



46

## **La democracia constitucional: ¿un modelo (in)viabile en América Latina?**

Pedro Salazar Ugarte

**DERECHO CONSTITUCIONAL**

Septiembre de 2003

En el presente documento se reproduce fielmente el texto original presentado por el autor, por lo cual el contenido, el estilo y la redacción son responsabilidad exclusiva de éste. ❖ D. R. (C) 2003, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n, Ciudad de la Investigación en Humanidades, Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F. ❖ Venta de publicaciones: Coordinación de Distribución y Fomento Editorial, Arq. Elda Carola Lagunes Solana, Tels. 5622-7463/64 exts. 703 o 704, fax 5665-3442.

## CONTENIDO

I. De la política al derecho y de regreso.....	2
II. La democracia constitucional: ¿oxímoron o síntesis?.....	3
III. Los derechos sociales: el tercer núcleo de derechos fundamentales.....	10
IV. Los derechos sociales en la ‘democracia constitucional` .....	14
V. América Latina: la ilusión constitucional y el espejismo de la democracia .....	20

*Es un lugar común que ni la igualdad política, ni la organización eficaz, ni la justicia social son compatibles con más de una pequeña cantidad de libertad individual —y desde luego no lo son con un laissez-faire ilimitado- (...) Y no difiere mucho de esto la idea general de que todas las cosas buenas no son compatibles, y menos aún todos los ideales de la humanidad.*

Isaiah Berlin (*Dos conceptos de libertad*)

Este artículo teórico tiene dos finalidades: identificar las características y las condiciones de existencia del modelo ‘democrático constitucional’ (se puede decir, *tomándolo en serio*)<sup>1</sup> y demostrar que esa forma de gobierno no se encuentra vigente en los países de América Latina. Aunque ambos objetivos están estrechamente relacionados —el análisis del modelo es el parámetro para evaluar la realidad política latinoamericana— responden a lógicas distintas. El estudio de la democracia constitucional ofrece una radiografía teórica de esta forma de gobierno que sirve para identificar sus elementos principales e indagar las relaciones que existen entre ellos. Se reconoce que la democracia constitucional es un modelo complejo, difícil de construir y de conservar —porque combina elementos que provienen de tradiciones del pensamiento distintas y encontradas (liberal, democrática y socialista)— pero se demuestra su posibilidad conceptual y se comprueba su existencia histórica. En cambio, el análisis de la realidad latinoamericana propone un diagnóstico práctico de la situación sociopolítica de los países de la región que sirve para demostrar que en éstos no está en vigor una ‘democracia constitucional’. Se argumenta que la “tercera ola de democratización”<sup>2</sup> transformó los regímenes políticos de la mayoría de los países latinoamericanos pero trajo consigo una forma de gobierno que no corresponde al modelo democrático constitucional. De hecho, sobreponiendo el análisis teórico al diagnóstico práctico, resulta incierta la viabilidad del modelo, al menos en el mediano plazo, en América Latina.

La herramienta principal del trabajo es el análisis conceptual: la búsqueda de definiciones plausibles (desde el punto de vista de la historia de las ideas y de las instituciones políticas) que permitan realizar distinciones e identificar tensiones o implicaciones lógicas entre algunos conceptos clave relacionados con la ‘democracia constitucional’. Como se argumenta en el primer apartado, dada la naturaleza del modelo bajo estudio, el análisis tiene un carácter bidimensional: político y jurídico al mismo tiempo. El segundo apartado está dedicado a definir la ‘democracia constitucional’, a la identificación de sus elementos y características distintivos y, sobre todo, a la exposición de una tesis toral para todo el análisis: la existencia de una fuerte tensión entre los dos sistemas que la componen, la democracia y el constitucionalismo. Por su parte, el tercer apartado se concentra en uno de los elementos más significativos y, al mismo tiempo, más problemáticos de la ‘democracia constitucional’: los derechos sociales. El estudio del origen, las características principales y algunas de las objeciones que se oponen a estos derechos permitirá, en el cuarto

---

El presente trabajo recoge algunas de las tesis de mi investigación del doctorado y será objeto de una publicación posterior. N.T.

<sup>1</sup> Parafraseando el título del conocido libro de Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Cambridge, Harvard University Press, 1978).

<sup>2</sup> Cfr. Huntington, S., *La Tercera Ola: la democratización a finales del Siglo XX*, Paidós, Barcelona, 1998.

apartado, identificar su relación con los demás elementos del modelo y con éste en su conjunto. Finalmente, en el quinto apartado conclusivo, utilizando el marco teórico desarrollado, será posible demostrar que la ‘democracia constitucional’ es una forma de gobierno inexistente y de viabilidad incierta en los países de la región latinoamericana.

## I. DE LA POLÍTICA AL DERECHO Y DE REGRESO

La democracia constitucional exige un análisis bidimensional, político y jurídico al mismo tiempo. Esto se explica por una razón de fondo: la relación entre la política y el derecho es de interdependencia recíproca. Como recuerda Norberto Bobbio: “el concepto principal que los estudios jurídicos y los políticos tienen en común es, en primer lugar, el concepto de poder”.<sup>3</sup> Por un lado, el derecho es producto del poder político y sin éste no puede aplicarse.<sup>4</sup> Por el otro, la legitimación del poder es, en última instancia, una justificación jurídica. Mientras el derecho no puede existir (o carece de toda eficacia) sin un poder capaz de crearlo y de aplicarlo;<sup>5</sup> un poder sólo es legítimo, no un mero poder *de hecho*, cuando encuentra fundamento en una norma o en un conjunto de normas jurídicas.<sup>6</sup> La fórmula weberiana del poder *legal racional* es la síntesis perfecta de ambos principios: el único poder legítimo y, en cuanto tal generalmente obedecido, es aquél que se ejerce en conformidad con las leyes.<sup>7</sup> El poder político es el “monopolio de la fuerza legítima” y, en su forma predominante en la modernidad, la legitimidad es fundamentalmente jurídica.<sup>8</sup>

La democracia constitucional es quizá la forma de gobierno en la que los vínculos entre la política y el derecho son más estrechos: las normas jurídicas son producto de un poder político que, a su vez, deriva y se encuentra limitado por el derecho. Por lo mismo, su estudio (y el de los elementos que la componen) exige consideraciones jurídicas y políticas simultáneas. Basta con pensar en los dos grandes sistemas o “bloques conceptuales”<sup>9</sup> que integran al modelo, la democracia y el constitucionalismo, para evocar ambos campos del conocimiento. La distribución del poder que persigue la democracia es inconcebible (al menos en su versión moderna) sin referirnos a un conjunto, más o menos amplio, de “reglas (*jurídicas*) del juego”; la constitucionaliza-

<sup>3</sup> Bobbio, Norberto, *Teoria Generale della Politica*, Einaudi, 2000, p. 183.

<sup>4</sup> Obviamente me refiero al derecho positivo. La teoría kelseniana del ordenamiento jurídico es un buen ejemplo: dada la naturaleza dinámica del ordenamiento, la producción normativa no puede prescindir de la noción de poder. Cfr. Kelsen, Hans, *General Theory of Law and State*. Cambridge, Harvard University Press, 1945; *¿Que es el positivismo jurídico?*, México, Fontamara, 1997. Una teoría alternativa es la propuesta por la filosofía hilética (de la lógica deóntica): es posible derivar consecuencias lógicas del ordenamiento jurídico que también son normas.

<sup>5</sup> Kelsen, por ejemplo, sostiene que un ordenamiento que sólo crea normas pero no puede aplicarlas (que no tiene capacidad para ejercer la coacción), no es un ordenamiento jurídico. Kelsen, H., *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1966, p. 61.

<sup>6</sup> Como sostenía Rousseau, el poderoso se convierte en gobernante cuando, “transforma su fuerza en derecho y la obediencia en deber” Rousseau, J.J., *El Contrato Social*, Alianza, Madrid, 1980, p. 14.

<sup>7</sup> No se debe olvidar que la legitimidad y la legalidad son dos cosas distintas (aunque íntimamente vinculadas): el concepto de legitimidad sirve para distinguir el poder *de derecho* del poder *de hecho*, mientras que el concepto de legalidad distingue entre el poder legal y el poder arbitrario (en términos de la teoría aristotélica: el buen gobierno del mal gobierno). Como recuerda Bobbio: “príncipe puede ejercer el poder legalmente aunque carezca de legitimidad, mientras que otro puede ser legítimo y ejercitar el poder ilegalmente”. Cfr. Bobbio, N, pp. 89-97.

<sup>8</sup> Cfr. Weber, M., *Economía y Sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México.

<sup>9</sup> Para la idea de “bloques conceptuales”, cfr. Bobbio, *Dal potere al diritto e viceversa*, p. 187.

ción de los ordenamientos jurídicos es inexplicable sin evocar el ideal del “poder (*político*) limitado”. La puntualización es importante: cada uno de los sistemas en lo particular exige esta aproximación interdisciplinaria por que el elemento jurídico no es exclusivo del constitucionalismo, ni el político de la democracia. Subrayo la obviedad: la necesidad de recurrir a la reflexión bidimensional aumenta cuando consideramos ambos sistemas como parte de un sólo modelo.

Y, sin embargo, muchos de los estudios que se ocupan de la ‘democracia constitucional’, tanto en el plano teórico como en el empírico/científico, suelen observar sólo una de las caras de la moneda. Este “defecto metodológico”, además de limitar los alcances de dichos trabajos, incrementa las dificultades para el estudio del propio fenómeno. Parte de la importancia de este artículo radica en hacerse cargo del problema. Las reflexiones que se exponen en las páginas siguientes están enfocadas desde ambos puntos de vista: jurídico y político. Ciertamente este trabajo no es pionero en el asunto: en los últimos años, sobre todo en el plano teórico, han aumentado las reflexiones interdisciplinarias sobre la democracia y/o el constitucionalismo.<sup>10</sup> Entre los estudiosos ha cobrado fuerza la idea de que la bidimensionalidad que atraviesa verticalmente a cada uno de los sistemas y horizontalmente al modelo democrático constitucional en su conjunto, no está exenta de complicaciones. A la identificación de algunos de estos problemas está dedicado el próximo apartado.

## II. LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL: ¿OXÍMORON O SÍNTESIS?

Es históricamente acertado afirmar que la ‘democracia constitucional’ tuvo una primera expresión normativa con la constitución mexicana de 1917 aunque adquirió forma acabada con la constitución de la República de Weimar de 1919. En cuanto a la ‘paternidad teórica’ del modelo existe un amplio consenso: se encuentra en la obra jurídica y política de Hans Kelsen.<sup>11</sup> Sólo después de la II Guerra Mundial el modelo democrático constitucional cobró forma en muchos países de Europa occidental y se delineó en los Estados Unidos (con múltiples particularidades)<sup>12</sup> para, posteriormente y a finales del siglo XX, retomar bríos y difundirse (en la mayoría e los casos sólo formalmente) en algunos países de Europa del Este, Latinoamérica y el Sureste Asiático. Lo que importa subrayar no es el dato histórico sino recapitular los elementos que permiten distinguir este modelo de las formas de organización jurídico/políticas precedentes: la constitucionalización de los derechos sociales, el establecimiento (o consolidación) de la justicia constitucio-

---

<sup>10</sup> Se piense, sólo por citar algunos, en los trabajos de Bobbio (quién pasó en su vida académica, literalmente, de una disciplina a la otra), de Michelangelo Bovero, Luigi Ferrajoli, Elías Díaz, Ernesto Garzón Valdés e, incluso, Habermas (que ha dedicado parte de su obra a la democracia deliberativa). En el ámbito anglosajón: Ronald Dworkin y Jeremy Waldron (protagonistas de un debate sobre los problemas *políticos* del constitucionalismo o *jurídicos* de la democracia).

