justificarlos en base a las funciones que cumplen en el sistema internacional. En efecto, si observamos la argumentación de RAWLS sobre los derechos humanos encontraremos una construcción definida sobre la base de qué rol cumplen los derechos en el sistema internacional. Así, señala que los derechos humanos “constituyen una clase especial de derechos urgentes”, su violación es condenada por pueblos liberales razonables y por pueblos jerárquicos decentes¹. En una línea similar podemos ubicar a BOBBIO. Para el profesor italiano, lo central en materia de derechos humanos será protegerlos y no justificarlos².

Si partimos el análisis sobre la justificación desde el rol que estos desempeñan en el derecho internacional actual, tendríamos que convenir que los derechos cumplen con dos funciones centrales para la convivencia de la comunidad internacional: sirven de límite a la soberanía y además son un elemento clave para la legitimidad del Estado en cuanto partícipe de la comunidad internacional. La pregunta: ¿qué justifica que estos derechos cumplan con funciones tan centrales?

Si bien estas posturas aportan desde el punto de la relevancia de los derechos humanos y el éxito del proceso de consagración internacional, no resuelven el tema de su justificación. En efecto, la respuesta a la pregunta sobre la “especialidad” de estos derechos no podría ser “porque los Estados se han obligado” o “porque los Estados a través de sus prácticas internacionales los han validado”. Es necesario buscar el porqué de esta concurrencia de voluntades en el ámbito internacional.

Tenemos, además un nuevo límite: al igual que en el ámbito nacional, la respuesta sobre la justificación de los derechos humanos en el ámbito internacional no puede estar dada por una visión comprehensiva o abarcativa del ser humano, esto es, por una respuesta

1 Rawls, 1999: 93.

2 “... el problema de fondo relativo a los derechos humanos no es hoy tanto el de justificarlos como el de protegerlos. Es un problema no filosófico, sino político”. Bobbio, 1991: 61.

moral acerca de qué es el ser humano y su lugar en la comunidad internacional. En la comunidad internacional concurren una multitud de respuestas morales que deben convivir en cierto pie de igualdad, lo que obliga a buscar alguna respuesta que no suponga alguna de estas visiones. Por ello, me parece que la justificación de los derechos humanos en sede internacional es más exigente que en sede nacional, ya que en el ámbito interno es posible pensar en consensos más profundos. Por ello en el ámbito internacional las explicaciones tradicionales de los derechos humanos (iusnaturalistas, racionalistas, historicistas, etc.) no son útiles.

Como la respuesta al tema de la legitimidad del DIDH es parte de un sistema normativo mayor en el que nos encontramos insertos, el derecho internacional público (DIP), me parece que es necesario partir la discusión situándola en el marco de la relación entre esta rama del Derecho y los derechos humanos.

2. El DIP y los derechos humanos: hitos relevantes en materia de justificación

Si bien el desarrollo de un sistema normativo internacional en materia de derechos humanos es una cuestión reciente en el derecho internacional público, no debe pensarse que esta ha sido una preocupación extraña a esta rama del Derecho. No hay dudas que la preocupación sobre los derechos individuales ha estado presente en el derecho internacional desde sus orígenes. A continuación repasaré algunos hitos de esta relación entre el desarrollo del derecho internacional y los derechos individuales.

El derecho común o *ius commune* había sido parte de las bases del sistema político y jurídico de Europa occidental desde el S. XIII. En medio de un mundo que cambia sus fronteras y sus horizontes, surge la necesidad de resolver aquellos problemas planteados con el conflicto de intereses entre sujetos que no se sienten regidos por un mismo Derecho. En ese contexto surgen las primeras nociones de lo que luego se conocerá como derecho internacional o derecho de gentes³. Los temas son planteados respecto de las nuevas tierras descubiertas y se relacionan con la legitimidad de la ocupación y el trato de las personas habitantes de estos territorios.

Más adelante, será VATTEL (s. XVIII) quien marque el desarrollo del pensamiento sobre el derecho internacional con consecuencias hasta el día de hoy: En el pensamiento de VATTEL los Estados constituirían una *société de nations*, sometidas al derecho natural, pero a la vez, relacionados con las reglas practicadas y convenidas por los Estados de su tiempo⁴. Es posible sostener que esta visión ecléctica del derecho internacional está en la base de la construcción del actual derecho internacional de los derechos humanos: donde concurren principios y prácticas soberanas.

3 Mariño, 2005: 45-65.

4 Ruiz Miguel, 2002: 259-261.

A fines del período de la Ilustración se produce otro de los hitos en el desarrollo del pensamiento internacionalista, las ideas de KANT. Su tesis sobre un cosmopolitismo universal ha tenido gran influencia en el desarrollo de un derecho internacional vinculado con los derechos humanos. A diferencia de la tesis de HOBBS que ve al sistema internacional como una situación de estado de naturaleza regida por la fuerza, KANT plantea la relación internacional como una “sociedad de naciones” que podría alcanzar lo que denomina una “paz perpetua” y no sólo un estado de paz entre-guerras. Su idea es una “Sociedad de Naciones”, esto es, una suerte de confederación de Estados libres que puede ser disuelta en cualquier momento⁵. La aspiración final de esta “sociedad de naciones”, cual sería la “paz perpetua”, sólo se conseguiría cuando los Estados sometieran sus actuaciones a un derecho internacional “fundado en leyes públicas con el respaldo de un poder, las leyes a las cuales todo Estado tendría que someterse”⁶. Los planteamientos de KANT están claramente expresados en el ideal contemporáneo de un “orden público internacional” basado en derechos humanos.

