

¿Democracia de derechos? Los aportes constitucionales y convencionales y la necesidad de coordinar derechos y deberes en una moderna democracia

*Adelina Loianno**

Resumen

La democracia moderna parece haber superado su concepción de origen para integrar otros elementos constitutivos, especialmente el respeto de los derechos humanos como objetivo funcional. El derecho internacional de los derechos humanos ha hecho su aporte en tal sentido ampliando derechos, facilitando procedimientos y vinculando los estándares internacionales con una necesaria correlatividad expresa de derechos con deberes; compromiso no siempre expresado con claridad en las constituciones. Se propone indagar si a esta altura es posible hablar de una “democracia de derechos”.

Palabras clave: Democracia Moderna, Coordinación derechos-deberes; Carta Democrática Interamericana, Reforma constitucional argentina de 1994; Convencionalidad y derechos.

* Abogada y Escribana UBA; Especialista y Magíster en Justicia Constitucional y Derechos Humanos, Università di Bologna, Docente de grado y posgrado en Derecho Constitucional y Derechos Humanos, UBA UNLZ - UAI; aloianno@hotmail.com.

Democracy of Rights? Constitutional and Conventional Contributions and the Need to Coordinate Rights and Duties in a Modern Democracy

Abstract

Modern democracy seems to have transcended its original conception to integrate other constituent elements, particularly respect for human rights as a functional goal. International human rights law has contributed in this regard by expanding rights, facilitating procedures, and linking international standards with an essential correlation between rights and duties—a commitment not always clearly expressed in constitutions. This paper aims to explore whether it is now possible to speak of a “democracy of rights”.

Keywords: Modern Democracy, Rights-Duties Coordination, Inter-American Democratic Charter, Argentine Constitutional Reform of 1994, Conventionality and Rights.

1. ¿Qué es la “democracia de derechos”?

Título sugestivo éste de la “democracia de derechos” porque cuando nos referimos a la democracia inmediatamente pensamos en un sistema de gobierno conforme la definición aristotélica y platónica referida solo a la titularidad del poder en cabeza de los ciudadanos. La democracia así descrita conduce a identificarla como una forma de ejercer el poder y justificar su origen popular; pero recién en una segunda lectura se percibe como el espacio donde los derechos no solo se reconocen sino se garantizan a través de la división en el ejercicio de dicho poder. La dinámica del concepto “democracia” ha incorporado sucesivamente otras connotaciones relacionadas con contenidos ideológicos más allá de la forma en que se ejerce la función de gobernar.¹

1. Nohlen, Dieter, *Diccionario de Ciencia Política*, Editorial Porrúa, México, 2006, tomo I, pp. 335-357. Entre otros sentidos del término: democracia delegativa, deliberativa,

En la actualidad el significado se amplía hacia el concepto de una *cultura democrática* o *ius commune* que conduce al reconocimiento de ciertos valores como esenciales en una democracia moderna. Se trata de reglas y principios que, si bien se nutren en las raíces de la ciencia política, imponen el fortalecimiento de las instituciones y la subordinación de la autoridad constituida ya no solo a la Constitución sino a los Tratados internacionales, en especial los relativos a la protección de los derechos humanos.

Los conflictos que desde siempre aquejan a las democracias han sido un desafío permanente al valor intrínseco de este diseño de sociedad fundada en la solidaridad, la participación en la gestión de la *res publica* así como el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Más allá de los matices que cada época imprime al concepto, de algún modo los conflictos son siempre los mismos y lo que cambia es el impacto que les otorga cada contexto.²

