

DEMOCRACIA, DERECHOS HUMANOS Y SUS PELIGROS

-Carlos Blancas Bustamante (Perú)-

¿Puede la democracia representar un peligro para los derechos humanos?

A primera vista pudiera parecer que esta pregunta es meramente retórica, una interrogante sin sentido o basada en una hipótesis absurda, pues en el imaginario colectivo la democracia es el régimen político fundado en el respeto y vigencia de la libertad y los derechos humanos, de modo tal que éstos encuentran en aquel su ámbito natural de realización.

Esta imagen no es, ciertamente errónea pues, efectivamente, en la mayoría de los Estados que se proclaman como democráticos, se constata la vigencia y respeto de los derechos humanos, por lo general reconocidos en los textos constitucionales de aquellos. Sin embargo, este hecho no excluye la posibilidad —históricamente comprobada— de que en nombre de la democracia —o cuando menos, de un determinado concepto de ésta— se pretenda justificar la supresión o limitación de ciertos derechos, bajo el argumento de que el reconocimiento de éstos como fundamentales es una decisión que corresponde a la mayoría, la cual puede, por tanto, ampliar o reducir, según su criterio, el catálogo de derechos que habrá de regir en una sociedad determinada. Desde esta perspectiva, si bien la democracia implica la vigencia de los derechos fundamentales, el reconocimiento y la vigencia de éstos es una decisión que compete a la mayoría, en ejercicio de la soberanía popular.

Tal concepción supondría, como es evidente, la relativización de los derechos fundamentales, al quedar éstos supeditados a decisiones mayoritarias, tanto en lo que se refiere a su extensión como en lo atinente a su contenido.

Por ello, en la presente exposición intentaremos demostrar en qué forma los derechos fundamentales son también un límite a la democracia —cualquiera que sea la noción de ésta— y, por consiguiente, se encuentran sustraídos a las

decisiones de la mayoría, las cuales, encuentran en esos derechos límites infranqueables.

I. ESTADO DE DERECHO Y DERECHOS FUNDAMENTALES

1. El Estado de Derecho

El reconocimiento de los derechos humanos o fundamentales, como basamento del orden político y jurídico, tiene su punto de partida en el régimen político que, que se instauró después de la abolición del Antiguo Régimen, —absolutista y monárquico— la cual se realizó en nombre de la “libertad”, idea central en torno a la cual se articularon y reconocieron “libertades” y “derechos” específicos, proclamadas y reconocidas en las declaraciones que presidieron e inspiraron los procesos políticos revolucionarios que derrocaron el viejo sistema.

Como consecuencia de ello, se produjo la transformación profunda del Estado, producto de la cual el poder absoluto, anteriormente detentado por los monarcas, fue reemplazado por un nuevo régimen, sometido a reglas de derecho y procedimientos formales, sujeto al control recíproco de los tres poderes (legislativo, ejecutivo y judicial) en que se dividió la antigua potestad única de los soberanos y limitado por la obligación de garantizar y respetar los derechos fundamentales.

El resultado de esta transformación es el “Estado de Derecho”¹, una nueva especie de Estado que presenta diversas características constitutivas, que los autores han destacado. Así, Bobbio considera que es aquel “(...) *en el que los poderes públicos son regulados por normas generales (las leyes fundamentales o constitucionales) y deben ser ejercidos en el ámbito de las*

¹ Señala al respecto Böckenförde que este concepto surgió en la teoría del Estado del liberalismo temprano alemán y que fue utilizada por Robert von Mohl en obra “Staatrecht Königreichs Württemberg” de 1829, siendo, de este modo, introducida, en la discusión general sobre la política y el derecho del Estado. (Cfr. BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang, 2000. “Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia”. Madrid: Editorial Trotta S.A., p.p. 18-19).

*leyes que los regulan(...)*²; Lucas Verdú lo concibe como aquel en el que la organización y ejercicio del poder político está configurado jurídicamente “(...) de manera que los individuos y sus grupos están protegidos por la existencia previa de normas e instituciones jurídicas, garantizadoras de sus derechos y libertades;”³ y Böckenförde lo describe como “(...) el Estado del derecho racional, esto es, el Estado que realiza los principios de la razón en y para la vida en común de los hombres (...)”⁴.

De este modo, el Estado de Derecho, supone la organización y regulación de la actividad estatal de acuerdo con principios racionales⁵, los cuales se plasman en esa creación de la razón que es el Derecho⁶, alcanzándose, en esta forma la despersonalización e institucionalización del poder a fin de que “*gobierne el Derecho y no la arbitrariedad y/o capricho de los gobernantes*”⁷.

Los elementos, o características centrales, del Estado de Derecho son los siguientes: i) la primacía de la ley, o principio de legalidad, ii) un sistema jerárquico de normas, iii) la legalidad de la Administración, iv) la separación de poderes y el consiguiente control del gobierno por el parlamento, v) el reconocimiento y garantía de los derechos y libertades fundamentales y vi) el control del poder legislativo mediante el examen de constitucionalidad de las leyes⁸.

2. Los derechos fundamentales en el Estado de Derecho

El reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales es uno de los componentes esenciales del Estado de Derecho, sin duda el más importante de todos en cuanto que constituye presupuesto de éste la proclamación y

² BOBBIO, Norberto, 2008. “Liberalismo y democracia”. México: Fondo de Cultura Económica, p, p. 18.

³ LUCAS VERDÚ, Pablo, 1986. “Curso de Derecho Político”, Vol. II, 3ra edición. Madrid: Editorial Técnos S.A., p. 237.

⁴ BÖCKENFÖRDE, Op.cit, p. 19.

⁵ Ídem, p. 20.

