

Estado constitucional de derecho y democracia

Paolo Comanducci

Se puede afirmar que desde la mitad del siglo XX, en muchos países de Europa y Latinoamérica, el Estado de derecho decimonónico haya sido sustituido por el Estado constitucional de derecho. Como es bien conocido, los dos rasgos necesarios que definen este segundo modelo de Estado son el procedimiento democrático para la toma de las decisiones públicas más relevantes – elemento compartido, aún si no siempre, con el primer modelo –, y la presencia de una constitución rígida que incorpora un catálogo de derechos fundamentales y es protegida por alguna forma de control de constitucionalidad de las leyes. En esta ponencia voy a defender este modelo de Estado frente a algunas críticas que se han presentado en su contra.

Concretamente, después de haber brindado una esquemática definición del neo-constitucionalismo, expondré las razones que un tipo específico de neo-constitucionalismo propone a favor del control de constitucionalidad, entendido como instrumento para garantizar los derechos fundamentales. Sucesivamente mostraré las razones contrarias al control de constitucionalidad y la superioridad de la constitución respecto a la ley expuestas por un tipo específico de iuspositivismo ideológico. En contra de estas últimas razones expresaré, en primera persona, tres argumentos filosófico-políticos.

¿Qué es el neo-constitucionalismo? En general, es un conjunto de doctrinas post-positivistas que tienen como nota distintiva la importancia otorgada al proceso de constitucionalización del derecho contemporáneo y al modelo del Estado constitucional de derecho¹. Hace unos años, presenté una tipología de los diferentes neo-

¹ Acerca del neo-constitucionalismo cfr. al menos: L. Prieto, *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, 1997; S. Sastre Ariza, *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*, Madrid, McGraw-Hill, 1999; G. Bongiovanni, *Teorie «costituzionalistiche» del diritto. Morale, diritto e interpretazione in R. Alexy e R. Dworkin*, Bologna, CLUEB, 2000; S. Pozzolo, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 2001; T. Mazzaresse (a cura di), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2002; M. Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, UNAM - Trotta, 2003; V. Omaggio, *Teorie dell'interpretazione. Giuspositivismo, ermeneutica giuridica, neocostituzionalismo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2003; M.

constitucionalismos, análoga y paralela a la tipología de Bobbio de los diferentes positivismo jurídicos². He distinguido entonces, en algunos ensayos de los últimos años, un neo-constitucionalismo como teoría del derecho, un neo-constitucionalismo como ideología del derecho y un neo-constitucionalismo como método de análisis del derecho, ofreciendo una caracterización de cada uno de ellos³.

Cuando se presenta como una ideología, el neo-constitucionalismo tiende a distinguirse parcialmente de la ideología constitucionalista ya que pone en un segundo plano el objetivo de la limitación del poder estatal – que era por el contrario absolutamente central en el constitucionalismo de los siglos XVIII y XIX –, mientras que pone en un primer plano el objetivo de garantizar los derechos fundamentales. Este cambio de acento es fácilmente explicable por el hecho de que el poder estatal, en los ordenamientos democráticos contemporáneos, no es más visto con temor y sospecha por la ideología neo-constitucionalista, que más bien se caracteriza justamente por su apoyo a ese modelo de Estado constitucional y democrático de derecho, que se ha afirmado progresivamente en Occidente y que va expandiendo su influencia en vastas zonas del mundo⁴.

El neo-constitucionalismo ideológico no se limita por tanto a describir los logros del proceso de constitucionalización, sino que los valora positivamente y propugna su

