



## Los derechos como instrumentos de la autoridad democrática

Rights as Instruments of Democratic Authority

Os direitos como instrumentos da autoridade democrática

Ricardo Marquisio Aguirre

Profesor agregado de Filosofía y Teoría General  
del Derecho, Facultad de Derecho, Udelar

### Resumen

El artículo tiene como objetivo defender el rol instrumental de los derechos en el marco de una concepción normativa de la autoridad democrática. En tal sentido, se distinguen tres visiones sobre la democracia (realista, valorativa y normativa), que asignan a los derechos distintos papeles (convencional, aspiracional e instrumental) y usos (afirmación, mención, creación). Mi tesis es que la visión normativa de la democracia, que aborda el problema de la autoridad política como una responsabilidad conjunta de los ciudadanos por la construcción pública de la justicia social, es aquella que permite justificar la creación democrática de derechos. La visión normativa requiere que los ciudadanos se conciban a sí mismos como autores últimos del mundo social, lo que implica que las obligaciones sean entendidas como lógicamente previas a los derechos y que se atribuya a estos una condición interpretativa.

### Abstract

The paper aims to defend the instrumental role of rights within the framework of a normative conception of democratic authority. In this sense, three visions on democracy are distinguished (realistic, valued and normative), which assign different roles to the rights (conventional, aspirational and instrumental) and uses (affirmation, mention, creation). My thesis is that the normative vision of democracy, which addresses the problem of political authority as a joint responsibility of citizens for the public construction of social justice, is one that allows to justify the democratic creation of rights. The normative vision requires that citizens conceive

themselves as ultimate authors of the social world, which implies that obligations are understood as logically prior to rights and that an interpretative condition be attributed to them.

### Resumo

O artigo tem como objetivo defender o papel instrumental dos direitos no âmbito de uma concepção normativa de autoridade democrática. Nesse sentido, distinguem-se três visões sobre democracia (realistas, valorizadas e normativas), que atribuem papéis diferentes aos direitos (convencionais, aspiracionais e instrumentais) e usos (afirmação, menção, criação). Minha tese é que a visão normativa da democracia, que trata do problema da autoridade política como uma responsabilidade conjunta dos cidadãos pela construção pública da justiça social, é aquela que permite justificar a criação democrática de direitos. A visão normativa exige que os cidadãos se concebam como autores finais do mundo social, o que implica que as obrigações sejam entendidas como logicamente anteriores aos direitos e que uma condição interpretativa seja atribuída a eles.

## 1. Introducción

Para utilizar una fórmula, trivial pero ilustrativa, los derechos humanos son los derechos que tenemos porque somos humanos: iguales (o bien alguien no es un ser humano o bien tiene exactamente los mismos derechos que cualquier otro ser humano), inalienables (uno no puede renunciar a la condición de ser humano) y universales (se poseen por todo ser humano y en cualquier parte) (Donnelly, 2008).

Esta caracterización, cuyo atractivo intuitivo principal es su simpleza, constituye apenas el inicio de un vasto problema teórico y práctico. Los derechos humanos constituyen una compleja y contestada práctica social que pretende organizar las relaciones entre individuos, sociedades y Estados, alrededor de un conjunto de valores sustantivos cuyo contenido es, en muchos sentidos, indeterminado. En el marco de dicha práctica, los derechos no se invocan como puros valores abstractos como la libertad, la igualdad y la seguridad, sobre los cuales hay múltiples concepciones y se reconoce la persistencia de desacuerdos razonables. Se plantea que son *genuinos* derechos (derechos subjetivos), es decir títulos, que justifican acciones específicas y reclamos precisos de satisfacción obligatoria. No expresan meras aspiraciones, sugerencias, pedidos o ideas loables, sino exigencias perentorias; se reclaman como debidos, incondicionalmente, a todos.

En el mundo posterior a la Segunda Guerra Mundial, los derechos humanos se han transformado en mucho más que un aspecto a considerar en las discusiones sustantivas de justicia social. Han pasado a constituir el lenguaje común en que se expresa buena parte de

la crítica social en la política global. Se ha ido paulatinamente incorporando la idea de que existen estándares universales que se aplican a las instituciones políticas domésticas y que justifican una evaluación externa a cualquier sociedad. Así se puede hablar de una *doctrina de los derechos humanos* (cuya piedra de toque es la Carta de las Naciones Unidas) según la cual cada persona, sin importar su locación espacial, es objeto de preocupación global, y de una *práctica de derechos humanos*, desarrollada por innumerables agentes individuales y colectivos que presionan a los Estados para que cumplan con la responsabilidad de satisfacer ciertos estándares de tratamiento hacia sus habitantes (Beitz, 2009, p. 13).

Tanto la doctrina como la práctica de los derechos humanos constituyen respuestas a circunstancias históricas concretas.<sup>1</sup> Sin embargo, en la actualidad sus reclamos exigen respaldo jurídico pleno y justificación moral universal. No obstante, el pluralismo moral y el desacuerdo sobre los términos fundamentales del mundo social constituyen una realidad evidente en las sociedades contemporáneas (al menos en aquellas donde impera el Estado de derecho). Por tanto, no es de extrañar que se planteen permanentes dilemas sobre el status ontológico de los derechos y su compatibilidad con el ideal democrático.