Esas dificultades no impidieron el esfuerzo de los Estados americanos por encontrar un punto de encuentro en el cual se pudieran identificar las condiciones esenciales que definen una democracia. El resultado es un documento internacional de enorme valor: la Carta Democrática Interamericana³ como síntesis en la evolución del concepto de democracia que se manifiesta a través de la definición de los elementos y condiciones que la integran desde una perspectiva común a los países de la región. Resulta por ello una herramienta necesaria para la interpretación constitucional bajo el prisma de los valores compartidos por los Estados del sistema. La democracia aparece en la Carta como un principio supranacional de seguimiento obligatorio,⁴ razón por la cual se convierte en instrumento

económica, identitaria, plebiscitaria, popular, proporcional, representativa, social, de asamblea, de base, de concordancia, de negociación, de partidos, etc. También *La Democracia, instituciones, concepto y contexto*, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Cuadernos del Rectorado N° 14, Lima, 2010, p. 71. Ver Carpizo, Jorge, *Concepto de Democracia y sistema de gobierno en América Latina*, UNAM, México, 2007.

2. Amaya, Jorge Alejandro, *Democracia y minoría política*, Astrea, Buenos Aires, 2014, Capítulo II “Visiones de la Democracia”, pp. 43-92.

3. Carta Democrática Interamericana, aprobada en el vigésimo octavo período extraordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA, 11 de septiembre de 2001, Lima, Perú.

4. Morales Antoniazzi, Mariela, *¿La democracia como principio del ius constitutionale commune en América Latina? Construcción, reconstrucción y desafíos actuales para la*

vinculante para todos los Estados y parte integrante del *corpus iuris interamericano*.

La Carta nace en 2001 y, aun con las debilidades propias y las comunes que comparte con otros instrumentos internacionales, se constituye como un mecanismo valioso para la protección colectiva de la democracia en América.

La Carta reafirma expresamente que el fortalecimiento del sistema interamericano y la promoción y protección de los derechos humanos dependen de la preservación de las garantías contenidas en las Constituciones y en los Tratados Internacionales. Pero el respeto de los derechos humanos es solo uno de esos elementos entre otros de igual jerarquía, como el acceso y ejercicio regular del poder, la celebración de elecciones libres, periódicas, justas y basadas en el sufragio universal y secreto, la pluralidad de partidos políticos y organizaciones políticas y la separación e independencia de los poderes públicos (Art. 3 CDI).

En nuestra opinión, la Carta Democrática Interamericana es el documento internacional más destacable para ampliar el concepto clásico de democracia sustentada en la participación del pueblo en el diseño constitucional y el control del poder; con la incorporación de elementos esenciales⁵ y componentes fundamentales⁶ de una democracia auténtica, más allá de las particularidades constitucionales de cada país de la región.

Nos atrevemos así a considerar que esta “democracia de derechos” no es otra cosa que la interseccionalidad entre las asimetrías constitucionales y los estándares internacionales que imponen los tratados y en especial este documento denominado Carta Democrática Interamericana.

justicia constitucional, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, p. 204.

5. “Son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos”; Art. 3 CDI.

6. “Son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa”; Art. 4 CDI.

2. El ingreso de nuevos derechos en la Constitución argentina

Así como referimos que las particularidades constitucionales siguen siendo propias de cada país y que la unificación de estándares en materia de derechos humanos viene sujeta a la incidencia de la fuente internacional no solo de la Carta Democrática sino de cada uno de los Tratados que complementan el sistema de derechos en el ámbito interno; las sucesivas reformas constitucionales han ido aportando en diferentes épocas un acrecentamiento de derechos y sus mecanismos de defensa.

Si nos detenemos en las reformas a la Constitución de la República Argentina, vemos que de ellas solo dos contribuyeron a rediseñar ese sistema de derechos. El texto original de la Constitución fue reformado en pocas oportunidades, siendo solo seis desde la primera redacción en 1853, a saber:

- 1860: fue redefinido el diseño federal, con la incorporación de la provincia de Buenos Aires.
- 1866: la reforma de la Guerra con el Paraguay cuya única finalidad fue reformular el financiamiento de la guerra.
- 1898: de muy leve impacto ya que solo modificó el número de ministerios y la actualización en la integración de la Cámara de Diputados conforme cada censo poblacional.
- 1949: se trató casi de una nueva constitución y fue cuestionada tanto por el procedimiento reformista como por su contenido. Tuvo poca vida ya que en 1956 se dejó sin efecto y fue restituida la Constitución originaria de 1853. Pero puso en evidencia la necesidad de remozar el texto original ante la ausencia de notas del nuevo constitucionalismo social.
- 1957: la reforma por decreto –comentarios aparte sobre la constitucionalidad del procedimiento reformador– que solo introdujo un artículo (14 bis) y un párrafo a las funciones del Congreso. Aun con sus evidentes defectos de diseño, incorporó un valioso paquete de garantías laborales y algunos derechos sociales.
- Omitimos 1972 y 1976 por obvias razones: no puede denominarse constitución a un documento que emana de un gobierno de facto.
- 1994: la reforma consecuencia del Pacto de Olivos, que implicó un cambio de paradigma en materia de controles al poder y especialmente en relación con las garantías de los derechos humanos.

Si ponderamos cuáles de estas pocas reformas han provocado un impacto relevante en relación con los derechos fundamentales, solo pueden rescatarse dos de ellas: 1957 y 1994. En 1957 porque se manifiesta un nuevo constitucionalismo que pone el foco en los derechos sociales e introduce a la República en un diseño renovado y acorde a las necesidades del siglo XX.

Pero es en 1994 cuando se desplaza el orden jerárquico de normas definiendo un nuevo “bloque de constitucionalidad federal” donde no solo algunos documentos internacionales disputan el mismo espacio preferente de la Constitución nacional, sino que la totalidad del derecho doméstico pasa a subordinarse al derecho internacional. Se avanza del dualismo al monismo, internacionalizando el derecho constitucional y –por si esto fuera poco– se ponen en crisis dos conceptos constitucionales esenciales:

A) El alcance de la soberanía, evidentemente reducida en lo relativo a derechos humanos cuando un Estado se compromete internacionalmente a través de la firma de un Tratado que les concierna.

B) El lugar predominante de la Constitución, compartido desde ahora en un mismo plano jerárquico ante el avance de la fuente internacional. En otras palabras, la exigencia de una necesaria coordinación entre la fuente interna y la fuente internacional.

Entendiendo como paradigma un modelo o patrón cuya fortaleza solo decae frente al surgimiento de otro paradigma que lo derrumba o cuestiona, creemos que solo las reformas de 1949/56 y 1994 implicaron realmente un cambio de tal envergadura en la forma de interpretar y aplicar las normas de fuente internacional; que se puede reconocer allí el nacimiento de un nuevo paradigma de equilibrio normativo en materia de derechos fundamentales.

3. Los efectos de la reforma de 1994 en el modelo democrático argentino: ¿*Democracia de derechos*?

Entre las novedades incorporadas a la Constitución con la Reforma de 1994, se destaca un cambio sustancial en el sistema normativo que, sin modificar la concepción de “norma suprema” del artículo 31, estableció taxativamente el orden jerárquico con que deben interpretarse la Constitución, los tratados internacionales y las leyes internas. La coordinación entre normas pertenecientes a la fuente interna y la internacional quedó delineada a partir de ese momento con una precisión ausente en el texto originario, que dejaba un amplio margen a la interpretación judicial.

Esa evidente imprecisión originaria hizo que la interpretación judicial partiera de la literalidad, de modo que el orden normativo se manifestó en escala descendente: Constitución – ley interna – tratados. Este dualismo interpretativo se caracteriza por entender una dinámica de ámbitos separados donde el derecho interno es el que regula la forma y efectos con que se integra la fuente jurídica internacional, que aparece de este modo subordinada al perfil que le imprima el modelo constitucional. En consecuencia, las decisiones judiciales fueron oscilantes, a veces superando el marco rígido del artículo 31 constitucional pero mayoritariamente respetando la ordenación que resulta de la simple lectura de dicha cláusula.⁷

La reforma del 94 desplazó la doctrina dualista que hasta ese momento había primado en la República Argentina provocando un hito tan trascendente en la hermenéutica constitucional que en los hechos ha generado una serie de otras modificaciones tanto en el derecho doméstico como en la jurisprudencia en todas sus instancias, fenómeno que con distintos matices se evidencia en toda la región americana.⁸ El sistema de fuentes quedó reformulado de modo que la supremacía constitucional comparte ahora ese espacio con ciertos tratados de derechos humanos –selección efectuada por el constituyente de 1994– y habilitando a su vez la posibilidad de que otros asuman esa misma jerarquía en el futuro.