En síntesis, estos antecedentes permiten sostener que hay una relación entre el derecho internacional público y los derechos humanos desde los orígenes del pensamiento internacionalista. Las ideas centrales sobre la explicación del derecho internacional como un sistema en el que confluyen elementos positivos y principios éticos, así como la construcción de un orden internacional fundado en Estados respetuosos de los derechos individuales y vinculados por un orden internacional regido por el derecho, son precisamente las bases sobre las que descansa la construcción del sistema normativo internacional de derechos humanos.

3. Justificación positivista del DIDH

Una justificación podría ser exclusivamente positivista: los derechos humanos obligan porque así lo establecen los catálogos suscritos por los Estados, o bien justificar su legitimidad no sólo en los tratados, sino que en las prácticas de los Estados (una tesis voluntarista más amplia).

Por ello me parece adecuado buscar la respuesta por el camino que nos sugiere RAWLS. Este autor sostiene que una forma de entender la justificación de los derechos en el ámbito interno es buscar en la **cultura política implícita** los elementos que permitan sustentar una determinada justificación política del acuerdo en base a derechos⁷. Si aplicamos la visión de RAWLS, deberemos determinar sobre qué base se ha construido el derecho internacional, pues este ha servido a su vez de fundamento para el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos.

4. Justificación del DIDH en base al principio del autogobierno

5 Ruiz Miguel 2002: 263.

6 Ruiz Miguel 2002: 263.

7 Este es precisamente el objetivo de Rawls en su obra *Liberalismo Político*, Rawls, 1993.

En el campo del derecho internacional es evidente que toda la construcción del sistema normativo se ha erigido sobre el principio del autogobierno⁸. El fundamento sobre el que se construyen las instituciones y relaciones internacionales es el respeto por el autogobierno⁹. Los Estados construyen sus relaciones y han diseñado el sistema normativo internacional entendiendo que cada uno debe ser tratado de forma tal que se respete este principio¹⁰. De esta base se derivan ciertos principios básicos: el respeto a los acuerdos internacionales (*pacta sunt servanda*), el respeto a la soberanía, y también el respeto a las diversas fuentes de los derechos humanos¹¹.

En efecto, en la medida que los Estados representen a sus ciudadanos en la esfera internacional, es necesario que se respete un mínimo de derechos en el ámbito interno. Esto permitiría que el autogobierno sea una expresión legítima de la voluntad de los individuos manifestada a través del Estado, esto es que exista una voluntad que puede ser legítimamente representada en el concierto de naciones. Los derechos constituyen, entonces, ciertos requisitos mínimos que legitiman la voluntad soberana de los ciudadanos.

De esta forma, los derechos constituyen un mínimo que da legitimidad a la comunidad política, sin estos derechos mínimos no hay una comunidad política legítima. Sin derechos no es posible hablar de un sistema democrático legítimo. Es necesario el cumplimiento de derechos de libertad, igualdad y participación si queremos hablar de una voluntad política legítima. Estos derechos en ningún caso suplen la voluntad política, sino que la legitiman, tanto procedimentalmente (cómo y quién toma las decisiones), como sustantivamente (ciertas cuestiones deben obtenerse a través del acuerdo colectivo y otras no pueden ser objeto de un acuerdo mayoritario, aunque sean útiles para fines colectivos).

8 Macedo, 2004: 1721-1738.

9 En este sentido es interesante tener en consideración que la idea de autogobierno no debe ser entendida como parte de un esquema interno/externo, sino que el autogobierno "representa un estándar de legitimidad política en el marco de los derechos humanos (...) la autodeterminación sustantiva se compone de dos elementos (...) aspecto *constitutivo*, la autodeterminación requiere que el diseño institucional de las instituciones de gobierno refleje sustancialmente el resultado de procesos guiados por la voluntad del pueblo o pueblos gobernados. En segundo lugar, en lo que puede denominarse su aspecto *continuado*, la autodeterminación exige que el diseño de las instituciones políticas, independientemente de los procesos que llevan a su creación o transformación, permita a la gente vivir y desarrollarse libremente de forma permanente", Anaya, 2005: 151-152.

10 La tesis aceptada predominante en el derecho internacional público sostiene que la soberanía y la igualdad entre Estados representa la doctrina constitucional básica del derecho de las naciones, cuyo corolario será el dominio reservado de ciertos temas, expresado en el principio de no intervención. El límite de este dominio reservado, entre otros, dirá relación precisamente con temas de derechos humanos (arts. 55 y 56 de la Carta de Naciones Unidas), el que ha sido vinculado con amenazas a la paz y seguridad internacional, Brownlie, 1998: 293-299.