Bongiovanni, *Costituzionalismo e teoria del diritto*, Roma - Bari, Laterza, 2005; É.O. Duarte Ramos, S. Pozzolo, *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico. As faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição*, São Paulo, Landy Editora, 2006; M. La Torre, *Constitutionalism and Legal Reasoning. A New Paradigm for the Concept of Law*, Dordrecht, Springer, 2007; M. Carbonell (ed.), *Teoría del constitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta – Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2007; D. Dimoulis, É.O. Duarte (coord.), *Teoria do Direito Neoconstitucional. Superação ou reconstrução do positivismo jurídico?*, São Paulo, Método, 2008; M. Carbonell, L. García Jaramillo (eds.), *El canon neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010; R.E. Aguilera Portales, R.E. Becerra Rojasvértiz, S. Ortega Gomero (coord.), *Neoconstitucionalismo, democracia y derechos fundamentales. Contribuciones a la teoría política y jurídica contemporánea*, México, Editorial Porrúa, 2010; G. Pino, *Principi, ponderazione e la separazione tra diritto e morale. Sul neocostituzionalismo e i suoi critici*, in “Giurisprudenza costituzionale”, LVI, 1, 2011, pp. 965-97; S. Pozzolo (ed.), *Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos*, Lima, Palestra, 2011; M. Barberis, *Stato costituzionale*, Modena, Mucchi, 2012; G. Bianco, *Questioni e teorie sul costituzionalismo*, Torino, UTET, 2012; S. Pozzolo, *Costituzioni, interpretazioni, disaccordi. Appunti per un diritto che cambia*, Roma, Aracne, 2012; L. Ferrajoli, J. Ruiz Manero, *Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación*, Madrid, Trotta, 2012; L. Prieto Sanchís, *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Madrid, Trotta, 2013.

² Cfr. N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, Comunità, 1988², y N. Bobbio, *Il positivismo giuridico. Lezioni di filosofia del diritto*, reunidos por N. Morra, nueva ed., Torino, Giappichelli, 1996.

³ Cfr. P. Comanducci, *Hacia una teoría analítica del derecho. Ensayos escogidos*, editado por R. Escudero Alday, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, pp. 251-64.

⁴ Cfr. L.L. Hierro, *Estado de Derecho. Problemas actuales*, México, Fontamara, 1998.

defensa y ampliación. En particular, subraya la importancia de los mecanismos institucionales de tutela de los derechos fundamentales – podríamos en este sentido, adaptando la terminología de Bernard Manin, hablar de “neo-constitucionalismo de los contrapoderes” – pero más todavía destaca la exigencia de que las actividades del legislativo y del judicial estén directamente encaminadas a la concretización, la actuación y la garantía de los derechos fundamentales previstos en la constitución – podríamos en este sentido hablar de un “neo-constitucionalismo de las reglas”.

La ideología neo-constitucionalista sostiene, en particular, el modelo de Estado constitucional de derecho, y por ende la superioridad de la constitución respecto de la ley y el control de constitucionalidad de la ley.

Las razones filosófico-políticas a favor de esta posición del neo-constitucionalismo ideológico son bien conocidas y muy variadas. Puedo mencionar rápidamente, entre otros, al menos tres argumentos:

a) Un argumento prudencial, fundado sobre la así llamada racionalidad-Ulises. En la *Odisea*, cuando él quería escuchar el canto seductor de las Sirenas, pero, al mismo tiempo, evitar los terribles peligros que ese canto mágico traía consigo, la estrategia de Ulises consistió en hacerse atar por sus marineros al mástil de su barco. De esta forma Ulises 1, por así llamarlo, “ata las manos” a Ulises 2; es más, Ulises 1 ordena a sus marineros que no obedezcan a Ulises 2, cuando el ordenará que ellos lo liberen para poder ir a juntarse con las Sirenas (y por lo tanto morir, con toda la tripulación, en el inevitable naufragio que seguirá). Esta estrategia consiste en la adopción de técnicas, vínculos y restricciones que, por un lado, evitan los peligros producidos por nuestra debilidad frente a las pasiones y, por otro lado, nos permiten realizar ciertos objetivos futuros, que tienen grande valor para nosotros.

De la misma manera, según el argumento neo-constitucionalista, durante los periodos constituyentes el pueblo ataría sus manos para evitar hacerse daño, es decir para evitar perder al menos parcialmente sus derechos fundamentales a través del voto de una mayoría contingente. Esta auto-limitación se realiza a través de la emanación de una constitución rígida que incorpora los derechos fundamentales y a través de la institución de un control de constitucionalidad de las leyes. Este control es un límite necesario a las políticas utilitaristas y a la regla de mayoría.

b) Un argumento iusnaturalista, típico de aquellos neo-constitucionalistas ideológicos que comparten también el neo-constitucionalismo metodológico. La constitución es un puente entre derecho y moral: ella incorpora derechos y libertades morales y es, por lo tanto, superior a la ley. El control de constitucionalidad sirve para proteger los derechos morales frente a las decisiones del legislador, que podrían ser injustas.

c) Un argumento contractualista, que presentaré luego, como respuesta a un argumento de Waldron.