Pero tal vez el aporte más original de la Reforma sea la subordinación del resto del derecho infraconstitucional a los tratados internacionales cualquiera sea su contenido y finalidad. El nuevo inciso 22 del artículo 75 (ubicado entre las funciones del Congreso) expresa como regla general que “los tratados y concordatos *tienen jerarquía superior* a las leyes”.

7. Vale analizar la opinión de la Corte Suprema federal a partir del caso “Merck” (fallos 211:162, 1948) hasta “Ekmekdjian c/ Sofovich” (1982) y “Fibraca” (1993), ciclo que se completará en 1994 con “Cafés La Virginia”. En esta sucesión de importantes decisiones puede observarse cómo, ante un panorama tan amplio para la interpretación, la propia CSJN no pudo encontrar un rumbo preciso y se permitió introducir en cada una de estas sentencias criterios muy dispares y –en nuestra opinión– sin demasiada justificación constitucional.

8. Manili, Pablo Luis, *La recepción del derecho internacional de los derechos humanos por el derecho constitucional iberoamericano*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, www.juridicas.unam-mx <https://biblio.juridicas.unam-mx/bjv>

Ese mismo artículo incorpora otras dos pautas interpretativas que resultan claves para evidenciar un acrecentamiento notable de la carta de derechos originaria. Expresa el inciso reformado que los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que han sido o serán jerarquizados “complementan y no derogan la primera parte de la Constitución”. La jerarquía equivalente entre la Constitución y los Tratados de Derechos Humanos seleccionados por el constituyente provoca un ensanchamiento evidente de los derechos fundamentales, incluso ampliando la conceptualización primaria de algunos de ellos: a la igualdad se asocia la no discriminación; a las obligaciones ciudadanas en tiempos de emergencia se condiciona la prohibición de esclavitud; a las responsabilidades estatales se agrega una novedad: la que genera el error judicial; a las garantías constitucionales del debido proceso se agregan algunas ignoradas antes, como el plazo razonable o el derecho a ser oído; entre muchas otras innovaciones.

En ese sentido, la jerarquización de ciertos tratados y la subordinación del derecho doméstico a la totalidad del internacional provocan consecuencias significativas en el diseño de la democracia moderna:

- La jerarquización de ciertos tratados de DDHH, que obligaron a la relectura del derecho interno, incluso de la Constitución.
- La sumisión del derecho nacional al derecho internacional.
- La aceptación formal de la competencia de un tribunal supranacional de DDHH.
- La apertura al concepto de “discriminación” a través de los tratados específicos (Mujer, Racial y Genocidio), la introducción de las acciones positivas y la tutela de las diversidades.

Este despliegue de transformaciones conceptuales, materiales e interpretativas en materia de derechos manifiesta con indudable claridad que el cambio de paradigma radica especialmente en el sistema de derechos preexistente y permite, en nuestra humilde opinión, declamar sin rubor que estamos ante una novedosa democracia que podría denominarse “de derechos” donde la expansión de éstos exige redefinir el alcance de las tutelas que en muchos casos resultan insuficientes o inapropiadas a la naturaleza de estos nuevos derechos.

4. ¿Democracia de derechos sin deberes?