11 Precisamente, estos elementos son los constitutivos de lo que se ha denominado los "principios fundamentales del orden jurídico internacional" expresados, entre otros, en la Carta de Naciones Unidas (arts. 1 y 2), la *Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de Naciones Unidas* (adoptada por consenso por la Asamblea General de Naciones Unidas el 24 de septiembre de 1970 –Resolución 2625 (XXV)), en este sentido ver Mariño, 2005: 77-79.

Ahora desde una mirada de la actuación del Estado en el ámbito internacional, si los Estados reclaman el respeto por su autogobierno, necesariamente deben estar en condiciones de garantizar el respeto por ciertos derechos mínimos en el ámbito local, base de su legitimidad. De esta forma, la actuación soberana en el ámbito internacional es consecuencia de la legitimidad de la voluntad de la comunidad política generada internamente; no estamos ante dos procesos independientes, sino que ante un mismo sistema de legitimidad basado en la formación de las decisiones colectivas en el ámbito interno. Es posible que en el ámbito interno pueda irse más allá en los derechos y sus garantías y esto se debe a que en ese ámbito es posible un acuerdo más profundo; pero en ningún caso podrá haber un acuerdo interno que sea más restrictivo que el mínimo consagrado internacionalmente.

Los sistemas internacionales de derechos humanos son un mecanismo para garantizar, precisamente, la legitimidad de la actuación del Estado. Los instrumentos internacionales que desarrollan los catálogos de derechos son, en consecuencia, la manifestación concreta del acuerdo sobre esos derechos mínimos que legitiman la actuación del Estado y que justifica el control internacional respecto de la forma en que el Estado trata a las personas sujetas a su jurisdicción. Por su parte, los mecanismos de control compuestos por órganos supranacionales y procedimientos de control y protección basan su legitimidad precisamente como la forma a través de la cual la comunidad internacional garantiza un legítimo autogobierno interno y de esta forma, una comunidad internacional base de una sociedad de naciones.

En este sentido se ha pronunciado, entre otros, FERRAJOLI quien al efecto ha señalado: "es claro que la autonomía externa tiene como presupuesto la autodeterminación interna y, por tanto, la máxima garantía de los derechos políticos y de libertad"¹².

Podemos concluir, en consecuencia, que esta justificación de la obligatoriedad del derecho internacional de los derechos humanos basado en el principio del autogobierno, no sólo es razonable a la luz de las ideas implícitas en la comunidad política internacional, sino que además está en concordancia con el fundamento del propio derecho internacional público. En efecto, tal como hemos señalado se ha dado una justificación dual del derecho internacional, esto es, su legitimidad está dada por la concurrencia armónica de decisiones soberanas positivas (tratados, costumbre) y el respeto por ciertos principios morales (autogobierno).

II. CONSECUENCIAS DE JUSTIFICAR EL DIDH A LA LUZ DEL PRINCIPIO DEL AUTOGOBIERNO

¹² Ferrajoli, 2007: 78.

1. Discusión sobre la Legitimidad del diseño institucional

Esta justificación del DIDH a partir del principio del autogobierno permite resolver, a mi juicio, de una manera coherente la discusión acerca de la tensión que puede producirse entre los derechos humanos consagrados y garantizados internacionalmente y el sistema democrático basado en la premisa mayoritaria.

En este sentido, me parece que esta argumentación nos permite resolver adecuadamente las principales objeciones que surgen del debate sobre la legitimidad de un diseño institucional basado en derechos, en este caso, consagrados y garantizados internacionalmente. Sobre esta base creo que podemos afrontar una de las preguntas básicas del debate sobre derechos humanos: la legitimidad de un sistema de control jurisdiccional de los derechos humanos consagrados internacionalmente.

2. Críticas de WALDRON

Como sabemos una de las objeciones más fuerte a la idea de atrincherar derechos en la Constitución y, en particular a establecer un sistema de control contramayoritario, es la que ha sostenido WALDRON. Este autor formula su crítica a la vinculación entre los derechos morales y los derechos constitucionales sobre la base de las siguientes premisas: (a) tener un derecho moral a algo no implica que se deba tener un derecho legal a ello; (b) los derechos atrincherados, al necesitar de reconocimiento constitucional, quedan expuestos a rigideces verbales; (c) no es claro qué derechos deben ser atrincherados, siendo esta una cuestión altamente controvertida en sociedades plurales; y (d) confiar el “coto vedado” a un tribunal no es aceptar como regla de discusión “la que deriva de la mejor teoría de la justicia, sino que aquella que establezca un tribunal”¹³.

La teoría de WALDRON está basada en la idea de desacuerdo, esto es, que en sociedades plurales es normal la existencia de discordia acerca de qué derechos tenemos y el alcance de los mismos. En ese sentido el derecho de participación es de carácter instrumental, pues nos permite resolver estos desacuerdos¹⁴.

Al abordar el tema de la concepción constitucional de la democracia¹⁵, WALDRON parte de la idea del derecho de participación como un instrumento que resulta esencial para la resolución de los desacuerdos. Luego, distingue dos categorías de derechos presentes en una democracia: aquellos que son constitutivos del proceso democrático y aquellos necesarios para su legitimidad. Si bien acepta estas categorías, reitera que en cada caso será necesario determinar su alcance y contenido, lo que eventualmente puede producir un desacuerdo que requiera de una resolución. Este es el punto en que el autor critica

13 Waldron, 2004: 209-312. En particular este tema está tratado en los capítulos 10, 11 y 13 de esta obra. Un nuevo acercamiento al tema, aunque centrado en el tema del activismo judicial, lo encontramos en Waldron, 2006: 1346-1406.