<sup>11</sup> Kelsen no sólo es el creador de los Tribunales Constitucionales sino que dedicó la mayor parte de sus estudios, primero, al constitucionalismo y, posteriormente, a la democracia. Sin embargo no realizó mayores esfuerzos en mezclar ambos campos de estudio. Cfr. Pintore, A. “*Democrazia senza diritti. In margine al Kelsen democratico.*” en *Sociologia del Diritto*, 2, 1999.

<sup>12</sup> Para las particularidades de la constitución americana (que ponen en duda la naturaleza democrática de algunas de las instituciones constitucionales de los Estados Unidos), cfr. Dahl, R., *How Democratic Is the American Constitution?*, Yale University Press, 2001. cabe advertir que la ausencia de un verdadero ‘estado social’ en EEUU dificulta la ubicación de este país en la definición de democracia constitucional propuesta en este trabajo.

nal y, como condición para hablar de una verdadera democratización, la extensión del sufragio a todos los adultos (hombres y mujeres sin distinciones raciales).<sup>13</sup>

En este sentido, la ‘democracia constitucional’ es “aquel régimen o forma de gobierno en la que el ejercicio del poder de decisión colectiva, fundado en la atribución universal de derechos políticos a todos los miembros adultos de la colectividad, enfrenta límites tanto de sustancia como de forma. Dichos límites (o vínculos) son, precisamente, los derechos fundamentales y, principalmente, los derechos de libertad y los derechos sociales”.<sup>14</sup> Se trata de una forma de gobierno que coincide con las llamadas “constituciones largas” en las que los derechos sociales se incluyen al mismo nivel que los derechos de libertad (o civiles) y los derechos políticos. Valga la obviedad: la ‘democracia constitucional’ es algo más que el conjunto de mecanismos electorales para adoptar decisiones y elegir representantes en una colectividad (democracia) y que el sistema normativo de origen liberal presidido por una constitución rígida (constitucionalismo). Es un modelo que supone la distribución y la limitación del poder al mismo tiempo y que, sin contradicción, tiene como *fundamento* y como *finalidad* la garantía efectiva de los derechos fundamentales.

El primer rasgo que destaca de esta forma de gobierno es su intrínseca complejidad institucional. En la ‘democracia constitucional’ conviven principios, ideas, aspiraciones políticas y paradigmas institucionales que tienen su origen en tradiciones diferentes, frecuentemente en conflicto recíproco. La historia particular y las raíces propias de los dos sistemas que integran al modelo, la democracia y el constitucionalismo, provocan que la compatibilidad entre ambos sea únicamente parcial: la unión de estos ideales causa un equilibrio inestable y dinámico que sólo subsiste sobre la base de una ‘tensión general’. Ambos sistemas tienden a desequilibrar el modelo: a) ya sea porque cada uno de ellos ejerce una fuerza de atracción sobre el otro (comportándose como el centro gravitacional de toda la estructura: como factor hegemónico de su funcionamiento global); b) ya sea porque cada uno de los dos se dilata a costa del otro, robándole espacio, es decir ‘constitucionalizando’ o, por el contrario, ‘democratizando’ excesivamente la organización jurídico-política de la convivencia. Por ello, como recuerda Stephen Holmes, “algunos teóricos se preocupan de que la democracia sea paralizada por la camisa de fuerza de la constitución (mientras) otros temen que la barrera constitucional sea arrasada por una ola democrática”.<sup>15</sup> Para

---

<sup>13</sup> El derecho de voto a las mujeres se reconoció: en Estados Unidos en 1920 (con la decimonovena enmienda), en Inglaterra en 1928 (en 1918 se había reconocido a las mujeres mayores de 30 años), en Alemania en 1918, en España en 1931, en Francia, en Italia en 1945, en México en 1953 y en Suiza en 1971. Cfr. Stalcup, B. (editor), *Women's Suffrage (Turning Points in World History)*, Greenhaven Press, 2000. En los Estados Unidos, los afroamericanos pudieron votar hasta 1964 al abrogarse la *poll tax* (XXIV enmienda). Cfr. Smith, R.M. *Civic Ideals: Conflicting Visions of Citizenship in US History*, Yale University Press, New Haven, 1997, pp. 130-34.

<sup>14</sup> Cfr. Bovero, M., *Diritti fondamentali e democrazia nella teoria di Ferrajoli. Un consenso complessivo e un dissenso specifico*, <Teoria Politica>, XVI, n. 3, 2000, p. 37. Otra definición se encuentra en Ferrajoli, L., *La democrazia Costituzionale* in P. Vulpiani (ed.), *L'accesso negato. Diritti, sviluppo, diversità*, Armando editorial, Roma, 1998, p. 55.

<sup>15</sup> Cfr. Holmes, S., *Vincoli Costituzionali e paradosso della democrazia*, in Zagrebelsky, G., P. P. Portinaro, e J. Luther, (eds). *Il futuro de la Costituzione*. Italia, Einaudi, 1996, p. 169. En los últimos años, ha cobrado fuerza un debate centrado en los retos que imponen a la teoría democrática las instituciones constitucionales (en part. los Tribunales Constitucionales). En el ámbito anglosajón el debate gira en torno a una discusión entre Dworkin y Waldron (que tiene como punto de partida la propuesta, hecha por el primero, de constitucionalizar el ordenamiento inglés tomando como ejemplo al sistema jurídico americano). Referencias obligadas son las ideas de Alexander Bickel, Stephen Holmes, John Elster. En el ámbito español el debate fue retomado por Victor Ferreres, Albert Calsamiglia,

dicho autor, desde cierta perspectiva, la ‘democracia constitucional’ puede parecer un oxímoron: una unión de opuestos.

La sola idea de constitución rígida como límite de forma y contenido a las decisiones colectivas es difícilmente compatible con el ideal democrático que promueve que las decisiones sean adoptadas, con el máximo consenso y el mínimo de imposición, por los destinatarios de las mismas. El constitucionalismo, producto de la tradición liberal, aspira a limitar el poder político sustrayendo algunas materias a su capacidad decisoria. La democracia, fundada en el principio de autogobierno, promueve la distribución del poder, estableciendo un método para adoptar las decisiones colectivas. El primero, combate al poder absoluto y centra su atención en el contenido de las decisiones (*qué cosa* se puede o no se puede decidir); la segunda, se opone al poder autocrático y se preocupa por la forma en la que las decisiones son adoptadas (*quién* y *cómo* decide).<sup>16</sup> La legitimidad de una decisión, desde el punto de vista de la constitución, dependerá del contenido de la misma y, desde la perspectiva de la democracia, de la forma en la que ha sido adoptada. No sobra recordar que, como la historia ha demostrado, un ordenamiento constitucional acepta la convivencia con la autocracia (las monarquías ilustradas del siglo XIX o estados liberales clásicos son un elocuente ejemplo) y, en teoría, la democracia puede desembocar en el absolutismo (que mejor prueba que la teoría de Rousseau).

La tensión entre estos dos sistemas que consideramos simultáneamente valiosos implica que la realización de cada uno, para permitir la realización del otro, tenga que ser *necesariamente* parcial. En otras palabras: se trata de ideales que son irrealizables a plenitud porque son tiránicos: en su máxima expresión impiden el desarrollo del sistema complementario y, paradójicamente, terminan asfixiándose a sí mismos. Para entender esta paradoja que supone tensión pero, al mismo tiempo, cierta dependencia recíproca conviene realizar una breve radiografía del constitucionalismo y de la democracia por separado. La finalidad es identificar los elementos problemáticos pero, sobre todo, las condiciones que hacen posible su equilibrio y, de esta forma, la vigencia efectiva del modelo ‘democrático constitucional’.

### 1. *El constitucionalismo: la institucionalización del gobierno limitado*

Sin bien los orígenes remotos del constitucionalismo se encuentran en el ideal griego del “gobierno de las leyes” en oposición al “gobierno los hombres”,<sup>17</sup> sabemos que sus lineamientos básicos surgen en la edad moderna con el pensamiento contractualista en general y, en particular, con el pensamiento liberal. Thomas Hobbes, aunque promotor del absolutismo, aportó los elementos esenciales del paradigma teórico con los que, desde Locke en adelante, se sentaron las bases del gobierno limitado. Subrayemos lo importante: la constitución se inspira en la batalla contra el gobierno discrecional y evoca la idea de un pacto colectivo en el que los *individuos*, *voluntariamente* y por *consenso* fundan el estado y cuya finalidad es limitar *formalmente* y, sobre

---

Jose Juan Moreso, Juan Carlos Bayón, Pablo de Lora, Francisco Laporta y Alfonso Ruiz Miguel. En el ámbito latinoamericano destacan los trabajos de Carlos Nino y Roberto Gargarella.

<sup>16</sup> Se adopta una definición formal de democracia, entre otras cosas, porque es la única concepción compatible con el constitucionalismo. Definiciones formales (no sin diferencias entre ellas) son las propuestas por Bobbio, Kelsen, Dahl, Sartori, Schumpeter.

<sup>17</sup> Cfr. Aristóteles (*Política*, III, 1286-1287) y Platón (*Leyes*, IV; *Político*, 297).

todo, *materialmente*, al titular del poder político. La historia del Estado liberal (después Estado constitucional) es esa lucha por la limitación del poder sin reparar en su fuente de legitimidad.

En este sentido, el constitucionalismo es la concepción político-filosófica heredera del pensamiento liberal que concibe a la constitución como el instrumento jurídico destinado a limitar el poder político con la finalidad de garantizar los derechos individuales. El artículo 16 de la Declaración francesa de 1789, hizo explícitos estos elementos esenciales: “la sociedad en la que la garantía de los derechos no se encuentra asegurada, ni la división de poderes determinada, no tiene constitución”. Cabe resaltar que el segundo elemento se explica en función del primero: los derechos individuales no sólo son *fundamento* del sistema constitucional sino que la garantía de los mismos es la *finalidad* última del constitucionalismo. Pero, ¿cuáles eran, en un inicio, esos derechos individuales?

El estado liberal, que teóricamente se fue gestando desde los albores de la modernidad y que en el siglo XVIII dará origen al constitucionalismo, se funda en un conjunto de libertades individuales (“las cuatro grandes libertades de los modernos”, parafraseando a Bobbio): la libertad personal, la libertad de opinión, la libertad de asociación y la libertad de reunión. Estas libertades, constituyen el *primer núcleo* de derechos fundamentales de la democracia constitucional. Ciertamente, junto con ellas y a partir de las tesis lockeanas, también se incluyó el derecho de propiedad como un elemento central del constitucionalismo.<sup>18</sup> Pero sobre las implicaciones de esta ‘confusión’ se regresará más adelante. Lo que ahora importa señalar es que “las cuatro grandes libertades” pertenecen a la misma “especie” conceptual de libertad: la libertad *negativa* (llamada también liberal) que Constant bautizó como la “libertad de los modernos”. Según esta concepción, la libertad individual será tan grande cuánto amplia sea el área de no-interferencia (no constricción y no impedimento) por parte del poder político. En otras palabras: el grado de libertad negativa de los individuos depende de la amplitud del espacio de los comportamientos permitidos (no prohibidos y no obligatorios) por las normas colectivas.

Por ello el liberalismo político<sup>19</sup> se opone al poder absoluto, discrecional o arbitrario pero no es incompatible con una forma de gobierno autocrático (en el que las decisiones “descienden desde lo alto”, como diría Kelsen, pero pueden respetar los límites impuestos por las normas que protegen a las libertades fundamentales). Como señalaba Isaiah Berlin: “la respuesta a la pregunta ‘¿Quién me gobierna?’ es lógicamente distinta de la respuesta a la pregunta ‘¿Hasta qué punto el gobierno interfiere conmigo?’”.<sup>20</sup> Lo que caracteriza al pensamiento liberal es el imperativo de limitar a la autoridad para impedir los abusos de poder (aumentando los espacios de las libertades individuales), independientemente de quien sea el titular de dicho poder. A la democracia en cambio lo que le interesa saber es, precisamente, quién detenta y ejerce el poder.