Al neo-constitucionalismo ideológico se opone el iuspositivismo ideológico, en su versión *stricto sensu*⁵, que es la versión democrática de esta ideología, que se afirma en la segunda mitad del siglo XX. Se puede sintetizar en la idea según la cual se debe obediencia al derecho independientemente de su contenido, pero sólo si sus procedimientos de formación son democráticos, es decir si las leyes (generales y abstractas) han sido aprobadas por la mayoría. Aquí el valor intrínseco del procedimiento democrático – que respeta más que cualquier otro el valor de la autonomía, además de perseguir aquellos de la paz social y de la igualdad formal, ya que atribuye a todos los ciudadanos un igual derecho de participación política – justifica el deber de obediencia a las leyes aprobadas por la mayoría (sin limitaciones sustanciales, y por lo tanto cualquiera sea su contenido). Está justificada la obediencia a las leyes de un Estado democrático (en sentido procedimental) de derecho.

Según el neo-constitucionalismo ideológico contemporáneo, en cambio, se debe obediencia al derecho sólo si tiene un determinado contenido, es decir si se conforma a una constitución que tiene a su vez un determinado contenido: una constitución formada por un conjunto de principios, valores y derechos fundamentales que constituyen – al menos en opinión de algunos autores cognitivistas, como Dworkin; no en opinión de otros, no cognitivistas, como Ferrajoli y yo mismo – la “positivización” de la moral crítica. La justificación de la obediencia al derecho, pero no a cualquier derecho, es brindada por una moral que “nace” fuera del derecho, y después se incorpora al sistema jurídico en su más alto nivel, la constitución. Sólo está justificada la obediencia a las leyes de un Estado constitucional, y democrático, de derecho.

⁵ He distinguido en efecto tres versiones del positivismo ideológico (*latissimo, lato y stricto sensu*) en P. Comanducci, *Il neocostituzionalismo ideologico*, en I. Fanlo Cortés, R. Marra (ed.), *Filosofia e realtà del diritto. Studi in onore di Silvana Castignone*, Torino, Giappichelli, 2008, pp. 141-51.

En resumen, podríamos decir que todos los tipos de positivismo y neo-constitucionalismo ideológicos afirman que se debe obedecer al derecho por razones morales⁶. Se distinguen entre sí, sin embargo, por los valores morales que conforme a cada uno de ellos justifican la obediencia y por el concepto de derecho que usan. Por lo que se refiere a los valores morales, se trata respectivamente en el caso del positivismo ideológico *stricto sensu* de la autonomía, en el caso del neo-constitucionalismo ideológico de los derechos fundamentales. Por lo que se refiere al concepto de derecho, se trata respectivamente en el caso del positivismo ideológico *stricto sensu* de cualquier conjunto de normas aprobadas por la mayoría, en el caso del neo-constitucionalismo ideológico de cualquier conjunto de normas conforme a los derechos fundamentales.

Si se acepta esta reconstrucción, el debate contemporáneo entre los partidarios del así llamado “modelo Westminster”, es decir de una democracia procedimental sin vínculos sustanciales⁷, y los del modelo de Estado constitucional de derecho, es decir de una democracia procedimental con vínculos sustanciales (superioridad de una constitución que incorpora un *bill of rights* y control judicial de legitimidad constitucional de las leyes)⁸, podría ser leído – esta es mi propuesta interpretativa – como un contraste entre positivistas ideológicos (*stricto sensu*) y neo-constitucionalistas ideológicos.

Se trata de una discusión de ética normativa que se desarrolla a menudo mezclando dos planos que, en mi opinión, deberían mantenerse diferenciados: el plano empírico del funcionamiento de las democracias reales y del control de constitucionalidad real; y el plano ideal, filosófico-político, de la respectiva justificación de los dos modelos, sobre la base de los principios y valores liberales⁹.

⁶ Un análisis pormenorizado de las justificaciones morales que han sido presentadas a favor del deber de obediencia al derecho, y entonces de la así llamada “obligación política”, se encuentra en J. M. Vilajosana, *Identificación y justificación del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2007, cap. IV.

⁷ Cfr. por ejemplo: J. C. Bayón, *Derechos, democracia y constitución*, en “Discusiones”, 1, 2000, pp. 65-94; J. Waldron, *Law and Disagreement*, Clarendon Press, Oxford, 1999; J. Waldron, *The Dignity of Legislation*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999.