14 Waldron, 2004: 239.

15 Waldron, 2004: cap. 13.

una eventual resolución del desacuerdo por vía judicial. Sostiene que si la decisión queda entregada al poder judicial estaríamos subyugando el poder político al judicial, lo que constituye un problema en una democracia basada en la participación de los ciudadanos en la resolución de los desacuerdos que puedan legítimamente presentarse¹⁶. Para WALDRON la vía judicial no mejora el proceso de deliberación y participación, sino por el contrario. Entregando la decisión de los desacuerdos a los tribunales, una institución no electa y no responsable, algo se pierde desde el punto de vista democrático¹⁷. En definitiva, si hay desacuerdos, hay un derecho a participar en su resolución¹⁸.

3. Visión fuerte de los derechos: DWORKIN

En este debate, una de las voces más autorizadas es la de DWORKIN, quien ha sido un fuerte defensor de un activo rol de los jueces en materia de interpretación de los principios constitucionales y, en particular, de aquellos que consagran derechos morales. En primer lugar, DWORKIN pretende despejar una confusión sobre la actividad de interpretación de la Constitución. Para él la lectura moral de la Constitución (*moral reading of the Constitution*) propone que “todos los actores interpreten y apliquen las cláusulas abstractas en el entendido que están invocando principios morales sobre la decencia política y justicia”¹⁹. Esta lectura moral implica poner la moralidad política al centro del derecho constitucional.

DWORKIN propone una visión sustantiva de los derechos y de la democracia. Su punto de partida en el análisis radica en un principio igualitario abstracto: “el gobierno tiene que mejorar la vida de los ciudadanos y tratar con igual consideración a los miembros de la comunidad”²⁰. A su juicio, la interpretación preferida de la igualdad de consideración no sólo afectará al diseño de las instituciones fundamentales de gobierno, sino también a las decisiones concretas que tomen estas instituciones.

Su concepción dependiente de la democracia le permite a DWORKIN sostener la legitimidad del control jurisdiccional en la medida que los resultados que se obtengan sean compatibles con el trato de los individuos con igual consideración por parte de la autoridad.

Dentro de este diseño institucional, no se excluye la necesidad de tomar medidas contramayoritarias, en la medida de que se garantice el trato con igual consideración del ciudadano. A juicio de DWORKIN, no se afecta la libertad, porque el acuerdo constitucional en una perspectiva relacional debe incluir la opción de omitir el acuerdo; tampoco se afecta la igualdad, ya que esta sólo estaría en referencia a la igualdad

16 Waldron, 2004: 283-285.

17 Waldron, 2004: 293.

18 Waldron, 2004: 296.

19 Dworkin, 1997: 2.

20 Dworkin, 2003: 203.

política, que no es el concepto integral de igualdad; tampoco las ideas comunitarias son un argumento fuerte, ya que la discusión que se genera en torno a la discusión judicial puede ser más fuerte y contribuir de mejor manera al “espíritu” de la comunidad que un acuerdo de mayorías²¹.

Por tanto, si se produce alguna regulación o se ejecuta una acción gubernamental que afecta el carácter democrático de la comunidad, el acuerdo constitucional puede legítimamente asignar la resolución de esa cuestión a un tribunal sin afectar la democracia. En dicho caso la intervención judicial no implica costos morales; al contrario, si la Corte no interviene, todos estaríamos en una situación peor desde una perspectiva democrática. Para DWORKIN es posible que se cometan errores en la decisión judicial, pero no es menos cierto que en las decisiones legislativas y administrativas se corre el mismo riesgo de error²².

4. RAWLS y la tesis dualista de ACKERMAN

En cuanto al rol del poder judicial, RAWLS parte de la base de una estructura dualista, donde distingue el poder constituyente y el poder ordinario de los funcionarios. En dicha estructura, el poder supremo no lo puede ejercer uno solo de los poderes del Estado, sino que este “poder más alto y supremo lo ejercen las tres ramas, en una relación debidamente especificada de una con la otra, y cada una es responsable ante el pueblo”²³. A partir de estos principios sostiene que la Suprema Corte encaja en la idea de una democracia constitucional dualista como “uno de los recursos institucionales para proteger a la ley más alta”²⁴. Sobre el rol de la Corte y la objeción contramayoritaria, RAWLS señala que la “Suprema Corte no es antimayoritaria respecto de la ley más alta cuando sus decisiones concuerdan razonablemente con la Constitución misma, con las enmiendas que se le hayan hecho y con las interpretaciones de ella que se hayan ordenado políticamente”²⁵.

5. La justificación sobre la base del principio del autogobierno

Volvamos a la idea básica de justificación del DIDH. He señalado que los derechos humanos consagrados nacional e internacionalmente, están fundados en la idea de autogobierno. Si se acepta que los derechos fundamentales están basados en este principio, también debe aceptarse que no puede haber una contradicción entre estos derechos y la democracia. En efecto, el autogobierno, expresado a través del sistema democrático que usa como instrumento para la toma de decisiones colectiva la regla de

21 Dworkin, 1997: 23-31.

22 Dworkin, 1997: 32-3.

23 Rawls, 1993: 220-221. En este sentido Rawls sigue la tesis de Ackerman sobre la democracia dualista, para una versión en español ver Ackerman, 1988: 217-262 (ver *inra* nota 30).