---

<sup>18</sup> En sus palabras: “Los hombres buscan juntarse en sociedad con otros hombres (...) para conservar sus vidas, libertades, pertenencias que llamo con el término genérico propiedad (*property*)”. Locke, J., *Ensayo sobre el gobierno civil*, Madrid, Aguilar, 1980.

<sup>19</sup> Como se argumenta más adelante, se trata del “Liberalismo Político” propio del “Estado de Derecho” (constitucionalismo) distinguiéndolo del “Liberalismo Económico” propio del “Estado Mínimo”. Tampoco corresponde a la concepción propuesta por Rawls en su ensayo *Political Liberalism* (cfr. J. Rawls, *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York 1993).

<sup>20</sup> Berlin, I., Berlin, Isaiah, “Dos conceptos de libertad”, en *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Editorial Alianza, Madrid, 1998.

## 2. La democracia: la institucionalización del gobierno distribuido

La relación de continuidad entre la democracia antigua y la moderna es objeto de debate (algunos autores, como Sartori,<sup>21</sup> niegan que se trate de la misma forma de gobierno, mientras que otros como Bobbio y Elías Díaz sostienen que, al menos como ideal, la continuidad existe),<sup>22</sup> pero el consenso sobre su reaparición teórica en la edad moderna es unánime: el *Contrato Social* de Rousseau. Sobre los mismos fundamentos individualistas y contractualistas que están a la base del pensamiento liberal, Rousseau, propone la idea de un poder *distribuido* pero *ilimitado*. Una especie de “Democracia absoluta”: el poder *sin límites* está en las manos de su legítimo titular, el pueblo. En esta concepción no hay lugar para la constitución ya que ninguna ley fundamental puede limitar la *libertad* del soberano. Limitar la soberanía para garantizar la *libertad* de los individuos no tiene sentido porque son los propios individuos (y no una “tercera persona”) quienes producen las leyes a las que se someten. Aunque, como bien sabemos, la democracia moderna (que sólo surgirá hasta el siglo XX) no reproduce la teoría de Rousseau, retoma algunas de sus concepciones principales: entre ellas, precisamente, la idea de la libertad *positiva*.

La libertad de la democracia es significativamente distinta a la libertad del liberalismo: coincide con el poder que tenemos sobre nosotros mismos, con el autogobierno, con la autonomía. Es decir, los individuos son tanto más libres *positivamente* cuanto más participan en la formación de las decisiones colectivas: la función de esta libertad *positiva* no es proteger al individuo de los mandatos de poder sino involucrarlo en su adopción. Esta libertad embona con la igualdad democrática —igualdad en el derecho/poder a participar en la adopción de las decisiones que nos afectan— y adquiere expresión jurídica en los derechos políticos que constituyen el *segundo núcleo* de derechos fundamentales de la democracia constitucional. Lo que ahora es relevante subrayar es que esta ‘libertad positiva’, llevada a su extremo, abarca cualquier decisión sin contemplar limitación sustancial alguna. No importa el contenido de la decisión sino la “fuente” de la que emana: se tolera el absolutismo, el poder sin límites, si dicho poder es el de (todo) el pueblo. A esto se refería Rousseau cuando afirmaba que las leyes de la libertad (obviamente positiva) pueden ser más severas que el yugo de la tiranía.

De hecho, como advertía Constant (acusando a Rousseau de ser el padre de todos los despotismos),<sup>23</sup> la libertad positiva, “libertad de los antiguos”, puede arrasarse con las libertades de los modernos (libertades *negativas*). A finales del siglo XVIII e inicios del XIX este ‘peligro’ retumbó tanto en la teoría como en la práctica: la Revolución francesa confirmó que se trataba de un temor fundado y, en parte por ello, los constituyentes americanos crearon una constitución “republicana” inspirada en el miedo a la ‘tiranía de la mayoría’. La democracia aparecerá con un valor ambiguo: a) positivo como *ideal* que reconoce la igual dignidad de las personas y promueve el ejercicio de su autonomía; b) negativo como *fenómeno* político, masivo e irreflexivo, que puede arrasarse con las nobles instituciones liberales. Las reflexiones de Tocqueville son el mejor

---

<sup>21</sup> Cfr. Sartori, G., *The Theory of Democracy Revisited*, Chatam House Publishers, Chatam N.J. 1987, pp. 278 en adelante.

<sup>22</sup> No es casual que estos tres autores sustenten su dicho en la misma referencia bibliográfica: el discurso de Pericles del siglo V a.C. Cfr. Tucídides, *La guerra del Peloponeso*, II, 37 e 40, Einaudi-Gallimard, Torino, 1996, pp. 231 y 235. Cfr. Bobbio, N., *Liberalismo e democrazia*, Franco Angeli Libri, Milano, 1985.

<sup>23</sup> Constant, en su discurso, *La libertad de los antiguos comparada con la de los modernos*, también afirma que no conoce “ningún sistema de esclavitud que haya consagrado errores más funestos que la eterna metafísica del contrato social”. Cfr. Constant, B., *Ecrits et discours politiques*, Jean Jaques Pauvert, Paris, 1964.

ejemplo de esta mezcla de ‘fascinación’ y ‘miedo’:<sup>24</sup> en su descripción de la “América” del siglo XIX, la democracia es un *hecho* inevitable, plausiblemente igualitario pero peligrosamente subversivo y, precisamente por ello, propone su contención mediante instrumentos jurídicos y elementos aristocráticos. Los ‘padres fundadores’ de los Estados Unidos actuaron en esa dirección: antes de proclamar el *Bill of Rights* ya habían creado los mecanismos necesarios para proteger las libertades (negativas) fundamentales y los bienes materiales de una “minoría” de grandes propietarios.<sup>25</sup> La libertad positiva era una fuerza peligrosa en las manos de una mayoría pobre e ignorante, por lo tanto, antes de distribuir el poder, había que limitarlo.

### 3. *Los dos ideales frente a frente*

De esta manera, tenemos que los ideales del liberalismo político (base del constitucionalismo) y de la democracia no sólo no coinciden necesariamente sino que pueden manifestarse incompatibles. En principio, las decisiones de la mayoría fundadas en el principio del autogobierno, pueden aplastar a las libertades fundamentales y (aunque se trata de cosas distintas) a los derechos de propiedad: ¿Quién puede negar el carácter democrático de una decisión, adoptada o aprobada por una amplísima mayoría de los miembros de una comunidad que autoriza la detención arbitraria de unos cuantos?, ¿O que ordena la disolución de una manifestación de protesta?, ¿O que decreta el cierre de un periódico?, ¿O que sanciona la expropiación de un terreno? En principio, siguiendo el mandato de las mayorías, parece posible pisotear al liberalismo sin lastimar a la democracia. Pero la lógica y la realidad histórica nos dicen que esto no es posible en el largo plazo: a pesar de su tendencia arrasadora, en las sociedades modernas, la democracia sólo es posible cuando descansa en (algunas de) las libertades fundamentales. Esto es así porque “una deliberación autónoma sólo puede formarse en una atmósfera de libertad como no impedimento”.<sup>26</sup> El propio Kelsen sostenía que, dado que una democracia sin opinión pública es una contradicción en sus términos (y ésta sólo es posible en donde existen las libertades de pensamiento, palabra, prensa y religión), la democracia coincide con el liberalismo político, aunque “no necesariamente con el liberalismo económico”.<sup>27</sup> Llegamos a una premisa fundamental: el liberalismo político (las libertades fundamentales) es una *precondición* de la democracia.<sup>28</sup>

Pero el rompecabezas se desacomoda si invertimos la perspectiva: mientras, para la democracia, el encuentro con el constitucionalismo liberal es *necesario*; para éste último se trata de un encuentro solamente *posible*. De hecho, es perfectamente viable (y, para algunos, deseable) contar con un estado liberal-constitucional en el que unos cuantos (o, incluso, uno solo) adopten las decisiones colectivas. La exclusión de las mayorías de la toma de decisiones no es una hipótesis académica. Los instrumentos para caminar en esa dirección son múltiples y variados: votos censatarios, colegios electorales, instituciones tecnocráticas, jueces constitucionales autorizados para decidir la ‘última palabra’ en los casos difíciles, etc. Combinando algunas de estas modalidades es posible garantizar las libertades (negativas) fundamentales (así como los derechos de

<sup>24</sup> Cfr. Tocqueville, A de, *De la démocratie en Amérique*, Gallimard, Paris, 1997.

<sup>25</sup> Cfr. R. Gargarella, *La Justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Editorial Ariel, España, 1996, pp. 17-48; Dahl, R., *How Democratic Is the American Constitution?*, pp. 7-28.

<sup>26</sup> Bobbio, N. *Teoria Generale della Politica*, p. 232.

<sup>27</sup> Cfr. Kelsen, H., *General Theory of Law and State*, op. cit.

<sup>28</sup> Cfr. Bovero, M., *Contro il governo dei peggiori. Una grammatica della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2000.

propiedad) sin necesidad de pasar por el juego democrático. Por ello, aunque es impensable un ‘estado democrático no constitucional’, es perfectamente realizable un ‘estado constitucional no democrático’. Ciertamente la democracia es útil para reforzar las libertades porque constituye un instrumento complementario para limitar al poder (mediante la opinión pública, la rendición de cuentas, etc.). Pero ese potencial ‘coadyuvante’ no convierte a la democracia en un elemento ‘necesario’ para la existencia del Estado liberal.

Siguiendo estas premisas resulta que la promoción de la ‘democracia constitucional’ es, sobre todo, una forma de promover el ideal democrático. Se busca el equilibrio que permita la viabilidad del modelo porque se considera que los bienes que promueven *ambos* sistemas son simultáneamente valiosos. No sólo se valoran las libertades fundamentales (que podrían subsistir por sí solas) sino que se reconoce la (igual) dignidad política de los individuos y por ello se promueve a la democracia (más allá de las buenas razones técnicas y pragmáticas que sugieren que se trata de la ‘mejor forma de gobierno’). Esto supone aceptar los límites que el constitucionalismo impone a la democracia y los desafíos que la participación ciudadana plantea a las instituciones constitucionales. La constitución le dice a la democracia que no todo se puede decidir (y que algunas cosas no pueden *no decidirse*)<sup>29</sup> y esta última impone mecanismos de decisión complejos, ciertamente lentos, y cuyos resultados además de imprevisibles son susceptibles de múltiples valoraciones, en ocasiones, encontradas. El reto está en determinar qué es lo que la constitución puede *legítimamente* sustraer a la discusión y decisión democrática sin que ésta pierda sentido.

Por lo pronto sabemos que los derechos de libertad (negativa) fundamentales, en cuanto núcleo central del constitucionalismo y *precondiciones* de la democracia, deben quedar fuera del alcance de las decisiones colectivas. Lo mismo vale para los derechos políticos que, como expresión jurídica de la libertad positiva, son *condiciones* de la democracia. Ambos grupos de derechos deben quedar dentro de lo que Ernesto Garzón Valdés llama el “coto vedado” y Luigi Ferrajoli la “esfera de lo indescible”: son derechos *contra* la mayoría.<sup>30</sup> Los Tribunales (o Cortes) constitucionales, en cuanto ‘custodios de la constitución’, deben garantizar que ninguna decisión (por más que haya sido adoptada por un órgano representativo y mediante mecanismos democráticos) vulnere la vigencia efectiva de estos derechos. Pero falta analizar lo que esto implica cuando se trata del *tercer núcleo* de derechos fundamentales de la ‘democracia constitucional’: los derechos sociales.

En el siguiente apartado se propone una revisión general del origen y las características estos derechos pero sin reparar en su relación con los otros elementos del modelo. Simplemente se asume que se trata de derechos constitucionalizados y se reflexiona sobre las implicaciones jurídicas y políticas de este hecho. Será hasta el cuarto apartado cuando se analice el papel que juegan los derechos sociales en la ‘democracia constitucional’.