## 2. Democracia y derechos: ambigüedades, vaguedades, tensiones

El término *democracia* es ambiguo, en tanto se usa para afirmar estados de cosas diferentes y en ocasiones contradictorios.<sup>2</sup> También resulta afectado de una vaguedad fundamental, pues sus condiciones de aplicación dan lugar a incertidumbre cuando se toman en consideración las sociedades concretas que se pretende catalogar como «democráticas».<sup>3</sup>

Más allá de su etimología, simple y conocida ('gobierno del pueblo'), y su origen histórico en la *demokratia* ateniense del siglo V a. de C., *democracia* es uno de los ejemplos típicos entre los conceptos esencialmente contestados. Resulta, por tanto, un esfuerzo estéril explorar la posibilidad de un acuerdo teórico sobre bases puramente conceptuales, acerca de su «verdadero» significado. Las distintas concepciones de la democracia, antes que esfuerzos de clarificación conceptual, constituyen pretensiones de articular valores asociados al concepto, que se encuentran en permanente tensión entre sí. Una idea más acotada que la de *concepción* aunque más útil como punto de partida para la discusión normativa (la posibilidad de una justificación democrática del derecho vigente), es la de *método democrático*, con referencia a la decisión colectiva que cumple con las siguientes condiciones: igualdad política, sensibilidad a los juicios e intereses de los participantes, adopción de decisiones colectivas por regla mayoritaria, elecciones competitivas, libertades básicas efectivamente vigentes (Marquisio, 2013).

Con respecto a los *derechos* es posible hacer una distinción entre cuestiones *analíticas* y *normativas*. Las cuestiones analíticas refieren a las características y funciones básicas

que definen, como categoría conceptual, los derechos, así como las relaciones entre estos y otras posiciones jurídicas, tales como las libertades, los poderes y los deberes. Desde el punto de vista analítico, es influyente la clasificación de Hohfeld que distingue cuatro tipos de posiciones jurídicas reunidas bajo el término *derecho*: reivindicaciones, libertades o privilegios, poderes e inmunidades (Hohfeld, 1917).<sup>4</sup>

De entre los múltiples sentidos en que, desde el punto de vista analítico, se utiliza el vocablo *derecho*, es necesario circunscribir la discusión normativa a alguno de ellos. Para abordar el problema de la función de los derechos en la sociedad democrática es apropiado utilizar el término como sinónimo de la afirmación de que alguien tiene una pretensión justificada, con respecto a algo (objeto) y a alguien (sujeto obligado correlativamente) con independencia de un reconocimiento social explícito (Mendonca, 2003, p. 24).

Las cuestiones normativas tienen relación con la apropiada distribución de los derechos, su contenido y los procedimientos para su determinación e identificación. También incluyen la discusión sobre los beneficios y desventajas que conlleva regular la interacción entre las personas a partir del otorgamiento de derechos. Hay un prolongado debate normativo acerca de las características esenciales de los derechos jurídicos, entre las teorías del interés y las teorías de la voluntad u opción (Kramer, 2010). La discusión de si puede justificarse (y en qué sentido) hablar de derechos con independencia de cualquier reconocimiento por norma autoritativa se ha vuelto especialmente compleja por las profusas menciones vagas y abstractas a derechos que suelen hacer las constituciones contemporáneas. El contenido de estas menciones permanece indeterminado hasta que alguna decisión autoritativa (legal o judicial) lo concretiza atribuyendo las obligaciones de contrapartida.

Desde el punto de vista normativo, tanto el contenido de los derechos como su adecuada distribución y los aspectos de la interacción humana que deberían ser regulados a través de ellos son materia de debate entre las distintas concepciones o teorías de la justicia. En la discusión sobre los principios de justicia que deberían regir a las instituciones sociales, los derechos son solo una parte de las consideraciones relevantes. La justificación de los derechos concretos que podamos reclamarnos unos a otros tiene como antecedente lógico la individualización de las obligaciones que podamos atribuirnos unos a otros en función de ciertos supuestos razonables sobre la motivación para cooperar de los agentes morales.

Una concepción plausible de justicia necesita asumir que las personas tienen intereses diversos y competitivos. Y, en consecuencia, no resulta plausible proponer principios sobre las instituciones desde el supuesto de que los arreglos básicos pueden definirse por la mera referencia a un hipotético bien común al que todos, de forma desinteresada e incondicional, estarían dispuestos a seguir. Esa visión del bien común no es realista y carece de toda fuerza justificativa suponer que la sociedad humana podría funcionar en concordancia con ella (Rawls, 1971, pp. 142-149).

El lenguaje de los derechos es virtualmente omnipresente en la discusión política contemporánea. Aquí también proliferan la vaguedad y la ambigüedad, y el abordaje conceptual es insuficiente, puesto que no hay una esencia o cualidad intrínseca que permita unificar los múltiples reclamos de derechos. La valoración positiva que términos como *derechos* tienen en el discurso social lleva a que su uso tienda a expandirse, al punto de que los actores suelen utilizarlos como justificativo de sus afirmaciones sobre todas las cosas acerca de las que tienen una visión favorable (Campbell, 2006, p. 23).