24 Rawls, 1993: 222.

25 Rawls, 1993: 222.

mayorías, sólo se configura legítimamente cuando se respetan los derechos fundamentales que son precondiciones para constituir dicha voluntad colectiva. Por tanto, la democracia requiere del pleno respeto y garantía de estos derechos para ser un sistema legítimo de toma de decisiones colectivas.

En la medida que el autogobierno sea el punto de acuerdo que da legitimidad a los derechos humanos consagrados internacionalmente, no puede haber contradicción con el sistema democrático o déficit democrático, ya que autogobierno y democracia se justifican en niveles diferentes. La democracia -implementada a través de la regla de mayorías- estará legitimada en la medida que cumpla con estos derechos mínimos que permiten el autogobierno²⁶.

De esta forma, la crítica de WALDRON es equivocada ya que no puede haber tensión entre los derechos fundamentales y la democracia, ya que este sistema de gobierno supone los derechos fundamentales. En este sentido, el acuerdo sobre derechos humanos está en un plano más profundo que el de democracia, su justificación es en el autogobierno y no en las formas de ejercicio de este principio (sistema democrático).

Para WALDRON toda regla de decisión colectiva última tiene que ser estrictamente procedimental, de forma tal que estamos eligiendo entre dos reglas de decisión colectiva, ambas falibles. Desde este punto de vista, para WALDRON sólo la regla de mayorías reconoce la igualdad de los individuos. El punto relevante, a mi juicio, es que esta regla de mayorías no se legitima en sí misma, sino que tiene justificación como instrumento para la toma de decisiones, en la medida que se exprese dentro de un sistema normativo donde han sido respetados ciertos derechos mínimos, que son precisamente aquellos consagrados como derechos humanos internacionalmente. Por ello, la idea de WALDRON de que el derecho de participación es el "derecho de los derechos" es errada ya que no es posible pensar en la participación legítima en la medida que no hayan sido respetados un conjunto de condiciones que sirven de prerrequisito para que dicha regla funcione. No es razonable pensar en un sistema como el que propone WALDRON donde los mismos sujetos que van a ser limitados por los derechos humanos (la mayoría) determine el alcance y fije las reglas mínimas sobre las cuales ese acuerdo será legítimo. La clave para establecer este límite a la mayoría es precisamente sacar la decisión final, en caso de desacuerdo, de su ámbito de competencia; si no, no hay límite real.

26 Hay una crítica sobre "la paradoja del presupuesto" que señala que a mayor acuerdo en los presupuestos de la democracia como derechos fundamentales, son menos los asuntos relevantes que quedan para la discusión pública. Esta es una crítica interesante, pero me parece errada a la luz de la situación actual de los derechos humanos. Esta crítica solo sería justificada frente a una inflación de derechos, pero esto no corresponde a la realidad. Por tanto, desde la praxis no es una crítica acertada. Desde la teoría tampoco lo es, ya que se pone en el caso de un exceso, esto es, desde un absurdo y esto desvirtúa la discusión. Los derechos humanos son derechos mínimos que permiten el autogobierno e incluso respecto de estos derechos queda abierto un amplio espacio a la discusión, en particular a la forma en que pueden ser efectivamente garantizados por el Estado. No hay duda que el sentido del "coto vedado" es precisamente la protección de estos mínimos, nada más. (xxxCitar autores)

A mayor abundamiento, parece extraña la propuesta de WALDRON de dejar entregada al parlamento la totalidad de la voluntad soberana cuando es evidente la dificultad que tiene un sistema de elección entre alternativas múltiples de dar garantías de efectividad respecto a la representatividad (crítica desde la Teoría de la Elección Social)²⁷. De esta forma, no sería correcto sostener que la regla de mayoría posea el valor intrínseco tal como sostiene WALDRON²⁸.

La consecuencia me parece evidente, el poder legislativo, expresión del derecho de participación, gobierna legítimamente sólo en la medida que se le reconozca a la ciudadanía sus derechos fundamentales. La base del poder del legislador está sujeta a ciertas condiciones de legitimidad en cuanto al proceso a través del cual se constituye, su funcionamiento, su representatividad, los procedimientos que sigue, entre otros elementos. Las bases de la decisión política presuponen el respeto de derechos fundamentales, no sólo derechos que permitan la conformación del poder político (libertad de expresión, derechos de reunión, derechos de asociación, derecho a voto), sino que también cuestiones de representatividad sin discriminación, ciertas condiciones mínimas de igualdad vinculadas con condiciones de vida y educación, procedimientos respetuosos de las minorías, entre otros. Todo ello es expresión de un sistema de derechos de diversa fuente cultural (libertad, igualdad y participación) que permiten la construcción de una decisión colectiva sobre aquellas cuestiones relevantes en un sistema social de cooperación mutua.