---

<sup>29</sup> Cfr. Ferrajoli, L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. Roma-Bari, Laterza, 1989; *Diritti fondamentali*. Roma-Bari, Laterza, 2001.

<sup>30</sup> Cfr. Garzón Valdés, E. *Derecho, ética y política*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993; Ferrajoli, *Diritti fondamentali*.

### III. LOS DERECHOS SOCIALES: EL TERCER NÚCLEO DE DERECHOS FUNDAMENTALES

La tradición del pensamiento que acompaña el surgimiento de los derechos sociales —el socialismo— desde sus inicios levantó las armas contra las tesis liberales y los postulados democráticos, ambos considerados “burgueses”. A su vez, y en reciprocidad, generó reacciones de rechazo desde ambas direcciones. Sin embargo es oportuno advertir que, por lo que hace a las tesis liberales, la enemistad no tenía como adversario único (ni principal) al liberalismo político sino al liberalismo económico. Pero sobre este punto se volverá más adelante. Ahora es menester delinear algunas de las ideas que están detrás de este grupo de derechos.

El “igualitarismo”, que está a la base de las teorías socialistas y comunistas, también tiene su origen en el siglo XVIII, con el pensamiento del propio Rousseau y concretamente con las tesis de Babeuf<sup>31</sup> y se funda en un criterio de igualdad preciso: “a cada quién según sus necesidades”. En el siglo XIX, el pensamiento marxista, inspiró un proyecto intelectual y político que transformó al mundo contemporáneo. Aunque este no es el lugar para analizar el complejo tema del socialismo y sus muy variadas versiones,<sup>32</sup> conviene delinear algunos de sus aspectos principales. En primer lugar las doctrinas socialistas no promueven un tipo especial de libertad<sup>33</sup> pero sí una concepción de la *igualdad* alternativa a la igualdad liberal y a la igualdad democrática. Se trata de la igualdad *material* (conocida como ‘igualdad en el punto de llegada’) y que, en su versión extrema, propone que *todos* sean iguales en *todo*. Claramente va mucho más allá de la igualdad formal del liberalismo (igualdad en el ‘punto de partida’) que se limita a defender que *todos* sean iguales en *derechos de libertad* y de la igualdad democrática que promueve que todos los *ciudadanos* tengan el mismo *derecho/poder de participación política*. Por lo mismo, se trata de un tipo de igualdad mucho más difícil de satisfacer: no tanto por el criterio que determina *quiénes* son iguales (la pretensión de universalidad está en el liberalismo y, circunscrita a los ciudadanos, también en la democracia) como por el criterio que establece en *qué cosa* consiste la igualdad.

Otra de las características relevantes de las doctrinas socialistas es la idea de la superioridad del hombre asociado sobre el hombre aislado. Esta idea no implica necesariamente la negación del individualismo ético (que, como se ha dicho, está a la base del liberalismo y de la democracia), pero sí la tesis de que el desarrollo individual requiere determinadas condiciones sociales. Se promueve la igualdad material no sólo y no tanto porque es un bien en sí misma, sino porque constituye un instrumento para crear un entorno social que permita el desarrollo individual. En este sentido, entre las doctrinas socialistas es posible identificar, por lo menos, dos corrientes: a) una corriente con tendencias libertarias que, en principio, no es contradictoria con una concepción individualista de la sociedad; b) otra colectivista que expresa una concepción orgánica de la sociedad. Con toda evidencia, sólo las doctrinas que pertenecen al primer grupo son potencialmente compatibles con el liberalismo, en su versión política, y con la democracia, en su versión formal.

<sup>31</sup> Cfr. F. Buonarroti, *Cospirazione per l'eguaglianza detta di Babeuf* (1828), Einaudi, Turín, 1971.

<sup>32</sup> Entre las múltiples corrientes del socialismo sólo es posible identificar un fin común, “la igualdad social o la solidaridad”, es decir, “la igualdad como condición de la cooperación o de la solidaridad social”, y un enemigo compartido, la propiedad privada. Cfr. M. Bovero, *Liberalismo, socialismo y democracia. Definiciones mínimas y relaciones posibles*, Cambio XXI Fundación Mexicana.

<sup>33</sup> La tesis de que existe un tercer tipo de libertad, la ‘libertad material’ (libertad del socialismo) debe desecharse porque es causa y producto de confusiones.

Los derechos sociales constituyen la expresión jurídica de las demandas promovidas por las doctrinas socialistas con ‘tendencias libertarias’: derechos fundamentales que, sin dejar de ser individuales, son reconocidos y protegidos también en aras del interés social. Si bien, como señala Gerardo Pisarello, durante el siglo XIX “el papel (...) de los derechos sociales no pasa de ser el de cláusulas políticas de compromiso, a menudo promovidas por élites conservadoras o liberales reformistas como una fórmula de dotarse de legitimidad y de desarticular los movimientos sociales”;<sup>34</sup> durante el siglo XX y, particularmente después de la II Guerra Mundial, los derechos sociales constituyen el *tercer núcleo* de derechos fundamentales de la democracia constitucional. En las cartas constitucionales de las ‘nuevas (o renovadas)’ democracias se incluyó un catálogo de derechos sociales (derecho al trabajo, a la instrucción, a la salud, a la vivienda, a la subsistencia, etc.) que habían tenido una fugaz aparición en la constitución de Weimar (y antes en la constitución ‘jacobina’ de 1793) y eso tiene una relevancia *jurídica* fundacional.

La constitucionalización de los derechos sociales implicó su ubicación al mismo nivel normativo que las libertades fundamentales y que los derechos políticos. De esta forma las reivindicaciones socialistas adquirieron el mismo valor *jurídico* que los ideales liberales y democráticos: se transformaron en derechos fundamentales y, con ello, adquirieron los atributos de universalidad, inalienabilidad e imprescriptibilidad. Además, en cuanto normas constitucionales, se convirtieron en criterio de legitimidad (o validez jurídica) de las decisiones o normas de rango inferior. Utilizando la terminología de Elías Días, el ‘Estado democrático de derecho’ se convirtió en el ‘Estado *social* y democrático de derecho’.<sup>35</sup> Pero este hecho, evidente para la dogmática jurídica, es teóricamente y prácticamente problemático: ¿en verdad los derechos sociales pueden equipararse jurídica y políticamente a los derechos de libertad y a los derechos políticos? Más allá de su ubicación constitucional: ¿las expectativas que recogen son equivalentes a las de los otros dos *núcleos* de derechos fundamentales? y, lo más importante, ¿se trata de derechos que pueden efectivamente ser garantizados? Estas preguntas encierran algunas de las objeciones que con mayor frecuencia se plantean a los derechos sociales y que, antes de indagar el papel que les corresponde en la ‘democracia constitucional’, ameritan una descripción y respuesta.

### 1. Tres objeciones a los derechos sociales

Muchas de las objeciones que enfrentan los derechos sociales esconden posiciones ideológicas. No podría ser de otra manera: los propios derechos sociales son expresión de una corriente de pensamiento deliberadamente polémica. Sin embargo, lo que aquí cuenta es que se trata de derechos que forman parte de la ‘democracia constitucional’ y, por lo mismo, es oportuno esquivar, en la medida de lo posible, el debate ideológico para ocuparnos de algunas objeciones que, comparando a los derechos sociales con los otros derechos fundamentales, cuestionan su naturaleza plenamente jurídica y objetan su realizabilidad práctica, pero no polemizan con su origen socialista.

La primera objeción ha sido planteada por Riccardo Guastini: en el plano de la realidad y desde la perspectiva jurídica, aún en aquellos países en los que durante algún tiempo se han lle-

---

<sup>34</sup> Pisarello G., *Del estado social legislativo al estado social constitucional. Por una protección compleja de los derechos sociales*”, ISONOMIA, No. 15, Octubre 2001, p. 82.

<sup>35</sup> Cfr. Días, E., *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*, Taurus, 1998; *Estado y legitimidad Democrática*” en M. Carbonell, Orozco W. y Vázquez R. (eds.), *Estado de Derecho*, UNAM, ITAM, Siglo XXI editores, 2002.

vado a cabo políticas de bienestar (*welfare state*), los derechos sociales son meros “derechos de papel” que carecen de verdaderas garantías jurídicas.<sup>36</sup> El razonamiento es, a grandes rasgos, el siguiente: dado que todos los derechos subjetivos, dentro de los cuales se cuentan los derechos fundamentales, son “pretensiones –o expectativas- conferidas a un sujeto (o a una clase de sujetos) con relación a otro sujeto (u otra clase de sujetos) al que se impone un deber (una obligación) correspondiente” y; el “contenido” de dicha pretensión o expectativa, el contenido del derecho, es el “comportamiento que el titular del derecho puede exigir al otro sujeto”,<sup>37</sup> entonces; los derechos sociales son ‘derechos de papel’ porque no tienen contenido preciso (no obligan a una conducta determinada) ni están dirigidos contra ninguna contraparte concreta. ¿Cuáles son las acciones concretas que puedo exigir para que me den un empleo?, ¿A quién le puedo exigir que realice esas acciones o aquellas necesarias para construir la vivienda a la que tengo derecho por mandato constitucional? El defecto estructural de los derechos sociales reside en que no pueden ser ‘tutelados jurisdiccionalmente’ y, por ello, carecen de garantías jurídicas. La lógica de Guastini es simple: un derecho sin garantías, no es *verdadero*; es un derecho *de papel* y ese es el caso de los derechos sociales.

La segunda objeción está estrechamente relacionada con la anterior: los derechos fundamentales, en cuanto derechos subjetivos contenidos en la constitución, otorgan a los individuos ‘derechos *contra el estado*’, es decir: son derechos constitucionales que, para ser garantizados, implican acciones u omisiones por parte de los órganos estatales. Pues bien, mientras que el contenido de los derechos de libertad (negativa) consiste en omisiones (o abstenciones) por parte del estado y; el contenido de los derechos políticos exige omisiones y algunas acciones concretas; el contenido de los derechos sociales exige solamente acciones estatales indeterminadas y de gran envergadura. Por ello, las pretensiones o expectativas de los derechos de libertad y de los derechos políticos pueden ser satisfechas con facilidad mientras que las de los derechos sociales son difícilmente realizables.

La tercera y última objeción, en realidad, es un colofón de la precedente: a diferencia de los derechos de libertad y de los derechos políticos cuya garantía depende de factores político/jurídicos, la satisfacción de los derechos sociales, más allá de decisiones jurídicas o acciones políticas, exige recursos económicos y, por lo tanto, tiene sentido llamar derechos a los primeros porque pueden ser satisfechos, pero los derechos sociales son fórmulas retóricas contenidas en la constitución como producto de un momento político determinado (el pacto constituyente) cuya satisfacción está materialmente condicionada y no puede ser universalmente garantizada.

## 2. Una respuesta para cada objeción

La primera objeción ha sido enfrentada por Luigi Ferrajoli. Según este autor, si aceptamos que ‘sólo existe un derecho cuando existen sus garantías’, tenemos que rechazar el carácter jurídico de los dos avances más relevantes del siglo XX: el derecho internacional y la constitucionalización de los derechos sociales.<sup>38</sup> Para evitar este despropósito político e histórico basta con hacer una distinción: diferenciar los derechos de las garantías (primarias y secundarias) que los protegen. Esto vale para cualquier derecho subjetivo (sea o no fundamental) y para cualquier ám-

<sup>36</sup> Guastini, R., *Distinguendo, Studi di teoria e metateoria del diritto*, Giapicchelli editori, Torino, 1996, p. 154.

<sup>37</sup> Ivi., p. 148.

<sup>38</sup> Cfr. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, pp. 11 y 27.

bito normativo (nacional o internacional). De esta forma tenemos que un derecho fundamental *existe* cuando la constitución de un país (o un tratado internacional) lo contempla y ese reconocimiento vale como una primera garantía (primaria) del mismo: con la constitucionalización el bien protegido adquirió una relevancia jurídica que antes no tenía. De aquí la importancia de la inclusión del catálogo de derechos sociales en los documentos constitucionales (e internacionales): a partir de ese momento los ‘bienes’ y ‘valores’ sociales se convirtieron en ‘derechos fundamentales’ individuales.