⁶ GARRORENA MORALES, Angel. 1991. “El Estado español como Estado social y democrático de derecho”. Madrid: Editorial Técnos S.A., p. 159.

⁷ LUCAS VERDÚ, Loc.cit.

⁸ LUCAS VERDÚ, Op.cit, p-p. 238-239; BOBBIO, Op.cit, p-p. 19-20.

reconocimiento de la libertad y dignidad del ser humano, al servicio de la cual —como elementos instrumentales— se establecen la limitación racional del poder, la separación de los poderes del Estado y un amplio sistema de garantías jurídicas destinado a proteger las “libertades específicas” y derechos que emanan de aquella libertad general.

Es en este sentido que Carl Schmitt⁹ sostuvo que el Estado de Derecho obedece a dos principios: a) el *principio de distribución*, conforme al cual se considera que la esfera de libertad de individuo se acepta como un dato anterior al Estado, siendo, por tanto ilimitada en principio, mientras que la facultad del Estado para intervenir en esa esfera es limitada en principio; y b) el *principio de organización*, que sirve para poner en práctica el principio de distribución, dividiendo el poder del Estado y encerrándolo en un sistema de competencias circunscritas.

Del “principio de distribución” que reconoce la libertad del individuo, nacen los derechos fundamentales los cuales, según Schmitt son “(...) *sólo aquellos que pueden valer como anteriores y superiores al Estado, aquellos que el Estado, no es que otorgue con arreglo a sus leyes, sino que reconoce y protege como dados antes que él (...)*”¹⁰. De este modo, en la fase inicial del Estado de Derecho se produce según afirma Bobbio, la “(...) *constitucionalización de los derechos naturales*”, esto es la transformación de éstos en “(...) *verdaderos y propios derechos positivos*”¹¹. Ello tendrá como consecuencia que el Estado de Derecho no quede subordinado sólo a límites formales, consistentes en el respeto de las leyes, sino, también, a límites materiales, que son aquellos impuestos por la obligación de respetar y proteger los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente¹².

⁹ SCHMITT, Carl, 1982. “Teoría de la Constitución”. Madrid: Alianza Editorial, p. 138.

¹⁰ Ídem, p. 169.

¹¹ BOBBIO, Op.cit, p-p. 18-19.

¹² Ibídem.

3. Significado de los derechos fundamentales en el Estado de Derecho

En la concepción inicial de los derechos fundamentales del Estado de Derecho estos son concebidos como *“derechos de libertad del individuo frente al Estado”*¹³. En la relación individuo-Estado se presupone que el poder de éste constituye la principal amenaza a la libertad de aquel, razón por la cual, mediante el reconocimiento de derechos por el Estado al individuo se garantiza a éste el goce de su libertad.

Desde su perspectiva crítica del Estado burgués de derecho, Carl Schmitt también explicará la idea de los derechos fundamentales como derechos ante el Estado: *“Los derechos fundamentales en sentido propio son, esencialmente, derechos del hombre individual libre y, por cierto, derechos que él tiene frente al Estado”*¹⁴. A su juicio, la “libertad individual” es el núcleo de los derechos fundamentales ya que *“Derechos individuales en sentido propio son, pues, sólo los derechos de libertad individual, pero no las exigencias sociales”*¹⁵.

En esta concepción, la libertad es una condición preexistente al ordenamiento jurídico y constitucional, el cual debe garantizarla, pudiendo interferir en ella sólo de modo excepcional y siempre limitado, en base a previsiones constitucionales que, en todo caso, deben respetar el “principio de distribución”¹⁶. De este modo, la condición de derecho fundamental no proviene exclusivamente de su reconocimiento como tal por la Constitución sino de la propia naturaleza del derecho.

Desde la perspectiva expuesta, los derechos fundamentales se configuran como “derechos de defensa” de la libertad frente al Estado. Estos derechos consagran, por ello, libertades “negativas”, esto es esferas de la vida individual que el Estado no puede, en principio, invadir o restringir en modo alguno.

¹³ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, 1993. “Escritos sobre Derechos Fundamentales”. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, Op.cit, p. 48.

¹⁴ SCHMITT, Op.cit, p. 170.

¹⁵ Ibídem. SCHMITT menciona como tales derechos “(...) la libertad de conciencia, libertad personal (sobre todo protección contra detenciones arbitrarias, inviolabilidad del domicilio, secreto de la correspondencia y propiedad privada”. (Ibídem).

¹⁶ BOCKENFÖRDE, “Escritos sobre Derechos ...”, Op.cit. p. 50.

Schmitt considera que los derechos fundamentales no son bienes jurídicos sino esferas de la libertad de las que resultan “derechos de defensa” que describen “(...) *el ámbito incontrolable en principio de la libertad individual; el Estado sirve para su protección y encuentra en ella la justificación de su existencia*”¹⁷.

Bockenforde considera que el núcleo del Estado de Derecho surgido de las revoluciones que pusieron fin al absolutismo, es “(...) *la garantía de la libertad y la propiedad de los ciudadanos*” y *no la igualdad social, razón por la cual considera que “(...) el ordenamiento del Estado de Derecho se constituye como burgués, esto es, como referido a la adquisición y la posesión*”¹⁸ En este sentido, identifica el concepto formal del Estado de Derecho, circunscrito, a la creación de garantías formales y procedimentales que aseguran la libertad legal, con el Estado de Derecho burgués el cual, sostiene “(...) *confirma la distribución de los bienes en vez de transformarla (...)*”¹⁹

4. El reconocimiento de los derechos sociales y el Estado Social de Derecho

En el horizonte del Estado de Derecho y el constitucionalismo liberal, las constituciones de México de 1917 y de Alemania de 1919 (Constitución de Weimar) representaron un punto de inflexión, a partir del cual se produjo, paulatinamente, un cambio de la noción de Estado de Derecho.