De esta forma, la democracia no sólo se fortalece, sino que existe en la medida que la voluntad colectiva que de ella surge ha respetado ciertos derechos mínimos que permiten que las decisiones sean efectivamente decisiones de todos los sujetos de una cierta comunidad, no sólo los ciudadanos con derechos políticos, sino que todos los que serán sometidos a dichas decisiones. Una democracia sin derechos es impensable ya que en esta no habría una voluntad legítima. Por ello es relevante que los derechos sean un requisito de la democracia, entendida como una forma de convivencia que sobre la base de derechos mínimos permite la toma de decisiones colectivas, sea decisiones de estructura y organización del poder o la implementación de estas decisiones por el legislador o la judicatura.

27 Una crítica central a la concepción democrática basada en la regla de mayorías está basada en los estudios que señalan que no es posible determinar con exactitud qué quiere la mayoría y por tanto, el proceso está basado en decisiones erradas de lo que es la regla de mayorías como forma de toma de decisiones colectivas. Un importante crítico en esta materia es RIKER para quien ningún método de votación puede conciliar los juicios individuales y la imparcialidad, porque todo método de votación viola algún canon de imparcialidad o de razonabilidad. Sostiene este autor que todos los sistemas son, en algún modo, moralmente imperfectos y la elección social muchas veces es un artificio de métodos moralmente imperfectos más que una expresión de lo que la gente desea. Las votaciones no siempre reflejan una jerarquía de preferencias ya que ningún método logra satisfacer todos los elementos de la elección lógica (Riker, 2003: 161-194).

Sobre los problemas de las decisiones colectivas, ver Buchanan y Tullock, 2003: 195-215.

28 Ver en este sentido, Bayón, 2001: 85-86.

Esto nos lleva a la crítica que se formula en el modelo de WALDRON a los jueces. Me parece necesario tener en consideración que en un diseño institucional que reconozca el principio del autogobierno no hay razones para excluir a los jueces de la protección de los derechos que le sirven de condición mínima de legitimidad al sistema de gobierno democrático. La labor jurisdiccional tiene una responsabilidad central, al igual que los otros poderes del Estado. El parlamento no está ni mejor, ni peor posicionado para esta misión de respeto y garantía de los derechos fundamentales. Si en una sociedad hay desacuerdo sobre los derechos y su alcance, como señala WALDRON, será deber de cada órgano contribuir a su esclarecimiento. Ahora, los riesgos de dejar entregado en algunos casos la palabra final a los jueces sobre los derechos –que es una cuestión real– es una materia que debe ser abordada dentro del propio diseño institucional; pero no pueden ser usados dichos riesgos para excluir la labor jurisdiccional de principio.

La respuesta de DWORKIN ante este tema tampoco me parece correcta en su formulación. Me parece que la solución que da DWORKIN supone una cierta visión comprensiva de los sujetos²⁹ lo que limita su alcance. El principio de dignidad y las consecuencias que de él se desprenden supone una cierta visión moral de los sujetos que no explica adecuadamente al derecho internacional de los derechos humanos. En efecto, suponer una cierta “dignidad” de los seres humanos genera complicaciones porque el contenido de dicha calidad de sujeto digno sólo es posible explicarla en la medida que se converja en una visión común de qué son los seres humanos y esto no sirve como base común en el sistema internacional donde convergen diferentes visiones del ser humano. De ahí que el acuerdo moral sobre una cierta visión del ser humano pueda justificar ciertos acuerdos (en particular los sistemas constitucionales e incluso en alguna medida los regionales de derechos humanos) pero no puede servir de base común para justificarlos respecto de todos los Estados que concurren en la comunidad internacional.

Finalmente, en cuanto a la tesis de RAWLS, basada en la idea dualista de ACKERMAN, me parece que la idea de justificación en el autogobierno aclara una cuestión que puede presentar dudas: cuál es el límite que tiene el momento constitucional³⁰. Me parece que

29 Este aspecto de la tesis de Dworkin me parece especialmente claro en una de sus últimas publicaciones *Is Democracy Possible Here?*, particularmente en el Capítulo 1 “Common Ground” y 2 “Terrorism and Human Rights”, donde funda la base de los derechos humanos en la dignidad de la persona y en los principios que pueden extraerse de esta posición, ver Dworkin, 2006: 1-51.

30 Bruce Ackerman sostiene una tesis *dualista* que pretende superar las posiciones monista y fundacionalistas expuestas previamente. Para ello distingue dos momentos en la vida de una sociedad: política normal y política constitucional. En momentos de política normal la legislación debe ser guiada por las mayorías, bajo la limitación de estar sometida al control judicial; en los tiempos de política constitucional, momentos especialmente críticos para una sociedad, es posible pensar en que las divisiones sectoriales cesan y se abre espacio a una legislación consensuada en vistas al bien común. Rawls acepta esta distinción y agrega la idea a sus “principios del constitucionalismo”; la distinción poder constituyente – poder constituido le permite a Rawls sostener que el poder constituyente posee la más alta autoridad de la voluntad de “Nosotros el pueblo” y como tal “obliga y guía” al poder ordinario, de rango legal (Una primera aproximación al tema en Bruce Ackerman, “Constitutional Politics/Constitutional Law”, en *Yale Law Journal* 99 (diciembre de 1989), y luego en *We the People: Foundations*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, Vol. I, 1991. Para una crítica a esta teoría, ver Carlos S. Nino, *Democracia Deliberativa*, Gedisa, España, 1996, cap. IV).