Es obvio que en cualquier sociedad plural existen múltiples afirmaciones de derechos sobre las cuales las personas discrepan, en ocasiones de modo radical. Son necesarios, por tanto, criterios institucionales para identificar entre las *propuestas* de derechos, aquellas efectivamente justificadas, que dan lugar a que pueda hablarse de *titularidad* de derechos en los sentidos jurídicos típicos (potestad, libertad, existencia de una obligación correlativa, etc.). El problema que nos convoca es determinar cuáles son los modos en que la identificación de las pretensiones justificadas de derechos cumple un rol al servicio de una sociedad democrática.

### 3. El rol de los derechos en una democracia

La relación entre la democracia y los derechos plantea múltiples cuestiones vinculadas a la forma, los límites y las precondiciones de la decisión mayoritaria en una comunidad política. En un sentido básico, las decisiones políticas, cualquiera sea su contenido, crean derechos, en cuanto modifican las posiciones jurídicas que ocupan ciertos individuos, de acuerdo con los términos analíticos de Hohfeld. Atribuir derechos es un modo institucional de regular la interacción social, inherente a la propia idea de ordenamiento jurídico.

El cambio jurídico, en cuanto involucra una continua creación o modificación de derechos, deja siempre abiertas cuestiones normativas: ¿Son justos los derechos creados por la legislación introducida? ¿Resultarían igualmente exigibles si no fueran reconocidos por dicha legislación? ¿Hay exigencias de justicia que deben prevalecer contra los derechos creados legislativamente? ¿Son los jueces (nacionales o internacionales) las autoridades idóneas para hacerlas valer?

El cambio legislativo tiene, en una sociedad democrática, una particularidad que lo complejiza. Por un lado, la democracia implica la permanente disposición del orden institucionalizado a modificar la legislación para adaptar las regulaciones imperantes a las valoraciones sobre el mundo social que sostiene la mayoría de los ciudadanos, iguales políticos. Por otro lado, las democracias desde la antigua Atenas han utilizado, con propósitos diversos, mecanismos de «atrincheramiento» para proteger determinadas regulaciones a las que se pretende inmunizar frente al cambio. El ejemplo contemporáneo más notorio de ese atrincheramiento es la constitucionalización de los derechos fundamentales basada en

la idea de que hay exigencias de la dignidad humana que la legislación no puede desconocer. Sin embargo, el atrincheramiento no solo permite la defensa de atribuciones justas de derechos, sino que puede utilizarse también para proteger privilegios y asimetrías (Schwartzberg, 2007).

La decisión democrática plantea el problema de la compatibilización entre lo que los ciudadanos se deben unos a otros, según las distintas concepciones de justicia, y lo que establecen las decisiones adoptadas por una mayoría de ciudadanos o representantes. Responder a las interrogantes de moral política a que da lugar la creación legislativa de derecho requiere adoptar una determinada concepción de la democracia (o del método democrático) que, a su vez, implica una visión sobre el papel y el uso de los derechos.

En lo que sigue voy a presentar tres visiones diferentes de la democracia: la *realista*, que asigna un papel convencional a los derechos y da cuenta del discurso público como un conjunto de afirmaciones contrapuestas acerca de estos; la *valorativa*, que otorga un papel aspiracional a los derechos y se centra en su uso como mención en la constitución u otros textos jurídicos; la *normativa*, que les asigna un papel instrumental e incorpora, como necesidad moral, la responsabilidad por su creación.

La distinción entre estas tres visiones contribuye a eliminar algunas paradojas que genera la expansión del lenguaje de los derechos tanto en el ámbito del debate público como en la normativa internacional, constitucional y legislativa. Estas paradojas son la *ontologización*, el *conflictivismo* y la *irrelevancia*.

Por *ontologización* me refiero a la forma vaga y abstracta que adopta el discurso de los derechos, distanciándose de las necesidades (competitivas) y los intereses (contrapuestos) que los justifican. En estos casos, las afirmaciones sobre derechos se toman como si hicieran referencia a supuestas *realidades morales*, reconocibles por todos y directamente motivadoras de las decisiones sociales.<sup>5</sup> El razonamiento que lleva a exigencias perentorias con base en esas abstracciones implica ignorar que, aunque la democracia supone un compromiso fundamental de los ciudadanos con el reconocimiento recíproco de derechos, existen discrepancias importantes (irreconciliables en muchos casos) sobre el contenido de los derechos que se invocan (Waldron, 1999).

La proliferación de afirmaciones sobre la existencia de derechos lleva a un creciente conflicto entre ellos y a un correlativo aumento de las alegaciones acerca de su violación. La *paradoja conflictivista* radica en que la expansión del lenguaje de los derechos, como exigencias perentorias de justicia que, de modo inevitable, coliden unas con otras sin que las autoridades públicas puedan darles respuesta inmediata y consistente, tiene como corolario que los denominados *Estados constitucionales* o *Estados de derechos* terminan siendo aquellos en los se constatan más violaciones de derechos (Toller, Fernández Santander y D'Elía, 2012).