⁸ Cfr. por ejemplo: R. Dworkin, *La democracia posible. Principi per un nuovo dibattito politico* (2006), Milano, Feltrinelli, 2007, cap. 5; L. Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (1989), Madrid, Trotta, 1995, 2000⁴, parte V; L. Ferrajoli, *Principia iuris. Teoría del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2007, espec. vol. II; V. Ferreres, *El control judicial de la constitucionalidad de la ley*, México, Fontamara, 2008; G. Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* (1992), Madrid, Trotta, 1995; G. Zagrebelsky, *Il «Crucifige!» e la democrazia*, Torino, Einaudi, 1995; G. Zagrebelsky, *La virtù del dubbio. Intervista su etica e diritto*, ed. por G. Preterossi, Roma-Bari, Laterza, 2007.

⁹ Que los participantes en la discusión compartan al menos algunos principios fundamentales de corte liberal es justamente, en mi opinión, lo que hace posible y fructífero el debate.

La pregunta fundamental del debate entre positivistas y neo-constitucionalistas ideológicos es la siguiente: ¿Cuál es el diseño institucional que mejor realiza el valor de la autonomía individual? ¿El modelo Westminster o el Estado constitucional de derecho? Dicho de otra forma: ¿Cuál de los dos diseños institucionales está más justificado por el valor liberal cardinal, el de la autonomía?

El modelo Westminster es o bien un tipo de democracia procedimental pura, o bien un tipo de democracia mixta, que une elementos procedimentales y sustanciales con una prevalencia de los primeros en caso de conflicto. Los partidarios de este modelo – en contra de las concepciones mixtas de la democracia que otorgan prevalencia, en caso de conflicto, a los elementos sustanciales – afirman que la regla de mayoría es contradictoria con la superioridad de la constitución y con el control de constitucionalidad. Y que por lo tanto no es plausible la idea misma sobre la que se basa el modelo de Estado constitucional de derecho, es decir la idea según la cual es posible mantener juntas, de manera armónica, la regla de mayoría, *qua* instrumento para tomar decisiones colectivas, y una garantía de los derechos fundamentales a través de su incorporación a una constitución rígida, protegida por el control judicial sobre la legitimidad constitucional de las leyes.

La regla de mayoría sería contradictoria con la superioridad de la constitución, ya que si hay procedimientos más difíciles para cambiar la constitución (frente a los que se siguen para cambiar la ley), esto quiere decir que una minoría puede rechazar un cambio constitucional querido por la mayoría.

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

Los argumentos de Waldron¹⁰, uno de los principales fautores de esta postura, son fundamentalmente tres:

¹⁰ Cfr. sobre todo J. Waldron, *Law and Disagreement*, Oxford, Clarendon Press, 1999, espec. parte III, «Rights and Judicial Review»; Id., *The Dignity of Legislation*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999. Véase también L. Corso, *Potere giudiziario e sovranità popolare*, Torino, Giappichelli, 2008, pp. 79 ss.

a) Las reglas últimas para tomar decisiones colectivas son todas procedimentales y son todas falibles. Los partidarios del modelo de Estado constitucional de derecho – es decir, de las concepciones mixtas de la democracia con superioridad de los elementos sustanciales – se equivocan en pensar que puedan existir restricciones sustanciales a los procedimientos de toma de decisiones colectivas: todas las restricciones son procedimentales y los procedimientos pueden dar cualquier resultado, en la fase constituyente como en la fase constituida.

b) Todos los procedimientos tienen valor intrínseco, según *como* se decide, e instrumental, según *qué* se decide (es decir, según los resultados de la decisión). La regla de mayoría tiene mayor valor intrínseco de las demás reglas, ya que respeta la igualdad entre las personas, y, por lo tanto, el valor supremo de la autonomía individual. Y, para Waldron, no hay que tener en cuenta el valor instrumental, ya que todos los procedimientos son falibles, es decir, pueden dar resultados “equivocados”.