la legitimidad del momento constitucional no viene dado sólo por las cuestiones procedimentales que caracterizan esta toma de decisiones por parte del poder constituyente, sino que también por cuestiones sustantivas. Dicho “momento” también tiene límites y estos son los establecidos en sede internacional. La comunidad política no puede tomar cualquier decisión, aún en un “momento constitucional”, sino que su decisión estará validada por el respeto de los derechos humanos, consagrados internacionalmente como un mínimo exigible para dar legitimidad a la decisión política colectiva. Esta es la única forma de que la comunidad pueda protegerse frente a decisiones colectivas basadas en intereses indisponibles por una sociedad política ya que afectan los derechos que fundan el sistema democrático.

* *
*

En síntesis, con base en estos argumentos me parece posible sostener que un diseño que sea respetuoso del rol que juegan los derechos fundamentales en tanto precondiciones del autogobierno, justifica su consagración con un cierto nivel especial de protección, tanto normativa como jurisdiccional. De ahí que sea justificado en un sistema democrático recurrir a ciertos derechos mínimos que han sido consagrados internacionalmente como expresión del valor del autogobierno y un diseño institucional que los garantice a través del poder político como judicial (nacional y/o internacional).

III. LA RESPUESTA AL DEBATE INTERNO: UN ESBOZO SOBRE LA LEGITIMIDAD DE LA PRAXIS DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL

1. Autogobierno y derechos fundamentales

Habiendo determinado la legitimidad de un diseño institucional basado en derechos y que además contemple un mecanismo de protección de los derechos (lo que incluye un cierto grado de determinación del contenido y alcance de los mismos), me parece que es necesario determinar al menos en su esqueleto básico los fundamentos de la legitimidad de la actuación de los órganos de control dentro de dicho diseño institucional.

En términos generales, sostengo la legitimidad de una concepción robusta de derechos humanos, que comprende un activo rol de control político y jurisdiccional tanto nacional como internacional.

Si el derecho internacional de los derechos humanos (en adelante “DIDH”) tiene como objetivo establecer y garantizar ciertos mínimos que legitimen la actividad de los Estados, es evidente que el objetivo del sistema internacional de derechos humanos será impactar en el ámbito interno, de forma tal que las decisiones colectivas que se tomen en materias propias de los derechos humanos cumplan con ciertos mínimos que legitimen la actividad

del Estado. Por tanto, los derechos humanos consagrados y garantizados internacionalmente no sólo implican una obligación internacional y por tanto, debe evitarse hacer incurrir al Estado en responsabilidad internacional; sino que determinan la legitimidad de las actuaciones del poder estatal en la medida que haya una efectiva vigencia de dichos derechos, esto es, que estos derechos sean efectivamente gozados y ejercidos por la población.

2. Cuestiones sobre la legitimidad dentro del diseño institucional

Los diseños institucionales adoptados por las Constituciones nacionales de la gran mayoría de países y en el ámbito internacional tienen elementos comunes: consagran un sistema de catálogos de derechos humanos y establecen mecanismos de control jurisdiccional contramayoritarios. Por tanto, el diseño institucional ha tomado por opción un sistema de derechos con garantía constitucional y, además, opta por un sistema de control de las decisiones de las mayorías a través de mecanismos jurisdiccionales.

Desde esta perspectiva, es importante distinguir adecuadamente cuáles son las críticas que se dirigen al diseño y cuáles son dirigidas a la praxis dentro del diseño. Muchas de las críticas que se formulan a la praxis no son sino una manifestación de críticas al diseño, lo que no es apropiado, o al menos no parece honesto.

Me parece que son dos los elementos que definirán la legitimidad del órgano de control: la actuación dentro de su competencia y la compatibilidad con los procedimientos creados al efecto. En concreto, la práctica institucional será legítima en la medida que el órgano de control haya interpretado los derechos dentro de ciertos márgenes de razonabilidad que pueden ser aceptados como una interpretación de buena fe de su competencia y que, para dicho fin, haya actuado dentro de los procedimientos concordados. En el ámbito internacional, además debemos prestar atención a la respuesta de los Estados frente a las actuaciones de los órganos de control.

Sobre la cuestión de la **razonabilidad**, la praxis debe basarse en un sistema normativo coherente y eficaz. Un sistema con estas características debiera ser aceptado por quienes concurren al acuerdo constitucional original (poder constituyente) como una interpretación de buena fe del mandato dado al órgano jurisdiccional de garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos humanos de los ciudadanos sujetos a la jurisdicción de los Estados parte de dicho sistema normativo universal o regional.

En cuanto a los **procedimientos** la actividad de control debe desarrollarse a través de procedimientos expresamente definidos, lo que permite a los órganos con jurisdicción constitucional pronunciarse sobre el contenido y alcance de estos derechos, y servir de límite a las actuaciones de los órganos que expresan la opinión y deseos de las mayorías.