En efecto, el reconocimiento por esas constituciones de derechos fundamentales sociales, es el ingrediente principal en el proceso de transformación del Estado Liberal —o burgués— de Derecho en Estado Social de Derecho, proceso en el cual la formulación de los derechos sociales e, incluso, la reformulación en clave social de algunos derechos clásicos, constituye un factor esencial para entender este fenómeno²⁰.

¹⁷ SCHMITT, Op.cit, p. 169.

¹⁸ BOCKENFONDE, “Estudios sobre el Estado...”, Op.cit, p.p. 21-22.

¹⁹ Ídem, p. 31.

²⁰ Vid, BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, 2011. *La cláusula de Estado Social en la Constitución. Análisis de los derechos fundamentales laborales*. Lima: Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.

Nació, de este modo, una segunda generación de derechos: los derechos económicos, sociales y culturales, nucleados en torno al valor central de la igualdad real o sustancial en nombre de la cual las personas pueden exigir al Estado no sólo protección o garantía a sus libertades, sino, también, prestaciones concretas para satisfacer sus necesidades básicas.

La aparición de estos derechos significó un desafío al paradigma clásico de los derechos fundamentales afincado en la noción de éstos como libertades negativas que imponían al Estado el deber de abstención o no interferencia como garantía de su respeto y protección. Frente a este paradigma, los nuevos derechos pretendían no solo realizar valores distintos —aunque no opuestos— a la libertad sino que la efectivización de aquellos, salvo algunas excepciones, en lugar de implicar la abstención, o no interferencia, estatal exigía, por el contrario, la intervención del Estado.

De este modo, el Estado Social de Derecho parte de la premisa de que *“(...) el bien común no resulta por generación espontánea” y que la acción del Estado es indispensable para la configuración de un orden social justo*²¹.

El conflicto con el paradigma de los derechos clásicos ha llevado, incluso, a sostener que los nuevos derechos sociales, pese a su reconocimiento constitucional, no son verdaderos derechos fundamentales²².

También se ha llegado a sostener la incompatibilidad entre el Estado de Derecho y el Estado Social, afirmando que la intervención del Estado para la efectiva realización de los derechos sociales terminará por destruir la libertad individual y, con ésta, el Estado de Derecho²³. Sin embargo este planteamiento

²¹ BENDA, Ernesto, “El Estado Social de Derecho”, en BENDA, MAIHOFFER, VOGEL, HESSE Y HEYDE, 2001. “Manual de Derecho Constitucional”, 2da edición. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., p. 526.

²² Comentando sobre el “derecho al trabajo” reconocido en la Constitución de Weimar, Schmitt sostuvo que éste *“(...) se encuentra en contraposición con los auténticos derechos fundamentales y de libertad, siendo por eso erróneo el hablar indistintamente de “derechos fundamentales”*. Son ejemplos de esa especie de derechos: *el derecho al trabajo; derecho a la asistencia y subsidio; derecho a la enseñanza y educación gratuita (...)*. (SCHMITT, Op.cit., p. 174).

²³ Esta es la tesis de Fortshoff expuesta en sus ensayos “Problemas constitucionales del Estado Social” y “Concepto y esencia del Estado social de derecho” en ABENDROTH,

ha sido descartado por la mayor parte de la doctrina constitucional, que considera que la efectivización de los derechos sociales es un presupuesto necesario para que todas las personas disfruten de la libertad real y no sólo formal. Señala Benda²⁴ al respecto, que siendo la dignidad del hombre el valor supremo reconocido en el artículo 1º de la Ley Fundamental de Alemania de ello emana una directriz para la política estatal que establece una línea intermedia entre individualismo y colectivismo. Y Bockenforde²⁵ subraya que la teoría de los derechos fundamentales del Estado Social pretende superar el desdoblamiento entre la libertad jurídica (formal) y la libertad real, por lo cual los derechos fundamentales ya no tienen sólo un contenido delimitador negativo sino que, asimismo, facilitan pretensiones de prestación social ante el Estado. De este modo, la garantía de los derechos no se limita a la libertad jurídicamente abstracta sino a la libertad real.

En el Estado Social de Derecho²⁶ la categoría de “derechos fundamentales” corresponde, por igual, a los tradicionales derechos de libertad, o primera generación de derechos, así como a los nuevos derechos sociales, o de segunda generación, y, también, a la tercera generación integrada por los derechos al ambiente, al desarrollo, a la paz, etc. Por ello, el concepto mismo de derecho fundamental ha cambiado, para dejar de comprender únicamente los derechos de defensa del individuo frente al Estado y abarcar los nuevos derechos, como se aprecia en la definición que formula Ferrajoli, para quien son derechos fundamentales “(...) *cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica*”²⁷, así como en la que formula Hesse, para quien “Los

Wolfgang, FORSTHOFF, Ernst y DOEHRING, Karl, 1986. “El Estado Social”. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

²⁴ BENDA, Op.cit, p. 538.

²⁵ BOCKENFORDE, “Estudios sobre Derechos...”, p. 64.

²⁶ La fórmula del Estado Social de Derecho, que permite conciliar la libertad formal con la real y la igualdad ante la ley con la igualdad de oportunidades, es reconocida por numerosas constituciones europeas y latinoamericanas, como es el caso de la Ley Fundamental de Alemania (1949), las constituciones de Francia (1958), Portugal (1976), España (1978), Ucrania (1991), Brasil (1988) Colombia (1991), Perú (1993), Ecuador (2008) entre otras.