c) El tercer argumento de Waldron se basa sobre la existencia de desacuerdos (sobre el “hecho” de los desacuerdos). Ya que la diversidad de los intereses, religiosos, de concepciones políticas, etc., en las sociedades contemporáneas son profundas y que los relativos desacuerdos no son solucionables, no es ni siquiera posible realizar un acuerdo unánime acerca de la precisa definición del contenido de los derechos fundamentales. Los únicos derechos sobre los que sería posible un acuerdo son los derechos de participación política (y aquellos que son instrumentales a su ejercicio). Una vez realizado este acuerdo, será la mayoría (y no un conjunto anti-democrático de jueces) que tomará las decisiones acerca de la definición del contenido de los otros derechos fundamentales. Waldron critica las teorías de la justicia como la de Rawls que, pretendiendo que se pueda conseguir un acuerdo razonable sobre una concepción compartida de la justicia, afirman que todas las cuestiones distributivas, y la definición del contenido de todos los derechos, pueden ser sustraídas a los procedimientos democráticos, e incorporadas en constituciones rígidas, protegidas por el control de constitucionalidad de la ley. Aquí las teorías de la justicia olvidarían “el hecho de los desacuerdos” y, además, haciendo prevalecer una concepción de la justicia sobre todas las otras, violarían el igual respeto y consideración que son debidos a todas las personas, si se quiere proteger el valor de la autonomía individual.

Hace falta sin embargo advertir que Waldron, sucesivamente, ha debilitado su posición¹¹, afirmando que ella tiene solamente, como objetivo polémico, el control de constitucionalidad “robusto” (es decir aquello en el cual las decisiones de los jueces tienen efectos jurídicos inmediatos sobre la aplicabilidad de la ley que es objeto de juicio), y no formas más débiles e indirectas de control (que pueden ser configuradas como ejemplos de “diálogo institucional”). Asimismo, su argumento es limitado a sociedades en las que las instituciones democráticas y judiciales funcionen bastante bien, donde la mayoría de los ciudadanos tengan un compromiso firme a favor del respeto de los derechos humanos, y donde existan, sin embargo, desacuerdos razonables sobre el contenido específico de los derechos fundamentales, pero no sobre el contenido de los derechos políticos. Estas sociedades, según Waldron, no son sociedades ideales sino sociedades reales “idealizadas”.

Hay al menos tres posibles respuestas a las críticas de Waldron.

a) La primera. Si siguiéramos la propuesta de Waldron nos encontraríamos frente a una disyuntiva:

1) o bien la democracia es un procedimiento *self-defeating* (autofracasante), una institución “suicida” según la fórmula de Ernesto Garzón Valdés¹², y por lo tanto se podría decidir democráticamente adoptar una constitución rígida con un control “robusto” de constitucionalidad, y esta decisión sería perfectamente legítima;

2) o bien la democracia no es un procedimiento *self-defeating* (autofracasante), es decir que todo puede ser decidido democráticamente a parte que el abandono de la misma democracia para elegir otro método para tomar las decisiones colectivas. En esta disyuntiva, para garantizar la democracia haría falta necesariamente proteger el derecho de participación política y los derechos que constituyen las condiciones de legitimidad de la democracia. Estos últimos, como afirma el mismo Waldron, son la libertades de expresión y asociación. ¿Cómo se pueden proteger estos derechos, teniendo en cuenta que, para hacerlo, se deberían poner límites de contenido que las decisiones colectivas deberían respetar? Me parece que se pueden imaginar dos casos.

El primero es aquello de una sociedad ideal, o idealizada, donde la protección de estos derechos podría ser asegurada por el legislador. En ese caso, sin embargo, ¿por

¹¹ J. Waldron, *The Core of the Case Against Judicial Review*, in “The Yale Law Journal”, 115, 6, 2006, pp. 1346-1406.

¹² Cfr. E. Garzón Valdés, *Instituciones suicidas. Estudios de ética y política*, México, Paidós, 2000.

qué se debería garantizar solamente estos derechos (participación política, expresión, asociación) y no otros, igualmente importantes (la vida, la propiedad, la conciencia, etc.)?

El segundo caso es aquello de una sociedad real, donde la protección de estos derechos no podría estar asegurada, en mi opinión, por el legislador, es decir por la misma institución cuyas decisiones deberían estar limitadas respecto a sus contenidos, ya que un control parecido no sería para nada eficaz. Efectivamente, en la realidad, hay varios desacuerdos, y la mayoría podría imponer su voluntad no tomando en cuenta los derechos de la minoría. Sería entonces necesario tener unos procedimientos anti-mayoritarios de garantía de los derechos, típicos del liberalismo de los contra-poderes: *checks and balances*, control “robusto” de constitucionalidad, etc.