Una de las condiciones esenciales de la relevancia normativa de los derechos es su limitación: no todos los reclamos que nos hacemos unos a otros pueden ser exigencias perentorias de justicia y, menos, tener aptitud para ser satisfechos de modo pleno y coheren-

te. El problema de la *irrelevancia* radica en que la expansión ilimitada del lenguaje de los derechos se torna incompatible con el sentido inherentemente relacional de estos y lleva a su devaluación normativa. Cuando los derechos no se correlacionan con obligaciones determinadas de contrapartida, su interpretación está de plano divorciada no solo con aquello que la dimensión institucional de la práctica jurídica requiere considerar como tales, sino con lo que realmente importa de los derechos: obtener acciones específicas de otras personas. Además de los derechos universales, que son derechos contra todos y los derechos particulares (como los que crean los contratos o los estatutos como el matrimonio), que son derechos contra otros especificados, tendríamos una tercera categoría (vacua) de derechos: los derechos contra nadie (o contra nadie en particular) (O'Neill, 2009).

Un desafío para la teoría democrática es desarrollar una concepción de los derechos que incorpore la existencia de intereses y necesidades contrapuestas en la sociedad. Las decisiones colectivas adoptadas por una institucionalidad democrática deben permitir identificar cursos de acción específicos en favor de las personas cuyo interés o necesidad prevalece, pero reflejando, al mismo tiempo, el desacuerdo moral imperante sobre el contenido de los derechos.

#### 4. La visión realista de la democracia

Una forma de concebir la democracia es a partir de la observación de los regímenes políticos que, en las sociedades contemporáneas, se atribuyen la condición de democráticos, tomando en cuenta el recambio de los gobernantes a través de elecciones competitivas y la posibilidad de que distintos grupos de interés compitan (con diverso grado de éxito) por determinar la agenda de las decisiones estatales. El elitismo competitivo pone énfasis en el primer fenómeno (Schumpeter, 2006) mientras que el pluralismo clásico toma como central el segundo (Dahl, 2012).

Ya sea desde la puja de los caudillos por el voto popular o la distribución de beneficios en las decisiones colectivas, inherente a la poliarquía, la perspectiva realista ubica a la democracia como un estado de cosas, cuya medida de valor es la efectiva vigencia de un escenario de conflicto entre caudillos y grupos sociales motivados por el propio interés.

No hay relación a priori entre la justificación moral del interés de algún grupo y el grado en que la decisión colectiva lo hace avanzar o prevalecer a través de la asignación de un derecho. Ello resulta de un complejo proceso de mediación política, donde la autoridad estatal actúa como árbitro o componedor del conflicto, en función de la correlación de fuerzas imperante.

En este proceso, los derechos tienen un papel convencional: la estabilización de expectativas sociales según el resultado de la adjudicación de la autoridad estatal electa (o el voto popular directo) entre afirmaciones y pretensiones de derechos contrapuestas. Los

distintos grupos de interés utilizan el lenguaje de los derechos para dotar de perentoriedad y necesidad a sus reclamos. De sus posibilidades de imposición dependerá que se transformen en derechos legislativos, relegando las pretensiones y afirmaciones contrapuestas mientras no sea modificada la ecuación de poder vigente.

## 5. Las visiones valorativas

Otra forma de concebir democracia es tomarla como un valor o, más bien, como la síntesis de ciertos valores. Las concepciones de democracia expresan interpretaciones divergentes de un concepto contestado y suelen formar parte de ideales políticos más amplios. Por ejemplo, el liberalismo ubica como valores centrales a la igualdad y la libertad, condicionando la legitimidad de las decisiones mayoritarias al respeto a un conjunto de derechos fundamentales. El deliberativismo asume como valor central la deliberación pública y el fortalecimiento de las virtudes epistémicas de los ciudadanos. El pluralismo radical (o agonismo) ubica al conflicto como valor central de la política y asigna a la democracia el papel de transformar a los enemigos en adversario, en el conflicto por la imposición de proyectos políticos radicalmente enfrentados (Marquisio, 2013).

La valoración cuasi unánime de la democracia como ideal de la política tiene el costo de una inconmensurabilidad virtualmente insuperable en su significado. Las diferentes concepciones propuestas entienden por democracia cosas muy distintas, en el sentido que postulan condiciones contrapuestas de legitimación política, a las que cada una llama *democráticas*. Cada una de estas concepciones incluye una mención a los derechos como parte del ideal político que representa la democracia. Esas menciones tienen el valor de aspiraciones, cuya realización dependerá de las contingencias de la política.

Una concepción robusta del Estado democrático sustentada en la mención de derechos en las cartas constitucionales, que pone límites severos a la soberanía popular, es el denominado *neoconstitucionalismo* (Pozzolo, 1999). Se trata de una visión premoderna del derecho, en cuanto tiende a ignorar la relevancia de su dimensión institucional (Atria, 2016). La idea de resolver las cuestiones de justicia a través de la proliferación de derechos atrincherados en las Cartas, desemboca en un inevitable conflictivismo. Para lidiar con un problema social complejo se acude al mecanismo simple de mencionar algún derecho cuya «satisfacción» significaría la solución y al que se considera «incorporado» (en forma explícita o implícita) a la constitución. Así las menciones de derechos *fundamentales* se multiplican de modo incesante, sin que los problemas se enfrenten apropiadamente. La profusión ilimitada de estas menciones, sobre cuyo contenido (es decir, las exigencias de acción colectiva que plantean) no hay acuerdo, lleva a la idea de que los gobiernos democráticos, en forma continua, vulneran derechos al tomar partido, a través de decisiones políticas, por uno u otro de los términos del desacuerdo, aunque no puedan invocarse ex-



pectativas sociales previamente estabilizadas por la atribución institucional de obligaciones concretas (lo que sucede con las violaciones de los derechos jurídicos típicos).