²⁷ FERRAJOLI, Luigi, 2001: “Los fundamentos de los derechos fundamentales”. Madrid. Editorial Trotta S.A., p. 19.

*derechos fundamentales deben crear y mantener las condiciones elementales para asegurar una vida en libertad y la dignidad humana*²⁸.

II. DEMOCRACIA Y DERECHOS FUNDAMENTALES

La identificación entre Estado de Derecho y democracia es un lugar común en el lenguaje político, e incluso, jurídico, pero, según veremos, esta creencia dista mucho de ser exacta, cuando menos en el plano histórico y, también, en el terreno conceptual.

1. Estado de Derecho y democracia

Desde el punto de vista del proceso histórico, el Estado de Derecho precedió a la democracia —o a la noción de Estado democrático— pues ésta última, según la concebimos hoy día, sólo existe a partir de la conquista del sufragio universal.

Aunque suele afirmarse que con el surgimiento del Estado liberal nació la democracia, la realidad es que los ideólogos y líderes políticos de las revoluciones burguesas nunca pensaron en tal cosa y ni siquiera recurrieron a la palabra “democracia” o a la expresión “Estado democrático” para bautizar el nuevo régimen político nacido de aquellas. Para esos pensadores la “democracia” era el sistema político practicado en Atenas y en otras ciudades griegas de la época helénica y que estaba basado en la intervención directa del pueblo en la toma de decisiones. Madison, en *El Federalista*, explica la diferencia entre “democracia y república”, la cual consiste en que *“(…) en una democracia el pueblo se reúne y ejerce la función gubernativa personalmente; en una república se reúne y la administra por medio de sus agentes y representantes.”*²⁹

²⁸ HESSE, Conrado, “Significado de los derechos fundamentales” en BENDA, MAIHOFER, VOGEL, HESSE Y HEYDE, 2001. “Manual de Derecho Constitucional” 2da edición, Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., p. 89.

²⁹ HAMILTON A, MADISON J y JAY J, 2001 (1780), Fondo de Cultura Económica, México, Op.cit., p. 53. En la misma obra, Madison abunda en la definición de “república” como “(…)

La idea que predominó, en el período histórico en que se forjó el Estado de Derecho, fue la de un gobierno o régimen “representativo” entendiendo por éste no una democracia, al estilo de los antiguos griegos, sino uno basado en la elección de representantes, quienes serían los encargados de administrar y aprobar las leyes. Esta concepción también la desarrolla Sieyès quien se pregunta qué deben hacer los asociados de un Estado cuando son muy numerosos y se encuentran repartidos en una superficie demasiado extensa, y se responde de la siguiente manera: *“Definen lo necesario para velar y proveer a las ocupaciones públicas, y confían el ejercicio de esta porción de voluntad nacional, y por tanto de poder, a algunos de entre ellos. Tal es el origen de un gobierno ejercido por procuración”*.³⁰

Si bien Sieyès invocaba como argumento justificativo del “gobierno por procuración” la existencia de una población numerosa y de un territorio extenso, existía otra razón, tanto o más importante, para defender este régimen político, la cual consistía en la creencia de que la masa popular carecía de la capacidad y la prudencia necesarias para decidir acerca de los asuntos de interés nacional, por lo que el sistema de democracia directa representaría un peligro. Por ello, el pueblo sólo debía participar como elector de sus representantes, los cuales debería ser hombres esclarecidos, dotados de aptitudes suficientes para dirigir el Estado.³¹ El gobierno representativo, según afirma Manin, estaba basado en una característica no igualitaria: *“(…) que los representantes fuesen socialmente superiores a quienes les eligieran. Se creía firmemente que los representantes electos debía sobresalir respecto de la mayoría de sus electores en cuanto a riqueza, talento y virtud.”*³²

Por esta razón, el estado liberal no concibió el sufragio universal como un derecho de los ciudadanos sino como un deber o función de las clases

un gobierno que deriva todos sus poderes directa o indirectamente de la gran masa del pueblo y que se administra por personas que conservan sus cargos a voluntad de aquel, durante un período limitado o mientras observen buena conducta.” (Ídem, p. 159).

³⁰ SIEYES, Emmanuel, 1989. *¿Que es el Tercer Estado? Ensayo sobre los privilegios*. Madrid: Alianza Editorial, p.p. 142-143.

³¹ CARRÉ DE MALBERG, R, 2000 (1922). “Teoría general del Estado”. México: Fondo de Cultura Económica, p.p. 920-921.

³² MANIN, Bernard, 1998. *Los Principios del Gobierno Representativo*. Madrid: Alianza Editorial, S.A., p. 119.

propietarias a las cuales concernía adoptar las decisiones políticas en el Estado por ser quienes tenían mayores intereses que proteger y los cuales podían verse afectados si quienes las adoptaban carecían de bienes y propiedades que cuidar. Por ello, en el Estado de Derecho primigenio, el régimen político era el “gobierno de las minorías”, el cual, de forma deliberada, excluyó a las mayorías, mediante el voto “censitario”, conforme al cual sólo sufragaban los propietarios que figuraban en el “censo”, que era el registro de los contribuyentes del impuesto sobre la tierra. Otra variable de esta forma de voto, podría estar constituida por el nivel de renta de las personas. El efecto reduccionista, en el cuerpo electoral, de esta restricción del sufragio, lo ilustra un dato según el cual en Francia, en 1815 sólo existían 90,000 electores y en 1846, 248,000.³³

2. Sufragio universal y democracia

El advenimiento de la democracia es el producto del establecimiento y extensión del sufragio universal, proceso éste que tuvo su punto de partida en la revolución francesa de 1848, protagonizada por los obreros y la mediana y pequeña burguesía para exigir la universalidad del sufragio, a favor de todos los varones mayores de edad.