Por consecuente, no hay, en mi opinión, una diferencia considerable entre las condiciones previas del procedimiento democrático (los derechos políticos) y los otros derechos fundamentales, al contrario de lo que afirmaba Waldron: hace falta que todos estén protegidos por unos procedimientos anti-mayoritarios. En efecto, desde el punto de vista de su implementación y garantía, las condiciones previas no son, en sociedades reales, otra cosa que vínculos y límites sobre el contenido de las decisiones democráticas, impuestas y determinadas (entre otros sujetos y sobre todo) por los jueces constitucionales. Serían ellos, en las sociedades reales, que establecen en alguna medida los límites al contenido de las decisiones mayoritarias, ampliando o restringiendo esos límites según su interpretación de los pedidos de justicia incorporados en la constitución.

b) La segunda respuesta posible a esas críticas consiste en justificar la imposición de límites sustanciales a la regla de mayoría recurriendo a la ideología contractualista. De este modo pasamos de un enfoque jurídico normativo a otro enfoque, siempre normativo, pero de corte filosófico-político.

La estrategia más interesante para responder a las críticas de Waldron no es, a mi parecer, la que hace hincapié sobre el mayor valor instrumental de los procedimientos de un Estado constitucional de derecho frente a la simple regla de mayoría. Aún así, estoy personalmente convencido que un análisis del funcionamiento de los sistemas políticos contemporáneos podría confirmar esa superioridad instrumental.

Prefiero hacer hincapié sobre el valor intrínseco de la regla de mayoría, y poner en tela de juicio la afirmación que ella es superior a los procedimientos del Estado constitucional de derecho. Desde esta perspectiva, se podría tener en cuenta también que los procedimientos democráticos *reales* de toma de decisiones públicas a menudo no respetan, e incluso no pueden respetar – según el teorema de Arrow –, la voluntad de la mayoría de los decisores, y entonces el valor de la igualdad en la participación política. Trataré esta cuestión a continuación. Por el momento dejo de lado, por lo tanto, los argumentos que se basan sobre datos empíricos, para concentrarme sólo en los argumentos éticos.

Waldron afirma que la regla de mayoría tiene un valor intrínseco superior a cualquier otro procedimiento de toma de decisiones públicas, y basa su afirmación sobre el valor último de la igual autonomía de los individuos.

Ferrajoli, entre otros, rechaza esta justificación afirmando que hay otros valores, otros intereses, igualmente, o incluso más, valiosos de la autonomía: la vida, la seguridad y la libertad, por ejemplo¹³. Y no se ve por qué garantizar sólo la autonomía, es decir los derechos de participación política, y no el derecho a la vida, seguridad, libertad, etc., de los individuos.

Hay, sin embargo, otra estrategia para contestar críticamente a la postura de Waldron, aún aceptando su tesis que la autonomía es el valor último que justificaría la regla de mayoría.

Si nos ponemos en un nivel de discurso normativo, de tipo filosófico-político, la autonomía, según su etimología, quiere decir “dar normas a si mismo”, y se contrapone a la heteronomía, que es “recibir normas de parte de otros”. Ahora bien, es verdad que la regla de mayoría es superior a cualquier “regla de minoría”, en el sentido que respeta más la igualdad de seres autónomos, pero no me parece verdad que la regla de mayoría sea siempre la regla intrínsecamente superior respecto a todas las demás reglas para tomar decisiones colectivas. Esto depende del contexto en que las reglas actúan.

Si se trata de un contexto en que ya se ha decidido vivir en sociedad, o sea tomar decisiones colectivas que vinculan a todos, también a los que no están de acuerdo con ellas, parece correcto afirmar que la regla de mayoría es superior intrínsecamente a cualquier otra regla.

¹³ Cfr. L. Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001, p. 355.

Pero si se trata de un contexto donde justamente lo que hay que decidir es si vivir en sociedad, si tomar o no decisiones colectivas que vinculan a todos, entonces la regla de la unanimidad es intrínsecamente superior a la regla de mayoría, ya que no viola – como lo hace la regla de mayoría – la autonomía de ninguno. Y si, lo repito, estamos en un nivel de discurso normativo, de tipo filosófico-político, este último es el contexto: tenemos que contestar a la objeción del anarquista – según el cual cualquier *kratos*, cualquier poder es ilegítimo porque viola la autonomía –, o bien solucionar el problema de Rousseau – encontrar una forma de gobierno en la que todos, obedeciendo sólo a si mismos, obedezcan también a las leyes del Estado.