## 6. La visión normativa

Un punto de partida para abordar el problema de la justicia democrática es el hecho que todas las sociedades enfrentan desigualdades y asimetrías injustificadas, que no dependen de un orden natural de las cosas, sino que son el resultado del comportamiento de personas concretas. La igualdad democrática requiere ser planteada como un orden de exigencias para las relaciones entre personas antes que como un patrón de distribución de bienes (Anderson, 1999). La discusión sobre el patrón distributivo correcto presupone un contexto más amplio que involucra a todos los miembros de la sociedad en sus relaciones recíprocas. Lo que unifica ese contexto es la idea de responsabilidad compartida, basada en la necesidad de adoptar decisiones, de acuerdo con parámetros evaluativos, sobre un mundo social común en esencia alterable.

La noción de responsabilidad como base de la justicia democrática nos lleva a indagar cuáles son las condiciones para que los individuos, concebidos como seres moralmente autónomos, puedan adoptar decisiones autoritativas sobre el mundo social que comparten, resolviendo sus desacuerdos sobre cómo debería ser alterado o conservado.

La democracia entendida a partir de esa responsabilidad tiene un valor intrínseco. No puede plantearse un debate público sobre la justicia social si no se asume que el cumplimiento de la responsabilidad inherente a cada ciudadano implica la adopción de continuas decisiones colectivas sobre las instituciones fundamentales del mundo social.

Algunos de las teorías que dan cuenta del valor intrínseco de la autoridad democrática son la epistémica de David Estlund (2008), la adjudicativa de Gerald Gaus (2011) y la basada en la idea de igual avance de intereses de Thomas Christiano (2004). Sus propuestas tienen algunos rasgos comunes que justifican las condiciones de la legitimidad democrática como una necesidad de la justicia social. El procedimiento democrático necesita ser autoritativo y para ello debe estar en condiciones de proporcionar razones morales para la acción a los ciudadanos autónomos que integran la comunidad política. La legitimidad democrática implica que la forma en que se ha constituido el procedimiento se vincula con la necesidad de obtener las mejores decisiones sociales (en términos de justicia) o la adjudicación razonada de disputas interpretativas sobre principios y derechos morales. La decisión democrática, basada en la idea de responsabilidad común por el mundo social, puede entenderse como una suerte de adjudicación entre posturas confrontadas en el debate público, lo que supone decidir cómo actuar colectivamente en un contexto de desacuerdo moral. Solo así los ciudadanos tienen, desde el punto de vista moral, razones

para aceptar u obedecer leyes con cuyo contenido (en ocasiones) están en franca discrepancia.

El ideal de la autoridad democrática no es el consenso, sino el desacuerdo razonado y la justa resolución de las diferencias. La decisión democrática es la palabra final (hasta que haya una nueva decisión válida) en cuestiones de disenso público. El valor intrínseco de la democracia como autoridad surge de que los agentes morales autónomos no pueden dejar de pensar ciertas acciones como la instauración de instituciones o la provisión de bienes públicos, desde un supuesto de responsabilidad compartida, lo que implica actuar (decidir, deliberar) conjuntamente.

Como síntesis de una visión normativa, puede caracterizarse a la autoridad democrática como aquella que los agentes morales autónomos, motivados por una disposición a realizar acciones necesarias por las que son conjuntamente responsables, atribuyen a los procedimientos igualitarios de decisión que adjudican entre las propuestas enfrentadas de acción colectiva (Marquisio, 2016).

## 7. Autoridad democrática y creación de derechos

La noción de responsabilidad sobre el mundo común como base de la autoridad democrática implica una concepción de la igualdad fundamental basada en las siguientes premisas: i) las personas son concebidas como agentes morales autónomos; ii) ubicados en un contexto necesario de interacción que requiere dar forma a un mundo social radicalmente contingente; iii) para lo cual necesitan adoptar decisiones colectivas referidas a intereses individuales competitivos, basadas en las mejores razones disponibles.

Una interpretación de la autoridad democrática fundada en esta clase de igual responsabilidad se resume en un ideal regulativo de *autonomía colectiva*. La necesidad de un método de decisión colectiva que se conciba como la expresión institucional de un grupo de iguales deriva de una condición inherente a la autonomía: la disposición a actuar de acuerdo con razones morales, que exige adoptar criterios de identificación y creación de esas razones, en un contexto de requerimientos permanentes de decisión y desacuerdos persistentes.