La revolución de febrero de 1848, tuvo un contenido social, no separable de su contenido político, pues la conquista del sufragio universal se concebía como una forma de acceder y participar en el proceso político para corregir y eliminar la situación de injusticia social que entonces prevalecía. Los objetivos de este movimiento revolucionario no ocultaron su carácter de reivindicación social, a tal punto que su aspiración específica fue la de establecer una “república social y democrática.”³⁴ Si bien la revolución fracasó en su objetivo de instaurar una “república social” debido a la contrarrevolución de junio del mismo año, sin

³³ Cfr. HAURIUO, André, 1971. *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*. Barcelona: Ediciones Ariel, p. 285. Señala este autor que para ser elector se exigía pagar 300 francos-oro de impuestos y mil para ser elegible. En 1846, la cifra se había reducido a 200 francos para ser elector y a 500 para ser elegible. (Ibidem).

³⁴ RUBIO LARA, M^a Josefa, 1991. *La formación del Estado Social*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, p. 57.

embargo conquistó el derecho al sufragio universal y la instauración del régimen republicano, tal como quedó plasmado en la Constitución de 1848.

El sufragio universal –de los varones – fue igualmente establecido en Estados Unidos hacia 1850, en Alemania en 1871, en Austria en 1907, en Italia en 1912 y en Gran Bretaña en 1918. Sin embargo el sufragio aún no era realmente universal porque la mujer estaba excluida del mismo. El voto de la mujer, recién se alcanzará después de la primera guerra mundial (Austria, 1918, Alemania 1919, USA, 1920, Gran Bretaña 1928, Francia 1944, Italia 1946), aunque Nueva Zelanda ya lo había otorgado en 1893.

El fundamento de todo este largo proceso, radicó en la consideración del sufragio como un verdadero “derecho” y no sólo como una “función” o “deber”. De esta forma, el catálogo inicial de los derechos fundamentales, centrados en la libertad individual y económica, se amplió para incorporar una nueva categoría de derechos: los derechos políticos, basados en el derecho de sufragio. Con esta ampliación, el Estado de Derecho liberal se transforma en un Estado democrático de Derecho en el cual se conjuga la tesis del “gobierno representativo” o por “procuración” y el sufragio como derecho universal, dando lugar al concepto actual de “democracia representativa”.

El derecho de las personas a participar, directa o indirectamente, en la formación de las normas a las que deben sujetar su conducta, representa, según Bobbio³⁵, la primera prolongación del concepto de libertad la cual pasa de entenderse como “no-impedimento” a concebirse como “autonomía” en el sentido de que *“(…) la libertad no consiste ya en la ausencia de leyes sino en la presencia de leyes íntimamente queridas e internamente asumidas”*. Se trata, en este caso, de la libertad política, que vino a agregarse a las libertades individuales o civiles propia de la primera fase del Estado de Derecho, superando el sentido meramente defensivo de éstas para proyectarse a la participación en la vida estatal.

³⁵ BOBBIO, Norberto, 1991. “El tiempo de los derechos”, Madrid; Editorial Fundación Sistema, p.p. 43-44.

En función a lo anterior, se puede concluir que el advenimiento de la democracia es el resultado de la inserción en el catálogo de derechos fundamentales del Estado de Derecho del “derecho de sufragio”. Es el ejercicio de este derecho el que permite la participación directa de la ciudadanía en la conformación de los órganos del Estado, mediante la elección de sus integrantes, y su participación indirecta en la toma de decisiones, a través de los representantes elegidos por el pueblo.

3. Distinción y complementariedad del Estado de Derecho y la democracia

Desde la perspectiva señalada la “democracia” no se contrapone ni sustituye al Estado de Derecho, sino que lo complementa y perfecciona. Pero tampoco, ambos conceptos se identifican o funden en uno solo porque obedecen a ámbitos y fines diferentes. La democracia, según Böckenförde³⁶, responde a la pregunta de quién es el portador y el titular del poder y no a la de cuál es su contenido y por ello se refiere a la formación, legitimación y control de los órganos que ejercen el poder del Estado, siendo, así, un principio configurador de carácter orgánico y formal, mientras que, por otro lado, el Estado de Derecho responde a la cuestión del contenido, del ámbito y del modo de proceder de la actividad estatal y tiende a la limitación y vinculación del poder del Estado para garantizar la libertad individual y los derechos fundamentales, siendo un principio configurador de naturaleza material y procedimental. De esta distinción concluye que no toda democracia es necesariamente una democracia con Estado de Derecho, pues la medida en que pueda serlo depende del tipo y la cantidad de obligaciones y limitaciones propias del Estado de Derecho que se incorporen a ella.

La democracia asegura el protagonismo del pueblo en la formación de los órganos estatales y en la toma de decisiones por éstos, excluyendo que grupos o clases privilegiadas detenten el poder del Estado, pero no se debe olvidar que ese papel que se atribuye al pueblo, proviene del reconocimiento por la

³⁶ BÖCKENFÖRDE, “Estudios sobre el Estado de Derecho...”, Op.cit, p.p. 119-120.

Constitución del derecho de sufragio y, de manera más amplia, de los derechos de participación política. De esta manera, los derechos políticos fundamentales se integran con los demás derechos fundamentales en el conjunto de los derechos fundamentales cuyo reconocimiento y garantía es un elemento central del Estado de Derecho.