Para comprobar el argumento es suficiente con reconocer que las reivindicaciones que sólo pueden esgrimirse en el plano político o moral no son equivalentes a aquellas que han adquirido un reconocimiento constitucional explícito. Las segundas, además de tener un carácter moral y/o político, *son* derechos. Es más: son derechos fundamentales que *deben* garantizarse jurisdiccionalmente. Ferrajoli no busca tapar el sol con un dedo y reconoce que, en la mayoría de los países, faltan las garantías secundarias que permitan proteger, judicialmente a los derechos sociales. Su tesis, que vale la pena tomar seriamente, es que dicha ausencia de garantías secundarias constituye una *laguna jurídica* que debe ser colmada por el legislador para *vincular* a los órganos del estado en la satisfacción de los derechos sociales constitucionalizados. De esta forma se abriría la puerta para la intervención judicial en los casos de violación (por incumplimiento) del derecho social correspondiente. Pero el argumento, jurídicamente impecable, parece aumentar el peso de las dos objeciones restantes: ¿cuántos estados pueden satisfacer *todos* los derechos sociales de *todos* sus ciudadanos? Aunque los jueces pudieran y ejercieran su acción de protección: ¿con cuáles recursos se cubrirían los gastos sociales?

Es verdad que la garantía de los derechos sociales supone involucrar al estado en la realización de tareas técnicamente complejas y económicamente costosas. Lo que no es cierto es que para salvaguardar las libertades fundamentales sean suficientes las omisiones o abstenciones por parte del estado. Tampoco es verdad que las intervenciones estatales necesarias para garantizar a los derechos políticos sean (al menos no en todos los casos) de escasa envergadura.<sup>39</sup> Concentremos la atención en el primer caso: para salvaguardar a los derechos de libertad (negativa) no basta con que el estado se abstenga de intervenir en la esfera privada de los individuos. Esto es así porque el estado no es el único violador potencial de las libertades fundamentales: las eventuales invasiones de la esfera de libertad individual también pueden ser provocadas por acciones de actores no estatales. Por ello, la esfera de libertad individual debe ser protegida tanto de las intervenciones estatales (poder político) como de las intervenciones que pueden llevar a cabo actores privados (por ejemplo, poderes económicos o grupos delincuenciales). Esto significa que, para proteger los derechos de libertad del individuo “x” el estado puede verse obligado a limitar o a neutralizar los poderes del agente privado (individual o colectivo) “z” y esto supone una intervención activa que implica recursos económicos. Así las cosas, la segunda objeción es engañosa: la protección de la esfera de libertad de los individuos exige que el estado se abstenga de interferir con ella pero también que *intervenga* en la vida social para evitar interferencias por parte de terceros. Los aparatos de seguridad son un buen ejemplo de que tan amplia y económicamente costosa puede ser la intervención del estado para proteger, por ejemplo, la libertad personal de las personas.

---

<sup>39</sup> Piénsese en un ejemplo latinoamericano: México y su enorme y costosa (aunque también eficiente) autoridad electoral.

Consecuentemente, la tercera objeción es atinada pero debe matizarse: la garantía de los derechos sociales implica enormes inversiones de recursos públicos pero la garantía de los derechos de libertad o políticos *también* supone gastos considerables. Además una inversión inteligente de los recursos puede tener efectos colaterales positivos: por ejemplo, la inversión en trabajo y educación puede permitir recortes en los gastos de seguridad pública y así sucesivamente.<sup>40</sup> Por lo tanto el argumento de que sólo la satisfacción de los derechos sociales es económicamente costosa resulta falaz: puede decirse que es *más* onerosa pero no que es la única protección de derechos fundamentales materialmente costosa. No obstante sigue en pie una objeción implícita: ‘los recursos son escasos’. Se trata de una réplica que no puede ser superada del todo (salvo en los países ricos y con poca población como Suecia, Finlandia, Dinamarca, Suiza, etc.), pero que puede ser acotada. En esta dirección, Ferrajoli hace una propuesta interesante: “nada impediría que en la constitución se establecieran cuotas mínimas del presupuesto destinadas a los diferentes capítulos del gasto social y, de esta forma, se hiciera posible el control constitucional de las leyes financieras”.<sup>41</sup> La cuestión no es sólo ‘cuánto tienes’ sino también ‘en qué lo gastas’ y, tratándose de derechos constitucionales, esta decisión no debe quedar en las manos de la mayoría parlamentaria o de la administración en turno. La propuesta es polémica pero sirve para demostrar que la objeción económica a los derechos sociales puede, al menos parcialmente, superarse.

### 3. *En síntesis*

Las respuestas a las objeciones nos permiten responder *afirmativamente* a las interrogantes que originaron su análisis: ¿Los derechos sociales pueden equipararse a los derechos de libertad y políticos?, ¿Las expectativas que recogen son equivalentes a las de los otros derechos?, ¿Estos derechos pueden efectivamente ser garantizados? Evitando las consideraciones ideológicas tenemos que, en el plano teórico y sin obviar las objeciones prácticas, los derechos sociales constitucionalizados son derechos fundamentales que *deben* y *pueden* ser garantizados. Para lograrlo es indispensable crear los instrumentos jurídicos adecuados. Ciertamente ‘nadie está obligado a lo imposible’: las restricciones presupuestales son un factor objetivo que puede condicionar las acciones del estado tendientes a la satisfacción de estos derechos. Pero, ‘dentro de lo posible’, no existen argumentos que impidan colocar la garantía de dichos derechos fundamentales como una *prioridad* estatal materialmente realizable.

## IV. LOS DERECHOS SOCIALES EN LA ‘DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL’

Pero, ¿La constitucionalización de los derechos sociales responde exclusivamente a razones de oportunidad histórica? ¿Tuvo como finalidad única ampliar la base de consenso de las ‘constituciones democráticas’ en el momento de su aprobación? O, por el contrario y más allá de las razones de su reconocimiento constitucional en cada caso, ¿se trata de derechos que también

---

<sup>40</sup> La intuición parece adecuada. Comparando 22 países democráticamente estables desde 1950, tenemos que el país con el mayor número de presos tiene también el primado en desigualdad y es el tercero (de ese grupo) que menos recursos destina al gasto social: E.E.U.U. Cfr. Dahl, R., *How Democratic Is the American Constitution?*, pp. 82-83 y 123.

<sup>41</sup> Cfr. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, p. 147.

constituyen *precondiciones* para la existencia de la ‘democracia constitucional? Para responder a estas preguntas es oportuno analizar nuevas tensiones que, con la incorporación de los derechos sociales, afectan al modelo: a) la tensión entre las demandas que respaldan a estos derechos y la libertad económica; b) la tensión entre las primeras y los derechos de propiedad. Asimismo conviene indagar la compleja relación que existe entre los derechos sociales y el sistema democrático.

### 1. *Los derechos sociales y los dos liberalismos*

El análisis de la relación de los derechos sociales con el sistema constitucional resulta ocioso porque es el documento constitucional el que otorga a esos derechos su carácter jurídico fundamental. Sin embargo, es un hecho que la satisfacción de los bienes protegidos por los derechos sociales implica, inevitablemente, la limitación de algunos derechos de libertad. En este punto es necesario diferenciar entre el liberalismo político y el liberalismo económico. Porque, mientras la relación de los derechos sociales con liberalismo político es difícil pero complementaria, la salvaguarda de los mismos implica intervenciones estatales (recaudación y distribución de recursos) que son antinómicas con los presupuestos del liberalismo económico en su versión neoliberal o *hiperliberal*.<sup>42</sup>

Aunque algunos autores como Hayek,<sup>43</sup> afirmen que la distinción entre ambas ramas del liberalismo es insostenible (y a pesar de que la historia de las ideas, comenzando con Locke, se haya empeñado en mantener la confusión), es oportuno precisar las cosas. El liberalismo político busca limitar los *poderes* del estado y promueve al “Estado de Derecho” o constitucional; en cambio, el liberalismo económico aspira a la limitación de las *funciones* estatales y reivindica al “Estado mínimo”. El primero, como sabemos, se opone al “Estado absoluto”; el segundo, en cambio, al “Estado máximo”.<sup>44</sup> Pues bien, el estado limitado en sus poderes (por los derechos de libertad) no es necesariamente un “Estado mínimo” (limitado en sus funciones) y éste último no es invariablemente un “Estado de derecho”. Veamos algunos ejemplos de cómo puede operar en la práctica estas combinaciones: a) un estado de bienestar europeo de posguerra es un “Estado de derecho” pero no un “Estado mínimo”; b) el estado liberal clásico era ambas cosas al mismo tiempo; c) el Chile de Pinochet era la negación del “Estado de derecho” y, sin embargo, en economía, se acercaba al “Estado mínimo” y; d) los regímenes comunistas no eran ninguna de las dos cosas.

La ‘democracia constitucional’ se asemeja al primer ejemplo: implica al “Estado de derecho” (liberalismo político) pero, al tener a los derechos sociales como *núcleo fundamental*, excluye al “Estado mínimo”. Este hecho, como se argumenta a continuación, no es accidental sino que responde a una razón de fondo: los derechos sociales son una *precondición* tanto del liberalismo político, como de la democracia.

---

<sup>42</sup> El término *hyperliberalism* se encuentra en: Cox, R., *Production, Power and World Order: Social Forces in the Making of History*, Columbia University Press, N. Y., 1987.

<sup>43</sup> Cfr. Hayek, F. *Los fundamentos de la libertad*, Unión Editorial, Madrid, 1991.

<sup>44</sup> Cfr. Bobbio, N., *Liberalismo e democrazia*, Franco Angeli Libri, Milano, 1985.

### A. *Los dos liberalismos frente a frente*

El liberalismo político y el liberalismo económico no sólo son dos cosas distintas sino que, a pesar de su origen compartido, pueden entrar en conflicto. Por definición, el poder económico *ilimitado* se traduce en un *poder* (económico) *absoluto* y esto es incompatible con el liberalismo político que tiene como finalidad, precisamente, limitar al poder. La clave está en recordar que el estado liberal no combate al poder político sino al *absolutismo* y que éste es un atributo que también puede afectar al poder económico o al poder ideológico. Por ello, tomándolo en serio, el liberalismo político también se opone al liberalismo económico cuando éste se traduce en un ‘absolutismo del mercado’ que amenaza las libertades fundamentales. Tenemos que la alianza entre el liberalismo político con el liberalismo económico es una alianza condicionada: sólo funciona cuando el poder económico es un poder *limitado*. De esta forma, el liberalismo político sienta las bases para la protección de los derechos sociales y excluye la viabilidad (teórica) del *hiperliberalismo*: el alma económica arrasaría con el alma política.

De hecho, la relación entre el liberalismo político y los derechos sociales también es una relación directa: la satisfacción de los bienes que protegen *algunos* derechos sociales es una *precondición* para la realización de las “cuatro libertades de los modernos”. El razonamiento, siguiendo a Bovero, es el siguiente: “sin una distribución equitativa de los recursos esenciales, de los bienes primarios, es decir sin satisfacer los *derechos sociales* fundamentales reivindicados por los movimientos socialistas, las libertades quedan vacías, los derechos fundamentales de libertad se transforman de hecho en un privilegio de unos cuantos”.<sup>45</sup> Esto vale al menos para dos derechos sociales: el derecho a la subsistencia (a tener una vida digna) y el derecho a la educación. Los derechos sociales han sido constitucionalizados porque promueven bienes valiosos (el trabajo, la salud, etc.), pero estos dos derechos tienen un valor adicional: son *precondiciones* para el ejercicio de las libertades fundamentales y, por lo tanto, de la democracia.