En general el constitucionalismo clásico ha sido esquivo a reconocer deberes, que podríamos denominar *individuales*, en tanto se imponen a las personas en particular. Por el contrario, las declaraciones de derechos y garantías que son características de las primeras constituciones más bien se han dedicado a consolidar la limitación del poder respecto de los gobernados, concepto que integra la esencia del pensamiento constitucionalista democrático y liberal.⁹

Fue a partir de mediados del siglo XX que el constitucionalismo social desarrolló en forma más amplia y expresamente el concepto de *deberes constitucionales*, porque precisamente en el espacio de los derechos sociales es donde se evidencia con mayor claridad la noción de *solidaridad* como *deber u obligación* necesaria para la gestión y eficacia de estos derechos que se identifican con grupos de características comunes y vinculantes (trabajador, familia, niñez, ancianidad).¹⁰

Destaca Onaindia que “la visión humanista de la persona se completa en esta etapa, integrándola a una comunidad, como un sujeto que actúa en una sociedad” y que la terminología en sí misma –derechos sociales– “responde a la concepción del hombre frente a la sociedad”.¹¹ La nueva concepción que introduce el constitucionalismo social desplaza las funciones del Estado hacia comportamientos de participación más activa en la gestión de los derechos mediante las denominadas acciones positivas, así como a través de políticas públicas de promoción y desarrollo de los derechos humanos en general. Es la idea del Estado social de Derecho.

La reforma constitucional de 1994 contribuyó a complementar los deberes constitucionales, con el aporte de los Tratados Internacionales de

9. Para Eduardo Jiménez, la escasa atención del constitucionalismo clásico hacia los deberes individuales tiene su razón en que “los derechos eran considerados como del hombre frente al Estado y las obligaciones, sean del Estado o de los particulares son primariamente indicadas para que el goce de los derechos de todos sea efectivo” (E. Jiménez, *Derecho Constitucional Argentino*, tomo II, Ediar, Buenos Aires, 2000, Cap. XXI, 22.4, p. 526).

10. Jiménez, Eduardo A., *op. cit.*, p. 527.

11. Onaindia, José Miguel, “Los derechos sociales”, en *Constitución de la Nación Argentina*, *op. cit.*, Sabsay, Manili, tomo I, p. 572.

Derechos Humanos, ya que éstos los contienen y regulan explícitamente, con mayor amplitud y más especificidad. La incorporación de *deberes* en Tratados generales y particulares, todos elaborados a partir de la segunda mitad del siglo XX, es un dato que señala el interés de la comunidad internacional en ubicar los derechos fundamentales dentro del marco de obligaciones mutuas que permitan y faciliten el goce y ejercicio de tales derechos en condiciones de igualdad y sin discriminación.

Particularmente significativo por su amplitud conceptual resulta el artículo 32 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

DEBERES DE LAS PERSONAS Artículo 32. Correlación entre Deberes y Derechos 1. Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad. 2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.

La evolución del derecho constitucional desde su versión clásica esencialmente individualista, más tarde con la incorporación de los derechos sociales y recientemente con el reconocimiento de los derechos de incidencia colectiva, exhibe un robustecimiento no solo de derechos sino de responsabilidades y deberes que toda persona tiene para con la familia, la comunidad y con la humanidad. El disfrute de los derechos exige también obligaciones, lo que implica un enfoque acerca de la dignidad humana, donde renovados valores proponen el modo como deben ejercerse los derechos y los límites de la libertad individual en una sociedad pluralista y democrática.

El maestro del derecho procesal argentino y americano Mario Augusto Morello planteaba la concepción del Estado democrático moderno como un “Estado de Justicia” superador del Estado de derecho,¹² donde la perspectiva *derecho-deber* habilite la ampliación de los mecanismos de tutela de modo que la legitimación procesal se expanda a través de mecanismos de participación, búsqueda de consensos y novedosas herramientas de acceso a la Justicia

12. Morello, Augusto Mario, *El Estado de Justicia*, Editorial Platense, La Plata, 2003, donde se expone la tesis de la transición del Estado social de derecho al Estado de justicia, caracterizado por la realización de los derechos humanos.