III. DEMOCRACIA Y DERECHOS FUNDAMENTALES

Planteadas así las cosas, cabe preguntarse si a partir del dato, ciertamente indiscutible, que hace de la democracia un régimen basado en la decisión de las mayorías puede presentarse una posible colisión entre ésta y el Estado de Derecho. La pregunta no es ociosa ni retórica, porque algunas trágicas experiencias históricas —como el fascismo y el nazismo— y algunas contemporáneas, como ciertos regímenes populistas latinoamericanos, destruyeron o amenazan hacerlo, respectivamente, el Estado de Derecho y el régimen de libertades y derechos inherentes a éste.

Basándose en la experiencia histórica habrá que contestar que, efectivamente, esa colisión puede producirse y que en el altar de la decisión mayoritaria puede ser sacrificado el Estado de Derecho y los derechos fundamentales. Lo que, sin embargo resulta imprescindible plantear es si efectivamente, un régimen como ese, puede ser catalogado como una verdadera democracia o hay que asimilarlo a otro concepto o crear uno distinto. En otras palabras, se plantea la cuestión relativa a si la democracia tiene límites o no los tiene.

1. Los derechos fundamentales: límites al poder

Para profundizar en este asunto es preciso partir de un concepto de los derechos fundamentales que ubique su función en el marco del Estado de Derecho y de la democracia.

En el Estado de Derecho, como lo hemos señalado, el reconocimiento de los derechos fundamentales responde al llamado “principio de distribución”

conforme al cual la libertad individual se presupone anterior y superior al Estado y, por ello, es ilimitada en principio, mientras que la intervención del Estado es limitada en principio. Ferrajoli, por su parte considera que en el plano de los contenidos, esto es, de qué bienes deben ser protegidos como derechos fundamentales, la pregunta ¿que son los derechos fundamentales? debe responderse señalando que *“(...) cuando se quiere garantizar una necesidad o un interés, se les sustrae tanto al mercado como a las decisiones de la mayoría. Ningún contrato, se ha dicho, puede disponer de la vida. Ninguna mayoría política puede disponer de las libertades y de los demás derechos fundamentales.”*³⁷

Desde este punto de vista, los derechos fundamentales se configuran como límites al poder del Estado afirmación ésta que, a la par, explica su origen histórico y su función dentro del Estado de Derecho. Esta función es ajena al principio político conforme al cual se organiza el Estado y se conforman sus órganos, de modo tal que cualquiera que fuera aquel, el accionar del Estado estará siempre limitado por los ámbitos de libertad protegidos por los derechos fundamentales. En tal sentido, la conformación democrática del Estado no puede suponer la disminución o relativización de dichos límites y la consiguiente ampliación de los márgenes de acción de éste. Por el contrario, siendo la democracia la concretización de los derechos políticos reconocidos por el Estado de Derecho, se encuentra, por principio, obligada a respetar el conjunto de los derechos fundamentales que la han precedido históricamente y dentro de cuyo contexto ha nacido y se ha desarrollado. Sería un contrasentido que el ejercicio de algunos derechos fundamentales, -como los de sufragio y participación política- supusiera la subordinación a éstos de los demás derechos.

2. Democracia formal y democracia sustancial

Los potenciales riesgos que el Estado de Derecho y los derechos fundamentales pueden correr en el régimen democrático sólo pueden provenir

³⁷ FERRAJOLI, "Los fundamentos...", Op.cit, p. 36.

de una visión restringida e incompleta de la democracia que la reduce, como señala Ferrajoli, a “(...) *la omnipotencia de la mayoría, o bien de la soberanía popular*”³⁸. Esta concepción se corresponde a la de “democracia formal o procedimental”, que “(...) *identifica a la democracia únicamente sobre la base de las formas y de los procedimientos idóneos para garantizar la voluntad popular: en otras palabras, sobre la base del “quién” (el pueblo o sus representantes) y del “cómo” (la regla de la mayoría) de las decisiones, independientemente de sus contenidos, cualesquiera que ellos sean*”³⁹.

De esta concepción, —que identifica a la democracia con un método para asegurar la representatividad popular mediante el sufragio universal⁴⁰— señala el jurista italiano, surgen una serie de consecuencias: tales como “(...) *la descalificación de las reglas y de los límites al poder ejecutivo que es expresión de la mayoría, y en consecuencia de la división de poderes y de las funciones de control y garantía de la magistratura y del propio parlamento; la idea de que el consenso de la mayoría legitima cualquier abuso; en resumen, el rechazo del sistema de mediaciones, de límites, de contrapesos y de controles, que forman la sustancia de aquello que constituye por el contrario, lo que podemos denominar “democracia constitucional”*”⁴¹.

Frente a esta noción de democracia, existe otra que Ferrajoli denomina, indistintamente, “democracia sustancial o constitucional”, que considera previa a su dimensión política o formal, y que consiste en “(...) *el conjunto de garantías aseguradas por el paradigma del Estado de derecho, que modelado en los orígenes del Estado moderno sobre la exclusiva tutela de los derechos de libertad y propiedad, puede muy bien ser ampliado —luego del reconocimiento constitucional como “derechos de expectativas vitales como la salud, la educación y la subsistencia— también al “Estado social”* (...)”⁴².

³⁸ FERRAJOLI, Luigi, 2010. “Democracia y Garantismo”, 2da edición. Madrid: Editorial Trotta, p. 25.

³⁹ Ídem, p. 77.

⁴⁰ Ídem, p. 79.

⁴¹ Ídem, p. 25.

⁴² FERRAJOLI, “Los fundamentos...”, Op.cit., p. 25.