La justificación intrínseca de la autoridad democrática surge de que, dado que la autonomía moral se ejerce en contextos sociales, nadie puede asumir la condición de agencia moral de modo pleno sin concebirse como integrando un grupo cuyo objetivo es dar forma continua al mundo social, estableciendo reglas jurídicas, de acuerdo con las mejores razones disponibles y preservando la posibilidad de adoptar nuevas decisiones en el futuro que revisen las reglas vigentes (Marquisio, 2017)

La autoridad democrática implica que la autoría última de las decisiones sobre el mundo social común descansa en cada uno de nosotros, ya sea por el hecho de haber con-

tribuido a la adopción de las regulaciones vigentes, ya sea por disponer de los procedimientos para modificarlas cuando no las compartimos. Dado este supuesto, la realización pública de la justicia social es una responsabilidad de cada ciudadano (concebido como agente moral autónomo) que requiere la adopción de decisiones colectivas que incluyen la creación de derechos, como instrumentos para satisfacer necesidades de bienestar de los individuos.

Los derechos fundamentales de primera generación o derechos liberales y democráticos (Christiano, 2010) pueden entenderse como *prepolíticos* en el sentido de que refieren a intereses y criterios de acción, ya identificados de modo previo a la decisión política legítima y como condición de la posibilidad de esta. Si alguien está dispuesto a constituirse en agente moral, entonces valora la autonomía moral, sin necesidad de una decisión colectiva que la reconozca o imponga. Por tanto, no aceptará formar parte de ningún grupo conformado para decidir sobre el mundo común que incluya entre sus compromisos básicos (*ethos grupal*) la posibilidad de adoptar decisiones que vulneren o desconozcan su propia autonomía.

La agencia moral también excluye la posibilidad de intenciones compartidas orientadas a dañar la autonomía de las personas. Se trata de compromisos que se excluyen del desacuerdo moral fundamental que (de modo inevitable) existirá entre los agentes morales porque su aceptación es condición de que pueda deliberarse y decidirse a pesar de ese desacuerdo. Esos compromisos se pueden concebir como *fundacionales* porque resultan presupuestos de la institucionalidad, pasibles de ser conocidos en forma directa por cada uno de los agentes morales autónomos, sin que sean imprescindibles criterios de identificación institucionales como las fuentes sociales del derecho (salvo para cuestiones de coordinación o eficacia).

El compromiso de respetar los intereses fundamentales vinculados con la conservación de la autonomía debe estar incluido en el *plan* maestro (*constitución política*) que hace posible que la sociedad se conforme normativamente en ejercicio de agencia compartida masiva (Shapiro, 2011). La especificación en una carta de derechos no es imprescindible para los agentes morales (que con su razonamiento autónomo pueden identificarlos como exigencias perentorias de su accionar y motivarse para cumplirlas), aunque puede ser relevante a los efectos del florecimiento de una cultura pública de valoración y respeto hacia esos derechos.

Para los agentes morales la realización del mundo social de acuerdo con las mejores razones constituye una exigencia que deriva de la adopción del punto de vista moral. El horizonte de quienes constituyen la sociedad como grupo normativo es la realización de un mundo donde todos los intereses relevantes sean satisfechos de acuerdo de con criterios justificados de igualdad y justicia social.

Entre las cosas que importan a los individuos figuran exigencias de bienestar que no se conectan directamente con la autonomía (aunque es evidente que la condicionan en una importante medida) como una adecuada alimentación, atención médica, vivienda, salud,

etc. Esos bienes refieren a necesidades más acuciantes para la generalidad de los individuos que la libertad de conciencia y el derecho a elegir gobernantes o votar sobre una propuesta de legislación. Parece ser que los llamados *derechos económicos y sociales* constituyen exigencias tanto o más perentorias de la acción colectiva que los *derechos liberales y democráticos*. ¿Justifica ello considerarlos como *decisiones fundacionales* y, por tanto, exigencias constitutivas de la autoridad democrática, en el mismo sentido que estos?

La respuesta es negativa porque hay una asimetría de base con los derechos liberales y democráticos, que no refiere a su importancia para el bienestar de los individuos, sino al papel que juegan en la realización del mundo social. Mientras que la posibilidad de los agentes morales autónomos de constituirse en un grupo que dé forma justa al mundo social común, adoptando decisiones colectivas, presupone el reconocimiento de los *derechos liberales y democráticos*, la compleja trama de avance de intereses que constituyen los *derechos económicos y sociales* depende del contenido (y éxito) de las decisiones que adopte el grupo ya conformado.

Es obligación colectiva de los ciudadanos realizar un mundo social donde los intereses de bienestar sean satisfechos de la manera más plena posible pero el resultado concreto de las decisiones destinadas a cumplir con esa obligación está condicionado por un número de variables de alta contingencia.

Por ejemplo, para cumplir con el derecho a la vivienda, se necesitan personas dispuestas a construir, que aprendan a hacerlo, que la actividad se financie, que su financiación sea compatible con la satisfacción de otras necesidades sociales como el acceso a prestaciones médicas, la educación, etc. La complejidad de las decisiones que se requieren para atender estas necesidades se refleja en arduas discusiones de justicia, incluyendo aspectos tan como difíciles de resolver como el papel de los incentivos en la realización de un mundo social equitativo y eficaz. O el equilibrio del avance del bienestar individual con otros valores como la libertad reproductiva y la sustentabilidad ecológica.