No es difícil sostener que la libertad de pensamiento carece de sentido (es un bien vacío) cuando no contamos con las herramientas mentales para articular ideas que, más allá del sentido común, puedan responder a los problemas que la realidad impone o que la lucha por la subsistencia diaria deja poco espacio para la formación de una conciencia crítica. Esta doble importancia (valor *en sí* y *valor para*) justifica que la protección constitucional de estos derechos sea mayor: ambos derechos y sus garantías deben ser incluidos en el “coto vedado”. Junto con los derechos de libertad y los derechos políticos deben considerarse derechos contra la mayoría (y contra el mercado) porque constituyen una *precondición* necesaria para establecer y conservar un Estado constitucional. Ello en contra, o a pesar, de otros derechos individuales (como la libertad económica.)

### B. *¿Y los derechos de propiedad?*

También la concepción de la propiedad (*property*) como derecho fundamental es antinómica con los derechos sociales. No es casual que el enemigo común de las diferentes doctrinas socialistas haya sido la propiedad privada. Pero, dado que la propiedad es el corazón del liberalismo económico, esto supone que también los derechos de propiedad pueden entrar en conflicto

---

<sup>45</sup> Bovero, M., *Contro il governo dei peggiori*, p. 40.

con el liberalismo político y ello contradice un lugar común del pensamiento liberal: a partir de Locke, al igual que la libertad (y el derecho a la vida), la propiedad ha sido considerada un derecho “natural” (hoy diríamos fundamental). Es más: la tesis fue retomada en la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789: “La finalidad de toda asociación política es la defensa de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la *propiedad* y la resistencia a la opresión”. Esto mucho antes de la democracia y del socialismo. De hecho, el primer intento de constitución “democrática” (o republicana), la constitución americana de 1787, consagró la propiedad y la libertad como bienes inseparables: limitar la libertad democrática era importante porque “si el sufragio se extiende a los ciudadanos que no son *libres propietarios*, la mayoría puede amenazar los derechos de propiedad de los *libres propietarios*”.<sup>46</sup>

Parece que enfrentamos un callejón sin salida: por un lado, la tradición que respalda al constitucionalismo liberal indica que los derechos de propiedad son, junto con las libertades, derechos fundamentales y que, en cuanto tales, deben ser protegidos contra las decisiones mayoritarias; por el otro, los derechos sociales que, según se ha argumentado, son *precondiciones* del constitucionalismo implican limitaciones a los derechos de propiedad. El nudo gordiano debe desenredarse sin recurrir a la espada porque, de lo contrario, habría que reconocer que la ‘democracia constitucional’ es conceptualmente imposible: la *property* impediría la alianza entre el elemento social y el elemento liberal (político) con lo que éste terminaría por desdibujarse.

Ferrajoli propone una ruta para salir del laberinto. La clave está en distinguir los derechos *fundamentales* de los derechos *patrimoniales*. Mientras los primeros son derechos *universales*, los segundos son derechos *singulares*. Los derechos fundamentales predicen el atributo de la igualdad entre clases abiertas de sujetos; los derechos patrimoniales, en cambio, aceptan un solo titular: un sujeto determinado que, por definición, excluye a todos los demás. Se puede afirmar que, junto con las libertades, los derechos políticos y los derechos sociales, el derecho que todos tenemos para disponer de nuestros bienes de propiedad es un derecho *fundamental*; pero la propiedad de cada uno sobre un(os) bien(es) determinado(s) es un derecho *patrimonial*. De esta forma se supera la confusión arrastrada por la historia de las ideas. Ferrajoli sostiene: “Todos somos igualmente libres de manifestar nuestro pensamiento, igualmente inmunes a los arrestos arbitrarios, igualmente autónomos para disponer de nuestros bienes de propiedad e igualmente titulares de los derechos a la salud y a la instrucción. Pero cada uno de nosotros es propietario o deudor de cosas diferentes y en diferente medida: yo soy propietario de este traje o de la casa en la que vivo, o sea, de objetos diferentes de los cuales otros y no yo, son propietarios”.<sup>47</sup>

De hecho, los atributos de los derechos fundamentales -universalidad, inviolabilidad, indisponibilidad e inalienabilidad- no son aplicables a los derechos patrimoniales. Todos los derechos reales (el derecho de crédito, la herencia, el derecho de propiedad, etc.) son disponibles, negociables y alienables. Por ello, al afirmar que los atributos de los derechos de propiedad son idénticos a los de los derechos fundamentales se diseña la trampa que el liberalismo económico teje al liberalismo político y que puede operar en dos sentidos opuestos: a) imponiendo la lógica de los derechos patrimoniales por la que *todo* puede venderse y *todo* puede comprarse (incluso los derechos de libertad, políticos y sociales) y, entonces, en realidad nada es ‘fundamental’ y no hay límite que no pueda ser negociado; b) revistiendo a los derechos de propiedad de un carácter

---

<sup>46</sup> Con esta frase, Robert Dahl resume las tesis de James Madison. Cfr: Dahl, R., *How Democratic Is the American Constitution?*, p. 26.

<sup>47</sup> Ferrajoli, L., *Diritti fondamentali*, p. 14.

sagrado con lo que se obstruye la satisfacción (en tendencia universal) de los derechos de libertad y sociales, creando poderes oligárquicos fundados en el absolutismo del mercado.

## 2. Derechos sociales y democracia.

Si los derechos sociales son *precondiciones* de las libertades fundamentales y éstas son *precondiciones* de la democracia moderna entonces, los primeros son *precondiciones* de esta forma de gobierno. Pero la relación entre la democracia y los derechos sociales también se da en línea directa. Para probarlo, considerase en una definición de democracia compatible con las premisas de este artículo pero cuyo autor, Robert Dahl, objetaría en principio la idea de las *precondiciones* sociales de la democracia. Esta definición ofrece una doble ventaja: a) subraya que la concepción de la democracia propuesta en este artículo es formal y no sustantiva; b) permite confirmar que la tesis de las *precondiciones* sociales es ideológicamente neutral. Según Dahl, el sistema democrático (o poliárquico) se caracteriza por siete instituciones: 1) los representantes electos realizan un control político sobre el gobierno; 2) estos representantes son elegidos en elecciones *libres* e imparciales; 3) prácticamente todos los adultos tienen derecho a votar; 4) los ciudadanos tienen derecho a concurrir como candidatos a cargos electivos en el gobierno; 5) existe el derecho de *libertad* de expresión, incluyendo el derecho a la *crítica* al gobierno y a las instituciones; 6) los ciudadanos tienen a su disposición medios alternativos de *información*; 7) los ciudadanos pueden organizarse *libremente* en partidos, organizaciones o grupos de interés que gozan de *autonomía*.<sup>48</sup>

Estas instituciones no sólo confirman la estrecha relación entre el liberalismo político y la democracia sino que suponen ciudadanos con características particulares: críticamente capaces, concientes de sus libertades y dispuestos a ejercerlas, informados, dispuestos a organizarse autónomamente, etc. Sin ese “capital social”<sup>49</sup> las instituciones propuestas por Dahl son un bien vacío. Y bien: parece imposible contar con estos ciudadanos si, durante su desarrollo personal, los individuos no han contado con una vida digna y una educación adecuada. El derecho a la subsistencia y el derecho a la educación reaparecen como *precondición*, ahora de la democracia. Rousseau, que no podía imaginar a la democracia moderna, ya lo intuía: “¿Queréis dar al Estado consistencia? Acercad los grados extremos cuando sea posible; no permitáis ni gentes opulentas ni pordioseros. Estos dos estados, inseparables por naturaleza, son igualmente funestos para el bien común; del uno salen los fautores de la tiranía, y del otro los tiranos; siempre es entre ellos entre quienes se hace el tráfico de la libertad pública, el uno la compra y el otro la vende”.<sup>50</sup>

Pero la idea de Rousseau incluye un matiz que no debemos pasar por alto: no sólo es la satisfacción de los bienes primarios sino una cierta igualdad socioeconómica lo que permite a la democracia. En palabras Garzón Valdés, “la democracia representativa sólo puede funcionar si la sociedad que la practica es una sociedad *homogénea* en el sentido de que cada miembro de la sociedad debe tener la posibilidad de acceder al goce de los derechos que postulan los principios

<sup>48</sup> Cfr. Dahl, R., *Los dilemas del pluralismo democrático*, Conaculta y Alianza Editorial, México, 1991. Los subrayados son míos. Los razonamientos también valen para otras definiciones formales de democracia como la de Sartori (Cfr. Sartori, G. *Partidos y sistemas de partidos*, Alianza Editorial, Madrid, 1988) o la de Bobbio (cfr. *Teoría Generale della política*).

<sup>49</sup> Cfr. Putnam, R. (ed), *Making Democracy Work*, Princeton, University Press, 1994.

<sup>50</sup> Rousseau, J.J., *El contrato social*, *op. cit.*, pp. 292-293.

y valores contenidos en el ‘coto vedado’ (derechos fundamentales de libertad, políticos y *sociales*)”.<sup>51</sup> Por un lado, las sociedades desiguales son extremadamente fragmentadas porque están marcadas por el conflicto y no por el consenso; por el encono y no por la coordinación. Por el otro, dado que la autonomía política supone mucho más que el evento electoral, los ciudadanos deben tener ‘poderes’, entendidos como capacidades, similares. El razonamiento es sencillo: la democracia no sólo se trata de elegir representantes sino de participar en la ‘adopción de las decisiones colectivas’; ello implica tener la capacidad de influir en su resultado y; eso supone que los miembros de la colectividad tengan poderes equivalentes.<sup>52</sup> Si los intereses de unos ciudadanos pesan sistemáticamente más que los de otros el poder tiende a concentrarse: se camina hacia la oligarquía no hacia el gobierno poliárquico.

*La democracia es formal, liberal y social al mismo tiempo.*

Afirmar que los derechos sociales a la subsistencia y a la educación son una *precondición* de la democracia no significa sostener una concepción sustancial de la misma. De hecho, al igual que los derechos de libertad, también los derechos sociales, aun siendo *precondiciones* de la democracia, están en tensión con ella. Mientras los derechos de libertad imponen a la democracia que hay cosas que *no deben* ser decididas, los derechos sociales establecen que hay cosas que *no deben no decidirse*.<sup>53</sup> En este caso la constitución no sólo establece límites materiales *negativos* a las decisiones sino que impone ciertos contenidos *positivos* a las decisiones colectivas: establece *qué cosa* debe decidirse. No es difícil intuir que esto supone restricciones a la libertad (positiva) de decisión democrática. Así como una constitución liberal al extremo (sobre todo desde la perspectiva económica) no dejaría espacio para los derechos sociales y, por lo tanto, terminaría por desfondar a la ‘democracia constitucional’, una constitución *garantista* (en sentido social) radical acabaría tanto con el liberalismo, como con la democracia. Como sostenía Berlin: “Cuando se está de acuerdo en los fines, las únicas cuestiones abiertas se refieren a los medios y, por lo mismo, dejan de ser políticas. Es decir: pueden ser solucionadas por expertos o por máquinas, como las controversias entre ingenieros o entre médicos”.<sup>54</sup> A través de los derechos sociales se puede anular el espacio preliminar de controversia política: ¿qué sentido tendría discutir manifestando ideas alternativas si el contenido de las decisiones políticas fundamentales está previamente establecido por la constitución? ¿Cuál es la libertad de un órgano legislativo (representante legítimo de la ciudadanía) que únicamente puede adoptar decisiones técnicas para hacer efectivos fines últimos previamente establecidos y cuyas decisiones son siempre susceptibles de revisión por los Jueces Constitucionales? Como señala Bovero, la democracia, siendo formal, debe dejar espacio para “hospedar una amplia gama de *contenidos*”, o bien, “de orientaciones políticas diferentes y, entre ellas, alternativas”.<sup>55</sup>

Nuevamente la solución debe buscarse en el equilibrio: también las pretensiones (por más valiosas que nos parezcan) de algunos derechos sociales deben ser limitadas para dejar respirar a

---

<sup>51</sup> Garzón Valdés, E., *Algunas consideraciones sobre la posibilidad de asegurar la vigencia del ‘coto vedado’ a nivel internacional*, Ponencia. La precisión entre paréntesis es mía.