Esta dimensión de la democracia nace del proceso de “constitucionalización rígida de los derechos fundamentales” que impone obligaciones y prohibiciones a los poderes públicos, de modo tal que del enunciado de aquellos se deduce la existencia de un **ámbito de lo decidible** y un **ámbito de lo no decidible**, por dichos poderes, correspondiendo éste último ámbito a lo que se denomina “democracia sustancial o constitucional”⁴³. El ámbito de lo **no decidible** está conformado por los derechos fundamentales, el cual queda sustraído a la política y al mercado a los cuales únicamente corresponde la esfera de **lo decidible**, pero estrictamente limitada por aquellos derechos⁴⁴. Sólo en la esfera **de lo decidible** opera la autonomía política, a través de la representación, para la producción de las decisiones públicas, y la autonomía privada, conforme a las reglas del mercado, para la adopción de decisiones privadas⁴⁵.

La dimensión “sustancial” o “constitucional” de la democracia si bien no sustituye ni invalida a su dimensión “formal”, establece, sin embargo, límites precisos a ésta, pues sustrae a la voluntad mayoritaria aquellas decisiones que supongan interferir en el ámbito de libertades y derechos garantizados por los derechos fundamentales. Estos, en otras palabras, son indisponibles para el legislador, el cual se encuentra vinculado por los mismos. Si esas limitaciones no fueran respetadas, entonces la libertad quedaría reducida a la mera libertad de participación democrática y, en tal caso, sostiene Bockenforde, “(...) *ya solo existiría como libertad en el proceso democrático, pero no como libertad frente a este proceso; el individuo se convertiría por entero y únicamente en un eslabón de la comunidad político-democrática o bien del colectivo democrático*”⁴⁶.

3. El Estado material de Derecho

También se llega a reconocer la existencia de límites a la democracia y al principio del gobierno de la mayoría, a partir de la noción del Estado material de

⁴³ FERRAJOLI, “Democracia y...”, p.p. 31-32.

⁴⁴ Ídem, p. 32.

⁴⁵ Ídem, p. 81.

⁴⁶ BOCKENFORDE, “Estudios sobre el Estado...”, Op.cit., p. 126.

Derecho en contraposición al Estado formal de derecho basado en el principio de legalidad y la independencia de los jueces. El Estado material de Derecho supone, en cambio, la vinculación del Estado a determinados principios o valores superiores, en particular a los derechos fundamentales, lo cual se traduce en limitar las posibilidades de configuración de la mayoría parlamentaria⁴⁷. Se afirma, por ello que *“La voluntad popular representada por el Parlamento no tiene una validez absoluta y sin límites, sino únicamente en la medida en que no entre en colisión con un derecho de rango superior—esto es, con el Derecho Constitucional—. La concepción totalitario-decisionista no es compatible con la decisión a favor del Estado material de Derecho”*⁴⁸.

Con este mismo enfoque, Ferrajoli destaca que *“(...) el Estado de derecho precede a la democracia política no sólo históricamente, en el sentido de que nace con las monarquías constitucionales, mucho antes que la democracia representativa, sino también axiológicamente, en el sentido de que se trata de un conjunto de límites y vínculos a la misma democracia política. Lo que la democracia política no puede suprimir, aunque estuviera sostenida en la unanimidad del consenso, son precisamente los derechos fundamentales, que por ende son derechos contra la mayoría, siendo establecidos —como inalienables e inviolables— contra cualquier poder y en defensa de todos”*⁴⁹. Concluye por ello que una democracia basada en la omnipotencia de la mayoría es abiertamente inconstitucional pues la constitución es un sistema de límites y vínculos a todo poder⁵⁰.

4. Los derechos fundamentales: sustento de la democracia

Sin embargo, la idea de una “democracia constitucional” puede ir más allá de sólo concebirla como un régimen limitado por los derechos fundamentales, para, —superando esta imagen negativa—, asumirla como un sistema político basado, precisamente, en éstos.

⁴⁷ BENDA, Op.cit., p. 490.

⁴⁸ Ibidem.

⁴⁹ FERRAJOLI, “Democracia y ...”, Op.cit., 34.

⁵⁰ Ídem, p. 26.

Haberle⁵¹ pone en evidencia en qué forma los derechos fundamentales son un “fundamento funcional” de la democracia, en la medida en que si estos no son efectivamente tutelados no existe para la minoría ninguna posibilidad de convertirse en mayoría, en lo cual reside precisamente una característica esencial de la democracia. Sostiene, por ello que los derechos fundamentales no garantizan solamente la libertad del Estado sino, además, la libertad en él Estado pues la democracia necesita un ciudadano político que haga uso de sus derechos, pues sólo quien puede ejercer, y estar protegido, por sus derechos fundamentales, puede reclamar responsabilidad a los gobernantes. Considera que el derecho de sufragio presupone otros derechos fundamentales como las libertades de conciencia, de opinión, de reunión y de asociación, así como la libertad sindical y el derecho de propiedad, sin los cuales el titular del derecho de sufragio no puede decidir libremente como ejercitar su derecho político. Concluye por ello que *“A través del ejercicio individual de los derechos fundamentales se realiza un proceso de libertad que constituye un elemento esencial de la democracia. La democracia liberal tutela los derechos fundamentales en sí y para sí”*⁵².

El planteamiento del profesor alemán es no sólo sugerente sino completamente acertado. En efecto, la existencia de la democracia supone la conquista de la libertad política, a través del sufragio universal, la cual, históricamente, vino a agregarse a las libertades individuales y civiles previamente reconocidas por el Estado de Derecho. Su conquista fue posible gracias a la vigencia de esas libertades y, a su vez, representó la extensión de la libertad al ámbito de lo político. De allí que la democracia, histórica y conceptualmente, no pueda separarse del conjunto de los derechos fundamentales de las personas, los cuales, como lo dice Haberle, son el fundamento funcional de aquella. Una democracia sin libertades ni derechos es un contrasentido, más, aún, la perversión de una idea, porque como señala Ferrajoli ⁵³, la democracia se concibe como el “poder del pueblo” no sólo en el sentido de que el pueblo es titular de los derechos políticos y del autogobierno, sino de que a todas las

⁵¹ HÄBERLE, Peter, 1997. “La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional”, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, p. 71.