5. Conclusiones

A treinta años de la última reforma constitucional que esbozó los lineamientos de una democracia moderna; todavía queda mucho camino por recorrer a pesar del tiempo transcurrido. Es indudable que la labor reformadora dio nacimiento a un nuevo paradigma, que implicó superar los límites del constitucionalismo social hacia un Estado moderno más comprometido con los valores superiores del ser humano y sus derechos fundamentales en el marco de la comunidad internacional. Las responsabilidades por las acciones estatales encontraron un nuevo rumbo en los deberes frente a las personas (ahora sujeto de derecho internacional), más allá de las obligaciones entre naciones, como fuera el esquema clásico de la convivencia entre países.

Se constituye un modelo donde sin la participación y auxilio del Estado resultaría difícil e incluso imposible lograr la igualdad de trato y alcanzar el máximo nivel de vida posible en materia de vivienda, salud, educación, medio ambiente y demás derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Ello sin desconocer la permanencia de los derechos civiles y políticos, que fueron las primeras conquistas del ser humano en prevención y resguardo del avance del poder estatal sobre las personas.

El hecho de destacar la importancia y esencialidad del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en esta última y más reciente etapa reformadora permite superar esa idea –luminosa por cierto– del Estado de derecho hacia una forma más proclive a desarrollar las potencialidades humanas bajo el resguardo de obligaciones estatales más claras y concretas, especialmente configuradas a través de una renovada arquitectura constitucional donde surgen mecanismos de control e instituciones destinadas con mejor especificidad a la tutela de los derechos humanos: Defensor del Pueblo, Ministerio Público autónomo, instituciones específicas de control, regulación legislativa de los derechos de las minorías, acciones positivas para superar la discriminación estructural, entre otras.

Pero sin dudas el aporte más significativo y sustancial en esta nueva etapa constitucional ha sido la valorización constitucional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la aceptación de organismos supranacionales con poder de cuestionar y juzgar las conductas estatales desde la perspectiva convencional.

El enriquecimiento de la carta de derechos constitucional es incuestionable y tal vez nos permita empezar a vislumbrar un “Estado de derechos”, aún incipiente y utópico, pero no imposible.

Bibliografía

- Amaya, Jorge Alejandro, *Democracia y minoría política*, Buenos Aires, Astrea, 2014.
- (dir.), *Tratado de Control de Constitucionalidad y Convencionalidad*, Buenos Aires, Astrea, 2018.
- Bazán, Víctor, “Estimulando sinergias: De diálogos jurisdiccionales y control de convencionalidad”, en Ferrer Mac Gregor, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad*, México, Fundap, 2012.
- Bidart Campos, Germán, *Los valores en la Constitución argentina*, Buenos Aires, Ediar, 1999.
- Cayuso, Susana, *Constitución de la Nación Argentina, Claves para el estudio inicial de la Constitución nacional*, Buenos Aires, La Ley, 2007.
- Ferrer Mac Gregor Poissot, Eduardo, *Panorámica del Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, México, Marcial Pons, 2013.
- Gozáini, Osvaldo A, *Tratado de Derecho Procesal Constitucional Latinoamericano*, Buenos Aires, La Ley, 2013.
- Ibarlucía, Emilio A., “¿Existe una Constitución convencionalizada?”, en Revista *La Ley*, tomo 2013-D, agosto de 2013.
- Manili, Pablo L., *El bloque de constitucionalidad. La recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Astrea, 2017.
- Mastromarino, Anna, *Stato e Memoria. Studio de Diritto Comparado*, Studi di Diritto Publico, Milano, Università di Studi di Torino, 2018.
- Morello, Augusto Mario, *El Estado de Justicia*, La Plata, Editorial Platense, 2003.
- Nohlen, Dieter, *Diccionario de Ciencia Política*, México, Editorial Porrúa, 2006, tomo I.
- Recalde, Cecilia, *El desarrollo como derecho humano*, Buenos Aires, Astrea, 2019.
- Sagüés, Néstor P., *Sobre el concepto de constitución viviente* en *Revista Argentina de Derecho Constitucional*, año 1, Nº 1.