Finalmente, en cuanto a la actuación de los Estados frente al control internacional el análisis es mixto. Por una parte, observamos el enorme impacto del DIDH en el ámbito interno (normativo, jurisprudencial, aplicación directa, entre otras manifestaciones) y por otra parte, observamos aún una fuerte resistencia a un control efectivo. Esta es una cuestión principalmente de explicación de la evolución y del status actual, no es propia de la justificación, aunque sí incide fuertemente en la discusión sobre la validez.

3. Un criterio básico de corrección: efectiva respuesta ante la realidad

Para concluir, debemos tener en claro que no cualquier diseño institucional es igualmente valioso. En este sentido, un elemento clave de corrección será que el diseño institucional y su praxis sean capaces de dar una adecuada respuesta ante la realidad de las violaciones de derechos humanos.

De acuerdo con BAYON los derechos fundamentales presentan dos características: son un límite a la adopción de políticas basadas en cálculos coste-beneficio y son límites infranqueables al procedimiento de toma de decisiones de la mayoría. Para este autor lo central es dar argumentos que justifiquen “el paso que media entre la adhesión a ese ideal moral sustantivo que es la tesis del ‘coto vedado’ y la elección de un diseño institucional específico para una comunidad política”³¹.

Bueno, este paso debe estar marcado por la realidad a la que debe hacer frente la implementación de dicho diseño y cómo esta práctica responde a las ideas compartidas en un sistema normativo.

Sin duda, no puede pensarse en un diseño institucional que no contemple la realidad a la que debe enfrentarse. La idea de diseñar instituciones a partir de un cierto acuerdo constitucional tiene como objetivo dar respuestas efectivas ante la realidad social, económica y política; en definitiva, dar forma a una cierta estructura básica de la sociedad que cumpla con los objetivos propios de un acuerdo de cooperación mutua fundado en derechos.

El diseño institucional y la forma en que las instituciones lo implementan, debe responder a ciertos acuerdos mínimos implícitos en la cultura política de la sociedad que pretende regir. Ahora, si sumamos a la experiencia histórica relativa a un diseño constitucional robusto, la experiencia histórica de violaciones de derechos humanos, de sistemas políticos poco representativos y de urgentes necesidades en el campo de los derechos humanos, no parece extraño que inserto en un movimiento internacional de protección de los derechos se haya optado por un diseño institucional que es visto como la mejor garantía de los derechos individuales en contextos de sociedades con graves problemas de violaciones de derechos humanos.

³¹ Bayón, 2000: 65-6.

En síntesis, recurrir a una concepción robusta de los derechos fundamentales no es otra cosa que la búsqueda de la mejor interpretación del diseño institucional para lograr la efectiva protección de los derechos fundamentales a partir de las posibilidades que da el propio sistema. Lo que hace el control internacional, es intentar respuestas efectivas ante la realidad, sin apartarse de los mandatos normativos a los que los propios Estados han concurrido.

BIBLIOGRAFIA

ACKERMAN, B. "Constitutional Politics/Constitutional Law", en *Yale Law Journal* 99 (diciembre de 1989)

----- *We the People: Foundations*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, Vol. I, 1991

ANAYA, J. *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*. Editorial Trotta, Madrid-España, 2004.

BAYON, J. C. "Derechos, Democracia y Constitución", en *Discusiones*, Año I, Nº1, 2000

BOBBIO, N. "Sobre el fundamento de los derechos del hombre". En su *El tiempo de los derechos* (Traducción de Rafael de Asis Roig), Madrid, sistema, 1991

BROWNLIE, I. *Principles of Public International Law*, Fifth Edition, Clarendon Press, Oxford, (1966) 1998

BUCHANAN, J. y **TULLOCK**, G. "The calculus of consent". En CHRISTIANO, T. (ed.) *Philosophy and Democracy An Anthology*. Oxford University Press, 2003

DWORKIN, R. "Introduction". En DWORKIN (editor), *The Philosophy of Law*. Oxford University Press, 1977

----- *Virtud Soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*. Paidós, 2003

----- *Is Democracy Possible Here?*, Princeton University Press, 2006

FERRAJOLI, L. "Sobre los Derechos Fundamentales", en *Teorías del Neoconstitucionalismo*, M. Carbonell (ed.), Trotta, Madrid-España, 2007,

MACEDO, S. "What Self-governing peoples owe to one another. Universalism, diversity and *The Law of Peoples*", en *Fortham Law Review* Nº72, 2004.

MARIÑO, F. *Derecho Internacional Público*. Parte General. Editorial Trotta, Madrid-España, 2005

NINO, C.S. *Democracia Deliberativa*, Gedisa, España, 1996

RAWLS, J. *Liberalismo Político*, Fondo de Cultura Económica, México, (1993) 2003
----- *El Derecho de gentes y "Una revisión de la idea de razón pública"*. Paidós,
Barcelona-España, (1999) 2001

RIKER, W. "Social Choice Theory and Constitutional Democracy". En CHRISTIANO, T.
(ed.) *Philosophy and Democracy An Anthology*. Oxford University Press, 2003

RUIZ MIGUEL, A. *Una filosofía del derecho en modelos históricos. De la antigüedad a los
inicios del constitucionalismo*. Editorial Trotta, Madrid-España, 2002

WALDRON, J. *Law and disagreement*. Oxford University Press, (1999) 2004