⁵² Íbidem

⁵³ FERRAJOLI, “Democracia y...”, Op.cit, p.p. 84-85.

personas que lo componen les corresponde el conjunto de aquellos “contra-poderes” en qué consisten los derechos fundamentales —civiles, de libertad y sociales— a los cuales todos los poderes, incluidos los de la mayoría, están sometidos.

La visión de los derechos fundamentales como “contra-poderes” frente al Estado y a cualquier forma de poder absoluto, es coherente con su origen histórico y función. La democracia, como expresión de los derechos políticos, viene a reforzar esa función mediante la participación del pueblo en la conformación de los órganos de poder de modo que la garantía de sus libertades resida no sólo en el enunciado constitucional de los derechos fundamentales y sus garantías procesales, sino en el hecho de que es el propio pueblo quien, mediante sus representantes elegidos, ejerce el poder. Un régimen en el cual esa participación sirve para encumbrar al poder una mayoría que desconoce los derechos fundamentales o los manipula en función a su interés de facción, clase o cualquier otro, es una perversión de la democracia, la versión degenerada de éste, contra la cual ya había advertido Aristóteles al señalar que *“(…) el pueblo, como si fuera un monarca, trata de gobernar monárquicamente, al no sujetarse a la ley, y se convierte en un déspota, al paso que los aduladores son honorificados. Una democracia de ésta naturaleza es análoga a la tiranía entre las monarquías”*⁵⁴.

Por ello, está en lo cierto Bockenforde al sostener que los derechos de libertad democrática son un nexo de unión decisivo entre democracia y Estado de derecho y, al mismo tiempo, ponen de relieve la diferencia entre democracia y dictadura de la mayoría y como la democracia se encuentra unidad a la libertad.

IV. A manera de conclusión

Según lo dicho, es evidente que resulta insostenible justificar la limitación o relativización de los derechos fundamentales, en las decisiones supuestamente

⁵⁴ ARISTOTELES DE ESTAGIRA, 1989. “Politeia” (La Política). Bogotá: Imprenta Patriótica del Instituto Caro y Cuervo - Yerbabuena, p. 376.

democráticas de la mayoría. Esta, como se ha visto, no puede disponer sobre aquellos, sin vulnerar la Constitución y el Estado de Derecho.

Por esta razón así como en la experiencias de los regímenes nazi y fascista y otras que las imitaron, la concepción totalitaria-decisionista de la democracia representó la perversión y destrucción del Estado de Derecho, similar peligro representan las democracias populistas o plebiscitarias que se desarrollan en algunos países latinoamericanos, las cuales en aras de una supuesta transformación social, debilitan y relativizan las instituciones del Estado de Derecho y procuran establecer regímenes de partido hegemónico. Como en las primeras, éstas corren el peligro de derivar en regímenes autoritarios o totalitarios, pues la historia enseña que todas los sistemas basados en la supuesta predominancia de la mayoría, han terminado convertidos en regímenes gobernados por minorías o partidos únicos o hegemónicos que utilizan ciertas formas aparentemente democráticas como las elecciones (no competitivas) o los plebiscitos para lograr una legitimación de la que realmente carecen.

Para derrotar, incluso, la concepción de una democracia constitucional, basada en el respeto a la Constitución y a los derechos fundamentales reconocidos por ésta, estos regímenes pueden, incluso, utilizar el “poder constituyente” del pueblo para dotarse de constituciones que plasmen la idea de una democracia popular o plebiscitaria.

Pero, en este caso, ya no estaremos en presencia de un Estado Constitucional sino de una realidad distinta. En efecto, Constitución no es cualquier norma jerárquicamente situada encima de las leyes y aprobada solemnemente, con independencia de su contenido, es decir, una forma que puede ser llenada con cualquier contenido, pues como lo afirma Loewenstein *“En un sentido ontológico se deberá considerar como el **telos** de toda constitución la creación de instituciones para limitar y controlar el poder político”*⁵⁵.

⁵⁵ LOEWENSTEIN. Karl, 1976. “Teoría de la Constitución”. Barcelona: Editorial Ariel, p. 151. Precisa este autor que *“La clasificación de un sistema político como democrático constitucional depende de la existencia o carencia de instituciones efectivas por medio de*

Por consiguiente, una constitución que no represente un mecanismo de control del poder y no reconozca como factor limitante de éste a los derechos fundamentales, podrá ser considerada un mero “estatuto del poder” o una “constitución semántica”⁵⁶ pero no una verdadera constitución.

Esta idea no es nueva. Fue afirmada, con brillo y acierto, -que se proyecta hasta nuestros días- en 1789, por la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en cuyo artículo 16 se estipuló que: **TODA SOCIEDAD EN LA QUE LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS NO ESTÁ ASEGURADA NI LA SEPARACIÓN DE LOS PODERES ESTABLECIDA, NO TIENE CONSTITUCIÓN”.**

Praga, 23 de septiembre de 2014.

las cuales el ejercicio del poder político esté distribuido entre los detentadores del poder, y por medio de las cuales los detentadores estén sometidos al control de los destinatarios del poder, constituidos en detentadores supremos del poder”. (Ídem, p. 149).

⁵⁶ Vid. LOEWENSTEIN, Op.cit, p.p. 218-222.