Con relación a los derechos económicos y sociales, la responsabilidad de la sociedad democrática refiere a la satisfacción de las necesidades a que refieren. Las meras afirmaciones y menciones de esos derechos no suponen por tanto *creación* alguna (no nos acercan al objetivo institucional); ello solo es posible a través de decisiones políticas autoritativas que establezcan las obligaciones correlativas específicas (Marquisio, 2014, pp. 159-175).

La creación democrática de derechos puede concebirse como un plan racional y no como un conjunto de metas sin conexión entre sí.<sup>6</sup> Un plan racional implica tener en cuenta el conjunto de intereses y necesidades que subyacen a las afirmaciones de derechos, y establecer criterios de prioridad para su satisfacción a través de instituciones concretas, en una estrategia coordinada de acción colectiva que hace posible la vigencia y realización de todos los derechos. Para los agentes morales autónomos que, en tanto ciudadanos, ejercen su responsabilidad por el mundo social, los derechos tienen una dimensión inherente

interpretativa (reflexiva y coherentista) en tanto, cualquier propuesta de nuevos derechos, remite a la discusión de los derechos antes establecidos y sus fundamentos.

La adopción de una visión normativa de la democracia permite superar las paradojas a que conduce la expansión del lenguaje de los derechos.

No hay un ontologización, pues los derechos, al igual que la necesidad del proceso democrático, están originados en una responsabilidad fundamental de los agentes morales autónomos por el mundo social. En la constitución del proceso democrático, los derechos son la conclusión y no la premisa de la deliberación de los agentes morales sobre qué deben, colectivamente, hacer. Esa conclusión tiene dos niveles. Uno de ellos es la instauración de procedimientos de decisión colectiva y el respeto a los derechos liberales y democráticos, como condición de la participación de cada uno de ellos en dichos procedimientos. El segundo nivel es la realización de un mundo social justo, a través de decisiones en condiciones de igualdad política y por la regla mayoritaria, identificando intereses y estableciendo deberes jurídicos.

También se evita el conflictivismo, en tanto para los ciudadanos que asumen la condición de agentes morales autónomos responsables de su mundo social, la proliferación de menciones de derechos no implica, de por sí, la justificación de ninguna de ellas. Lo que la sociedad organizada debe hacer para enfrentar los problemas sociales no depende de la simple afirmación de que existen determinados derechos. Toda reivindicación de derechos, como propuestas colectivas de acción que implican el establecimiento de obligaciones a personas concretas, debe pasar por el tamiz de la decisión autoritativa basada en la deliberación ciudadana, con las cargas morales que ella implica. La distribución de derechos en el mundo social está siempre destinada a ser contestada y su conservación o modificación depende de los argumentos de justicia que puedan sustentarla.

Finalmente, la adopción de una visión normativa de la democracia también garantiza a los derechos un rol fundamental e irreductible en la construcción de la justicia a través del cambio legislativo. Si las condiciones de la decisión democrática se cumplen —adopción por los ciudadanos de un contexto de autonomía moral colectiva que les permite decidir sobre el mundo social en términos de iguales políticos— los derechos funcionan como presupuestos y resultados de justicia mínimos de las decisiones colectivas. En el primer sentido, operan los derechos liberales y democráticos. En el segundo, los denominados derechos económicos y sociales o derechos de bienestar, cuando su contenido es la contrapartida de obligaciones específicas legítimamente establecidas.

## 8. Conclusiones

Abordar el problema del papel de los derechos humanos en la vida democrática de una comunidad requiere formular algunas distinciones básicas. Una refiere al uso de los dere-

chos en la política: afirmación, mención y creación. La otra se relaciona con las visiones de la democracia que se sustentan en el discurso público: realista, valorativa y normativa.

Solo una visión normativa de la democracia da sentido a los derechos humanos como exigencias perentorias de justicias para gobernantes y ciudadanos. En definitiva, la responsabilidad moral que atribuye al ciudadano una visión normativa de la democracia radica en que le exige tomarse en serio la idea de autoría sobre el mundo que habita. Si somos, en un sentido no trivial, autores de las normas que nos rigen, también somos responsables de los resultados que genere su aplicación. Las decisiones sociales que crean derechos jurídicos implican transformaciones del mundo social cuya sentido y justificación podemos o no compartir, pero que, en cualquier caso, nos obligan moralmente a la reflexión individual autónoma y a la deliberación colectiva.