<sup>52</sup> Cfr. Scott, J., *Domination and the Arts of Resistance*, Yale University Press, New Haven 1990.

<sup>53</sup> Se trata de la tesis de Ferrajoli a la que ya he hecho referencia. Cfr. *Diritti fondamentali*, op. cit.

<sup>54</sup> Berlin I., “Dos conceptos de libertad”, p. 37.

<sup>55</sup> M. Bovero, *Contro il governo dei peggiori*, op. cit., p. 36.

las libertades fundamentales y a la democracia. En principio, como ya se ha sostenido, únicamente dos derechos sociales, el derecho a la subsistencia y el derecho a la educación (con sus correspondientes garantías), deben entrar (junto con las cuatro libertades fundamentales y los derechos políticos) en la esfera de lo *indecible*: ello porque son *precondiciones* del modelo. Para decirlo en otras palabras, dado que son condiciones *necesarias* para la existencia de la democracia constitucional, deben quedar fuera de la política: son *indisponibles* para cualquier decisión por más democrático que sea el poder que la adopte. En ese sentido la democracia constitucional es *liberal* (en sentido político) y *social* al mismo tiempo. Pero, los demás derechos subjetivos constitucionales (sociales y de libertad: como el derecho al trabajo, la libertad económica o los derechos de propiedad) no pueden tener una protección incondicional porque: a) su (mayor o menor) limitación es necesaria para la realización de otros bienes valiosos;<sup>56</sup> b) por lo tanto, es imposible garantizar su satisfacción total simultánea; c) además, la garantía incondicional de algunos de estos derechos dejaría sin sentido a la discusión democrática y, dado que sería necesariamente *excluyente* (otros derechos quedarían desplazados), terminaría por provocar una crisis de legitimidad del sistema.

## V. AMÉRICA LATINA: LA ILUSIÓN CONSTITUCIONAL Y EL ESPEJISMO DE LA DEMOCRACIA

Demostrada la posibilidad teórica de la democracia constitucional procede certificar su existencia histórica. De lo contrario sería difícil escapar de la objeción maliciosamente inteligente del realista que parafraseando a Kant replica que estas ideas ‘están bien en teoría pero no valen para la práctica’. Ciertamente, tratándose de un modelo ideal/teórico, es difícil encontrar casos concretos que satisfagan plenamente todas las características descritas. Sin embargo, sabemos que la enorme mayoría de los países envueltos en las segunda y tercera “olas democratizadoras” adoptaron *formalmente* a la ‘democracia constitucional’ con las particularidades aquí descritas y que un número importante de esos países (sobre todo de la segunda ola), además de proteger las libertades fundamentales y de crear instituciones democráticas, desarrollaron un ‘estado social’ (*welfare state*) que permitió la ‘vigencia efectiva’ de los derechos sociales. Los países de este segundo grupo, en su mayoría pero no exclusivamente europeos, lograron sentar las *precondiciones* para la consolidación de la ‘democracia constitucional’.<sup>57</sup> No obstante, este no ha sido el caso de los países latinoamericanos.

---

<sup>56</sup> La constitución y las instancias jurisdiccionales deben fungir como garantes de los derechos adquiridos: vigilando la *no regresividad*, salvo en casos *razonables*, de los beneficios y procurando la *progresividad* del sistema de derechos y de sus garantías. Como sostiene Pisarello: “sólo serían admisibles aquellas restricciones capaces de superar un estricto escrutinio de *razonabilidad* es decir, las que, sin colocar a las personas debajo de un nivel de vida digna, resulten indispensables para la expansión general del sistema de derechos y respeten, en todos los casos, los principios de compensación adecuada y prioridad de los sujetos más débiles (*favor debilis*)”. Pisarello, G., *op. cit.*, p. 94.

<sup>57</sup> La crisis actual de este modelo y sus posibles consecuencias para la ‘democracia constitucional’ rebasan el tema de este trabajo. Cfr. Pierson, P (editor), *The New Politics of the Welfare State*, Oxford University Press, 2001; Hubert, E. and Stephens, J. *Development and Crisis of the Welfare State. Parties and Policies in Global Markets*. Oxford University Press, 2001.

En los próximos párrafos se presentan primero los argumentos que demuestran que en los países de América Latina no está en vigor el modelo democrático constitucional y que explican la inviabilidad de su vigencia en el futuro inmediato y, posteriormente, se propone una caracterización esquemática de la forma de gobierno que arrojó la “tercera ola” y que, al amparo de la *forma* democrático constitucional, usurpa las cartas credenciales del modelo.

### *1. Porqué no existe la ‘democracia constitucional’ en América Latina*

La tradición constitucional latinoamericana es incuestionable. De hecho, dicha región aportó una de las primeras constituciones democráticas del mundo (la de Haití de 1801), la primera constitución socialdemocrática de la historia (la mexicana de 1917) y durante la historia moderna ha sido cuna de juristas de renombre internacional. Asimismo, en la última década del siglo XX se desató en varios países una epidemia de congresos constituyentes que produjeron cartas constitucionales ‘liberales, sociales y democráticas’: Colombia (1991), Paraguay (1992), Perú (1993), República Dominicana (1994), Panamá (1994), Argentina (1994), Uruguay (1997), Ecuador (1998), Venezuela (1999). Sumando estas nuevas cartas constitucionales a las previamente vigentes se obtiene un saldo positivo: en los inicios del siglo XXI casi todos los países de la región cuentan con constituciones que, en términos formales, responden a la ‘democracia constitucional’ descrita en este trabajo.<sup>58</sup>

Sin embargo, los países latinoamericanos cultivan otra tradición que nubla el panorama: los documentos constitucionales carecen de eficacia, vigor o vigencia efectiva. Lo que impera en la región, como señala Garzón Valdés, es “una adhesión retórica al marco normativo por parte de los detentores del poder y un permanente intento de recurrir a nuevas normas para contrarrestar el olvido o la violación de las existentes”.<sup>59</sup> Es decir, la realidad social y política de América Latina no responde a lo que dictan sus constituciones. Éstas, como diría Pablo González Casanova, apenas tienen una “función metafísica”. Aquella máxima de ‘obedézcase pero no se cumpla’ de la era colonial ha sobrevivido durante la etapa independiente. Por eso no es desatino afirmar que los países latinoamericanos tienen ‘constituciones democráticas’ pero no son ‘democracias constitucionales’. El mejor camino para demostrar esta afirmación es observando la situación de los derechos fundamentales que son *precondiciones* para la existencia efectiva del modelo: las libertades fundamentales y los derechos sociales a la educación y a la subsistencia.

#### *A. Las precondiciones liberales: entre la constitución y la realidad.*

Las constituciones latinoamericanas reconocen, entre otras, las “cuatro libertades de los modernos”<sup>60</sup> que son *precondiciones* de la democracia constitucional. Además, en la práctica, es un hecho que estas libertades han ganado vigencia en los países de la región durante las últimas décadas. En materia de libertades, si comparamos las dictaduras (militares, personales, familiares o de partido) del pasado reciente con los regímenes de la actualidad, tenemos un salto cualitativo

---

<sup>58</sup> Cuba sería una excepción relevante.

<sup>59</sup> Garzón Valdés, E., *Derecho y Democracia en América Latina*, en M. Carbonell, Orozco W. y Vázquez R. (coordinadores), *Estado de Derecho*, p. 224.

<sup>60</sup> *Cfr. Constitutinal Analysis*, Political Database of the Americas (Página de Internet de Universidad de Georgetown).

indiscutible. Sin embargo, como advierte Guillermo O'Donnell, lo que existe sigue más cerca del *unrule of law* que del Estado de derecho.<sup>61</sup> Por un lado, como se documenta a continuación, no existen las *precondiciones* sociales que están a la base de las libertades básicas y por ello millones de hombres y mujeres latinoamericanos carecen de los instrumentos necesarios para ejercer sus libertades. Ante estas personas excluidas de la 'ciudadanía liberal', el estado (en sus diferentes ámbitos y niveles) puede seguir ejerciendo poderes discrecionales: para ellos el poder político sigue siendo absoluto. Por el otro lado, los estados latinoamericanos, al seguir el modelo económico neoliberal, se han debilitado y han perdido la capacidad de impedir los abusos por parte de terceros. Y, como sabemos, desde el punto de vista de las libertades, poco importa que la fuerza que priva a un ciudadano de su libertad personal o que lo 'constrañe' a no ejercer su libertad de expresión provenga de un poder público o de un poder privado. Lo que cuenta es que la esfera de libertad individual puede ser impunemente vulnerada.

En síntesis tenemos que los estados latinoamericanos, incapaces de funcionar como Estados de derecho, oscilan entre dos extremos: por un lado, ejercen el poder discrecionalmente cuando pueden hacerlo y, por el otro, son tierra fértil para la impunidad de los poderes ilegales. Lo primero amenaza las libertades de los ciudadanos 'vulnerables' y barre con el principio de igualdad ante la ley; lo segundo confirma que el modelo del Estado mínimo no sólo no coincide necesariamente con el Estado de derecho sino que puede ser la causa de su inexistencia.

### B. *Las precondiciones sociales: entre la constitución y la realidad.*

Las constituciones latinoamericanas —mediante fórmulas diferentes— también consagran el derecho a la subsistencia. Sin embargo, en 1999 el porcentaje estimado de la población de la región en condiciones de pobreza era de 43.8% y el porcentaje que se encuentran en la indigencia o pobreza extrema era del 18.5%. De hecho, el 15% de los latinoamericanos cuentan con menos de un dólar al día. Estamos hablando de poco más de 211 millones de personas: 89 millones de las cuales en pobreza extrema. Y, según CEPAL, el número habría aumentado en 15 millones durante el periodo 2000-2002.<sup>62</sup> Pero esto no es todo: los países de América Latina se sitúan entre los de mayor desigualdad de ingreso. En 13 de los 20 países de la región, con datos correspondientes al decenio de 1990, el 10% más pobre tiene menos del 5% del ingreso del 10% más rico.<sup>63</sup>

Por lo que hace al derecho a la educación las cosas no son alentadoras. Menos aún si sobreponemos un rezago sobre el otro: una persona en América Latina necesita al menos 10 años de escolarización para tener una probabilidad del 90% o más de no caer en la pobreza o de salir de ella. Sin embargo, hacia el año 2000 cerca de 15 millones de jóvenes de entre 15 y 19 años de edad, de un total de 49.4 millones, habían abandonado la escuela antes de completar 12 años de estudio. Alrededor de 70% de ellos (10.5 millones) lo habían hecho más temprano, antes de completar la educación primaria o recién terminada la misma. A esto hay que agregar 1.4 millo-

<sup>61</sup> Cfr. O'Donnell, G., *Polyarchies and the (un)rule of law in Latin America*, en Pinheiro, P., G. O'Donnell (eds), *The Rule of Law and the underprivileged in Latin America*, University of Notre Dame, Notre Dame, 1999, pp. 303.

<sup>62</sup> Los datos son del "Informe sobre el desarrollo 2001", Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y del "Panorama social de América latina 2001-2002" de CEPAL.

<sup>63</sup> Cfr. "Informe sobre el desarrollo 2001", PNUD.

nes de niños y niñas que nunca asistieron a la escuela o que la abandonaron antes de completar el primer año básico.<sup>64</sup>

En síntesis la distancia que existe entre las normas constitucionales que recogen derechos sociales y la realidad que viven millones de latinoamericanos es abismal. Las pésimas condiciones de vida y los bajos niveles de educación de una parte importante de la población aunados a los grandes márgenes de desigualdad social demuestran que no existen las *precondiciones* sociales para la existencia de la democracia constitucional en América Latina. Es decir, no existe el capital social que da sentido a las instituciones democráticas. Para colmo la antinomia entre el liberalismo económico y el estado social de derecho se está inclinando en favor del primero: los estados latinoamericanos han perdido poderes y funciones que han ido a parar a las manos de poderes económicos que promueven un *hiperliberalismo* incompatible con la protección de los derechos sociales.