Personalmente creo que la objeción del anarquista no es refutable – a nadie, cuando nace, se le da la opción de pactar las reglas de la vida en común; cualquier poder heterónomo tiene un grado de ilegitimidad, aún si no todos los poderes son igualmente ilegítimos –, y que por lo tanto el problema de Rousseau no se pueda solucionar de manera completa: siempre, en la sociedad, se obedece a otros, y no sólo a si mismos.

Pero si no todos los poderes son igualmente ilegítimos, deberíamos preferir los menos ilegítimos. En una situación ideal, contra-fáctica, en la que seres racionales tuvieran que elegir a qué tipo de poder someterse, el contractualismo afirma que el mal menor sería elegir una democracia procedimental con límites substanciales, es decir un procedimiento distinto de la simple regla de mayoría. Confiar en la sola democracia procedimental sería peligroso para los intereses, o los derechos fundamentales de cada individuo. La decisión racional sería la de sustraer al dominio de la mayoría los intereses, o los derechos fundamentales, y dejar a la decisión de la mayoría todos los demás asuntos. La unanimidad racional en los asuntos fundamentales sería un procedimiento intrínsecamente superior a la regla de mayoría, ya que no violaría en absoluto el valor de la autonomía individual.

Hay, por supuesto, muchos problemas en el interior de la postura contractualista, pero quizás menos de los que se encuentran en las posiciones de los partidarios de la regla de mayoría, sin límites substanciales.

c) Yo opino que hay que comparar coherentemente el valor intrínseco de la democracia procedimental pura y de los procedimientos del Estado constitucional de derecho o bien en la realidad, o bien en el interior de un modelo normativo, asumiendo, en este último caso, un punto de vista filosófico-político.

La argumentación de Waldron, al contrario, se mueve a veces desde el plano real al plano ideal y viceversa.

El plano real es aquel donde los desacuerdos prevalecen, mientras que el plano ideal es aquel donde los acuerdos predominan. En el plano real el único acuerdo estable se realiza a través de la obediencia generalizada al derecho. En el plano ideal los desacuerdos existen, pero no son determinantes: podemos pensar, en la obra de Rawls, a la sociedad pluralista donde diferentes concepciones “comprensivas” del bien rivalizan entre sí; o bien, en la obra de Waldron, a los desacuerdos sobre la interpretación de las condiciones previas, de los derechos, etc.

El plano real es aquel de la explicación: hay desacuerdos profundos en nuestras sociedades (algo que ya afirmaba Kelsen antes que Waldron), que dependen de conflictos de interés, ideológicos, religiosos, de costumbres culturales, etc. El derecho – pero no necesariamente la democracia – es un instrumento de resolución autoritativa de los desacuerdos: ofrece la forma de tomar decisiones colectivas en las “condiciones de la política”. Y esos procedimientos pueden ser la democracia como regla de mayoría, la democracia con límites substanciales, el despotismo ilustrado, hoy en día la tecnocracia, etc.

El plano ideal es aquel de las proposiciones normativas, que pueden tener como objeto la justicia (social, distributiva, etc.), o bien los procedimientos democráticos, sin o con límites substanciales. En el primer caso, John Rawls, por ejemplo, supone que, en circunstancias ideales (*the well ordered society*), habría un *overlapping consensus* que formaría la base para justificar una distribución igualitaria de los derechos fundamentales y de su protección jurídica. En el segundo caso, Jeremy Waldron, por ejemplo, supone que habría, siempre en circunstancias ideales, un acuerdo sobre la aceptación del procedimiento democrático para tomar decisiones colectivas, y sobre la necesidad de protegerlo jurídicamente.

No me parece que, contrariamente a lo que afirma Waldron, Rawls (y así los neo-constitucionalistas ideológicos como Dworkin) no tome en serio el “argumento de los desacuerdos”. A mi parecer, si se mantiene eso, entonces haría falta afirmar lo mismo respecto a la postura de Waldron. En efecto, si se toma en serio, en el plano real, la existencia de desacuerdos que no pueden ser eliminados entre los hombres, deberíamos concluir que todos – Waldron como Rawls y Dworkin – presentan, en el nivel

normativo, unas propuestas no completamente viables: el consenso universal sobre una propuesta normativa existe solamente en condiciones ideales, contra-fácticas, y no reales. Como decía Kelsen, en sociedades reales la justicia es una idea irracional, ya que los intereses de los hombres son diferentes y opuestos, y esto determina entre ellos una diversidad no eliminable de opiniones morales y políticas.