## 9. Referencias

- Anderson, E. (1999). «What is the point of equality?». *Ethics* (109), pp. 287-337.
- Atria, F. (2016). *La forma del derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Beitz, C. (2009). *The Idea of Human Rights*. New York: Oxford University Press.
- Bratman, M. (1984). «Two Faces of Intentions». *Philosophical Review* (93), pp. 375-405.
- Campbell, T. (2006). *Rights. A Critical Introduction*. New York: Routledge.
- Christiano, T. (2004). «The Authority of Democracy». *The Journal of Political Philosophy*, 12 (3), pp. 266-290.
- (2010). *The Constitution of Equality. Democratic Authority and its Limits*. New York: Oxford University Press.
- Coleman, P. (2018). *La censura maquillada*. Madrid: Dykinson.
- Dahl, R. (2012). *La democracia*. Barcelona: Ariel.
- Donnelly, J. (2008). «Human Rights». En J. Dryzek, B. Honig y A. Philips (eds.), *The Oxford Handbook of Political Theory*, pp. 601-620. New York: Oxford University Press.
- Dworkin, R. (2011). *Justice for Hedgehogs*. Boston (MA): Belknap Press.
- Estlund, D. (2008). *Democratic Authority. A philosophical Framework*. Princeton: Princeton University Press.
- Fagan, A. (2009). *Human Rights. Confronting Myths and Misunderstandings*. Northampton: Edward Elgar Publishing.
- Gaus, G. (2011). *The Order of Public Reason. A Theory of Freedom and Morality in a Diverse and Bounded World*. New York: Cambridge University Press.
- Hohfeld, W. N. (1917). «Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning». *Yale Law Journal*, 26, 710-770.
- Kramer, M. (2010). «Rights in legal and political philosophy». En K. Whittington, R. D. Kelemen y G. Caldeira (eds.), *The Oxford Handbook of Law and Politics* (pp. 414-427). New York: Oxford University press.

- Marquisio, R. (2013). «Democracia: concepto, concepciones y justificación normativa». *Revista de la Facultad de Derecho*, 34, 97-122.
- (2014). *Una teoría normativa de la democracia. La agencia colectiva como ideal regulativo*. Montevideo: Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación, Udelar.
- (2016). «La idea de una autoridad democrática». *Revista de la Facultad de Derecho*.
- (2017). «El constructivismo moral y la necesidad del punto de vista jurídico». *UNA Revista de Derecho*, 2. Recuperado de <https://una.uniandes.edu.co/images/pdfedicion2/articulos/Marquisio-2017-UNA-Revista-de-Derecho.pdf>.
- Mendonca, D. (2003). *Los derechos en juego*. Madrid: Tecnos.
- O'Neill, O. (2009). «The Dark Side of Human Rights». En T. Christiano y J. Christman (eds.), *Contemporary Debates in Political Philosophy* (pp. 425-436). Malden: Wiley-Blackwell.
- Pozzolo, S. (1999). «Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional». *Doxa*, 21, 339-353.
- Rawls, J. (1971). *A Theory of Justice*. Cambridge (MA): Belknap Press of Harvard University Press.
- Shapiro, S. (2011). *Legality*. Cambridge (MA): Belknap of Harvard University Press.
- Schumpeter, J. (2006 [1942]). *Capitalism, Socialism and Democracy*. New York: Routledge.
- Schwartzberg, M. (2007). *Democracy and Legal Change*. New York: Cambridge University Press.
- Toller, F.; Fernández, A., y D'Elía, D. (2012). «Justicia en la toma de decisiones y discrecionalidad estatal. La armonización de derechos y bienes públicos mediante un análisis de razonabilidad a partir de un caso de vacunación obligatoria». *Persona y Derecho*, 66, 109-146.
- Waldron, J. (1999). *Law and Disagreement*. New York: Oxford University Press.
- (2006). «The Core of the Case Against Judicial Review». *Yale Law Journal*, 115, 1346-1406.

## Notas

1 Conviene recordar que el movimiento contemporáneo de los derechos humanos emerge como reacción directa a un fenómeno de perversión institucional singular, el Holocausto. La Declaración Universal de los Derechos Humanos tuvo como uno de sus principales motivos poner límites a los Estados en su capacidad de aniquilar poblaciones enteras. Aunque ninguna persona razonable podría negar la autoridad de los derechos humanos como un medio para impedir catástrofes morales de esa desmesura, muchos de los reclamos contemporáneos que se hacen en nombre de los derechos humanos son discutibles desde múltiples parámetros de ética y justicia social. Si bien resulta evidente que el ámbito de los derechos humanos va más allá de la prevención del genocidio, es pertinente discutir hasta dónde debería ir (Fagan, 2009, p. 7).

2 Basta recordar las diferencias enormes, en cuanto a los modelos de sociedad a que hacen referencia, entre otras, las siguientes expresiones: *democracia liberal*, *democracia mayoritaria*, *democracia constitucional* y *democracia popular*.

3 Más allá de los indicadores empíricamente objetivables, la discusión sobre la vigencia de la democracia efectiva (o el grado de esta) en las distintas sociedades nunca puede considerarse laudada. Por ejemplo, Estados Unidos y la Unión Europea suelen ser considerados ejemplos paradigmáticos de democracia. Sin embargo, la democracia norteamericana tiene evidentes condiciones desfavorables que ponen en cuestión la efectiva vigencia del ideal (Waldron, 2006). Por su parte en distintos países de la Unión Europea se han impuesto regulaciones que algunos consideran de plano incompatibles con una sociedad democrática, como la censura de meras opiniones (Coleman, 2018).

4 Para una detallada discusión analítica contemporánea, Mendonca, 2003.

5 Dworkin (2011) llama irónicamente *morones* a los supuestos referentes ontológicos que de los reclamos morales.

6 La distinción se desarrolla en Bratman, 1984.