## 2. El legado de la tercera ola

Los regímenes latinoamericanos no son ‘democracias constitucionales’ porque, como se ha demostrado, no existen las *precondiciones* para la existencia del modelo. Por lo que hace a las libertades fundamentales la región está caracterizada por “zonas marrones (en las que) se respetan los derechos participativos y *democráticos* de la poliarquía, pero se viola el componente *liberal* de la democracia”.<sup>65</sup> Por lo que hace a los derechos sociales tenemos rezagos y condiciones de desigualdad que determinan que millones de personas estén excluidas de la ‘ciudadanía democrática’ y que anulan la supuesta igualdad de poder decisorio entre los ciudadanos. Y, sin embargo, la literatura insiste en que los regímenes latinoamericanos experimentaron una transición *democratizadora*.<sup>66</sup> A continuación se enfrenta esta aparente paradoja desde dos perspectivas: retomando el sentido de la tesis de la transición e indagando cuál es la forma de gobierno de los países latinoamericanos después de la transformación que experimentaron en las últimas décadas.

### A. Algo sobre la transición.

Es verdad que los derechos políticos han ganado vigencia en América Latina. También en este caso lo que existe, en comparación con lo que existía, puede valorarse en positivo: partidos políticos aceptablemente competitivos, elecciones periódicas, organismos electorales cada vez más imparciales, órganos de representación, etc. En este sentido es innegable que los regímenes latinoamericanos han *transitado*: han pasado de un tipo de régimen político a otro significativamente distinto. Esto vale para los países que durante décadas fueron gobernados por dictaduras y para los que contaban con regímenes más ‘abiertos’ como el sistema de partido hegemónico me-

---

<sup>64</sup> Cfr. “Panorama social de América latina 2001-2002”, CEPAL.

<sup>65</sup> O'Donnell, G., *Acerca del estado, la democratización y algunos problemas conceptuales*, en M. Carbonell, Orozco W. y Vázquez R. (coordinadores), *Estado de Derecho*, op. cit., p. 249.

<sup>66</sup> Cfr. Huntington, S., op. cit; O'Donnell G., P. Schmitter, L. Whitehead (eds.) *Transitions from Authoritarian Rule: Comparative Perspectives*, Johns Hopkins University Press, 1986; Linz, J.J., & A. Stepan (eds.), *Problems of Democratic Transition and Consolidation: Southern Europe, South America, and Post-Communist Europe*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 1996.

xicano: en los últimos veinticinco años han tenido lugar transformaciones institucionales a través de las cuales el poder político ha comenzado a distribuirse. Por lo mismo también es atinado afirmar que las transiciones han tenido una orientación *democratizadora* pero no debemos ir más lejos. Los regímenes vigentes en la región *no son* ‘democracias constitucionales’ ni está claro que lleguen a serlo. Siguiendo las premisas de este trabajo, no basta con que “la mayoría abrumadora de la población concuerde que cualquier cambio debe ser llevado a cabo por cauces democráticos, que para los grandes intereses, actores y corrientes políticas la democracia sea el único juego de la ciudad”, para afirmar que una democracia constitucional se ha consolidado.<sup>67</sup> Seguramente eso es mejor que una dictadura, pero si no se satisfacen las *precondiciones* liberales y sociales del modelo las instituciones políticas ‘democráticas’ son un bien vacío.

### B. *El modelo vigente: democracia aparente y liberalismo económico*

No es casual que la propia ciencia política se esté dando a la tarea de proponer nuevas categorías para denominar los regímenes latinoamericanos: “democracias de baja intensidad”, “imperfectas”, “delegativas” o, simplemente, “poliarquías no representativas o no institucionalizadas”.<sup>68</sup> Se trata de un esfuerzo útil pero peligroso: en el intento por explicar una realidad esquizofrénica se puede perder el sentido del concepto de democracia. Este riesgo no es nuevo y tampoco inofensivo por lo que conviene desmontarlo.

Detrás de la teoría de la transición descansa una distorsión del concepto de democracia de autorizada estirpe teórica: la concepción propuesta por Schumpeter según la cual se trata de una forma de gobierno caracterizada por la competencia entre las elites por el voto popular.<sup>69</sup> Con este parámetro, cualquier régimen en el que los gobernados participan en la elección del autócrata (o de la oligarquía) de turno puede ser llamado democracia. Dado que no importa el valor de la igualdad ni el de la autonomía política esta “democracia” puede operar en sociedades desiguales y con una ciudadanía “de baja intensidad”.<sup>70</sup> De hecho, en mancuerna con esta distorsión del concepto de democracia ha operado la trampa que presenta al liberalismo político y al liberalismo económico como mellizos inseparables y que defiende a los derechos de propiedad como derechos fundamentales. Este ‘híbrido de distorsiones’ anticipó y condicionó a los procesos de transformación política de la región y, al hacerlo, sentenció la inviabilidad de la democracia constitucional en los países latinoamericanos.

Se puede decir que en las transiciones de la tercera ola en América Latina prevaleció la lógica que guió a los constituyentes americanos en el siglo XVIII y no la que fundó a los estados democrático-constitucionales europeos del siglo XX: la democracia y las reivindicaciones sociales se consideraron un peligro para los privilegiados del *staus quo* y se les desarmó desde el origen. Las oligarquías latinoamericanas, antes de abrir la competencia por el poder político, se en-

---

<sup>67</sup> Cfr. Linz, J., *Transiciones a la democracia* en Revista Española de Investigaciones Sociológicas, n. 90, Madrid, 1990.

<sup>68</sup> Muchos de estos términos han sido acuñados o difundidos por Guillermo O’Donnell, *cfr.* O’Donnell, G., *Acercar del estado, la democratización y algunos problemas conceptuales*, *op. cit.*; *Counterpoints. Selected essays on authoritarianism and democratization*, University of Notre Dame, Press, Notre Dame, 1999.

<sup>69</sup> La definición de democracia de Schumpeter es uno de esos ejemplos en los que por ajustar una definición para acercarla a lo que existe en la realidad, se pierde el sentido del concepto. *Cfr.* Schumpeter, J., *Capitalismo, socialismo y democracia*, Aguilar, Madrid, 1968.

<sup>70</sup> *Cfr.* O’Donnell, *Polyarchies and the (un)rule of law in Latin America*, *op. cit.*

cargaron de dismantelarlo: la “democratización” se hermanó con la teoría del “Estado mínimo”, limitado al extremo en sus funciones y, como hemos visto, disminuido (aunque no necesariamente limitado) en sus poderes. De esta forma, el poder político tendió a distribuirse pero el poder económico aumentó su concentración y su carácter absoluto. Además se impuso una agenda económica neoliberal predeterminada que considera a los derechos patrimoniales como derechos fundamentales. La operación de falsificación fue tan exitosa que se festejó la llegada de la ‘democracia constitucional’ en sociedades caracterizadas por la desigualdad jurídica, política y económica entre los ciudadanos.

Algunos autores como Robinson y Gills han visto en operación parte de un proyecto de control transnacional fundado en el capitalismo en su versión neoliberal y encabezado por los Estados Unidos.<sup>71</sup> Esta “poliarquía” distorsionada constituye, según esta interpretación, un instrumento para renovar la base del consenso político pero deja intacta la base económica autoritaria. De hecho, los grupos dominantes locales forman parte de una elite transnacional que concentra el poder más allá de las fronteras nacionales. No es casual, explican, que la “tercera ola” haya coincidido con la afirmación de la globalización capitalista y que las ‘nuevas democracias’ latinoamericanas se hayan estrenado con gobiernos neoliberales. En un mundo en el que prevalece la globalización del mercado, la incompatibilidad entre la libertad económica y los derechos sociales adquiere formas perversas: la condición que deben cumplir los países pobres para recibir los recursos públicos y/o privados internacionales<sup>72</sup> necesarios para enfrentar sus rezagos es mantener a sus ciudadanos (al menos por lo que se refiere a los derechos sociales) en estado de indefensión. De esta forma no sólo la transformación social es imposible sino que la democracia resulta banal: los ciudadanos no tienen ninguna capacidad real para decidir sobre las cuestiones fundamentales. El círculo se cierra y la inviabilidad de la democracia constitucional en los países con rezagos sociales como los latinoamericanos resulta evidente.

### 3. Corolario

Si no existen las precondiciones no existe la ‘democracia constitucional’ pero puede llegar a existir. Sin embargo, si se acepta la realidad como una fatalidad irreversible el modelo ‘democrático constitucional’ está condenado a la inexistencia en los países latinoamericanos, no porque sea *imposible* sino porque es *inviabile* dadas las condiciones sociales y políticas imperantes. Se trata de un impedimento estructural pero superable: el reto es salvaguardar los derechos que otorgan al modelo una vigencia real y no sólo aparente. Un reto enorme, sin duda, pero que debe remontarse para poder sentenciar que los regímenes latinoamericanos han transitado hacia la ‘democracia constitucional’. A lo largo de este trabajo se ha demostrado que esto es teóricamente plausible: el modelo puede surgir de la mano con sus *precondiciones* en un círculo virtuoso en el que éstas den viabilidad al primero y aquél protección a las anteriores.

Recuérdese el caso de España, país que también transitó en la tercera ola y que provoca una admiración justificada en Latinoamérica. A veces se olvida que, más allá de los pactos pala-

---

<sup>71</sup> Cfr. Robinson W., *Capitalist Poliarchy in Latin America*, en Cox, M., J. Ikenberry, T. Inogushi (eds.), *American Democracy Promotion*, Oxford University Press, Oxford, 2000, pp. 308-325; Gills, B., *American Power, Neo-Liberal Economic Globalization and ‘Low Intensity Democracy’: An Unstable Trinity*, op. cit, pp. 326-344.

<sup>72</sup> Sobre estos argumentos, cfr. Stiglitz, J., *El malestar de la globalización*, Taurus, 2002; George, S., *Fermiamo il WTO*, Feltrinelli, 2002.

ciegos y los acuerdos entre las élites políticas, el éxito de la transición de ese país radica en la transformación social que acompañó las primeras décadas de vida democrática. Lo que provoca el encanto no es la celebración puntual de elecciones sino la calidad de vida de los españoles y ésta fue el resultado de acciones políticas concretas: ya en 1980 el gasto social español era el 66% del correspondiente a las cuatro grandes potencias de Europa (UK, Italia, Francia y Alemania) y, en 1994 era del 87%. De hecho, “España fue uno de los pocos países del mundo desarrollado en los que las diferencias sociales no aumentaron durante la década 1985-1995”.<sup>73</sup> Así las cosas, si hoy es posible afirmar que en España existe una ‘democracia constitucional’ es porque los derechos consagrados en la constitución de 1978 tienen vigencia efectiva. Sin duda esto fue favorecido por coyunturas venturosas y privilegios geográficos, pero no puede explicarse sin las decisiones de consenso que respaldaron las acciones.

La apuesta latinoamericana debe apuntar en esa dirección: lo que hace falta no son nuevas constituciones sino dar vigencia a las existentes. Para hacerlo es imperativo sustraer del debate político las acciones tendientes a salvaguardar los derechos que son *precondiciones* de la ‘democracia constitucional’: pactar la transformación social como se pactó la transformación política. Sólo así será posible escapar del espejismo autocomplaciente para reconocer la distancia que nos separa del ideal constitucional y del ideal democrático. Ideales difíciles de alcanzar pero que en su unión inestable y compleja aspiran a garantizar aquella *dignitas hominis* que constituye la estrella polar de la modernidad.

---

<sup>73</sup> Powell, Ch., *España en democracia, 1975-2000*, Plaza Janés, Madrid, 2001, p. 557.