

# Derechos y democracia

*Roberto Gargarella\**

## **Resumen**

En este texto, contrasto dos visiones sobre la relación entre derechos y democracia. De acuerdo con la primera, los derechos son “autónomos”: entidades externas a la creación humana (como “planetas”), vinculados con verdades autoevidentes, al decir de John Locke, e independientes del debate público. De acuerdo con la segunda visión, los derechos son el resultado del debate público, producto de la creación humana, y resultado de una historia de conflictos sociales. En el trabajo, examino los orígenes de tales visiones y sus continuidades en el debate constitucional contemporáneo.

Palabras clave: derechos, democracia, deliberación democrática, Locke, Bentham, Dworkin, Ferrajoli.

## **Rights and Democracy**

### **Abstract**

In this text, I contrast two views on the relationship between rights and democracy. According to the first, rights are “autonomous”: entities external to human creation (such as “planets”), linked to self-evident truths, according

\* Abogado, sociólogo (UBA), Máster en Derecho (LLM), Univ. de Chicago. Doctor en Derecho por las universidades de Buenos Aires y Chicago. Posdoctor en el Balliol College, Oxford.

to John Locke, and independent of public debate. According to the second view, rights are the result of public debate, a product of human creation, and the result of a history of social conflicts. In the work, I examine the origins of such views, and their continuities in contemporary constitutional debate.

Keywords: rights, democracy, democratic deliberation, Locke, Bentham, Dworkin, Ferrajoli.

En este breve texto, quisiera contrastar dos visiones sobre la relación entre derechos y democracia. La primera concibe a los derechos como “separados de” la democracia, para sostener –al menos, en principio– que cuestiones tales como el aborto, la eutanasia, o la prensa no deben quedar sujetas a la discusión democrática, sino que deben “retirarse” del debate público, para permanecer resguardadas (y “a salvo” de toda intromisión democrática) a través de los mecanismos del control judicial. La segunda visión, que es la que aquí me interesará defender, implica una aproximación más bien opuesta, que sostiene que los “derechos” son un producto de la democracia y que, como tales, están sujetos a la regulación de la ley, a resultados de procesos políticos, de reflexión colectiva. Examinaremos, de manera resumida, los orígenes de estas dos visiones contrastantes, y luego veremos la continuación de estas posturas en la doctrina contemporánea.

*El “nacimiento” de la tradición: de Locke a la “Declaración de la Independencia” de los Estados Unidos.* La tradición de los “derechos autoevidentes” nació con John Locke.<sup>1</sup> En su *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, publicado en 1689, el pensador inglés hizo referencia a los principios que debían organizar el gobierno civil (Locke, 2016). Locke destacó, en particular, el hecho de que las *personas* nacían “iguales” y dotadas de ciertos “derechos naturales”, inalienables: se trataba de derechos que eran dados

1. En su trabajo, Locke procuraba desafiar el trabajo de otro pensador muy influyente en su época, Robert Filmer, autor del importante libro *Patriarcha* (Filmer, 2021). En dicho escrito, Filmer había defendido una visión “patriarcal” del poder, conforme a la cual el rey estaba autorizado a ejercer sus prerrogativas sin atender a la voluntad de los gobernados: como un padre frente a sus hijos.

por Dios a cada persona. Locke habló entonces de tres derechos fundamentales: el derecho a la vida, a la libertad, y a la propiedad (*estate*). Se trataba, en definitiva, de derechos que permitían entender la misión de todo gobierno civil. Según especificó Locke en esa oportunidad: i) existen ciertos derechos inalienables (vida, libertad, propiedad); ii) el primer deber del gobierno es el de proteger los derechos inalienables de las personas; iii) la autoridad es legítima en la medida en que descansa sobre el consenso de los gobernados; y iv) el pueblo tiene el derecho de resistir y derrocar al gobierno que no respete debidamente sus derechos básicos.

La importancia adquirida por la reflexión lockeana sobre los derechos fue extraordinaria. Y no hay mejor forma de corroborar su notable influencia que prestar atención a Thomas Jefferson, en tanto autor de la “Declaración de la Independencia” norteamericana, es decir, uno de los documentos jurídicos más importantes en la historia de Occidente. Pues bien, sin mayores modificaciones, la breve y fundamental “Declaración” norteamericana, escrita por Jefferson, reproduce casi de modo textual el ideario lockeano sobre los derechos y el gobierno civil (Jefferson era un entusiasta receptor de las ideas de Locke, más allá de que tuviera una reconstrucción “democrática” de aquel ideario, al que conoció mediado por los trabajos del filósofo Burlamaqui). Todo Locke, en efecto, aparece expresado en la “Declaración” norteamericana: la idea de que existen “verdades autoevidentes”; la idea de que los derechos son asignados por Dios a los hombres; la idea de que la misión esencial del gobierno es la de garantizar esos derechos; la idea de que la ciudadanía tiene derecho a rebelarse contra el gobierno cuando el mismo se dirige a destruir, en lugar de honrar, los principios que lo obligan; la idea de que los derechos más salientes son los de la vida, la libertad y la felicidad (aunque, en este último punto, y notablemente, Jefferson sustituye con la noción de “felicidad” la referencia que Locke hacía a la noción de propiedad).

*Bentham y las “falacias anarquistas”*. Con el paso de los años, y frente a la influyente cosmovisión sobre los derechos recién examinada, fue erigiéndose otra, de orientación más bien opuesta, que encuentra fundamento en los trabajos del pensador británico Jeremy Bentham. Bentham elaboró su crítica posición sobre los derechos, por caso, en su texto *Falacias Anarquistas* (escrito entre 1791 y 1795, pero no publicado hasta 1816). En dicha oportunidad, Bentham presentó una severa crítica a la “Declaración de Derechos” elaborada en Francia durante el tiempo de la Revolución. Bentham

entendía que la idea de “derechos naturales” que se utilizaba allí (una idea claramente emparentada con la visión de Locke) resultaba frágil y poco atractiva: ella era susceptible de dar lugar a abusos y excesos impermisibles, como los ocurridos en la fase jacobina de la Revolución (Revolución a la que Bentham apoyaba). Por ello, Bentham se refirió a la noción de derechos allí incorporada hablando de una idea “ambigua”, “sentimental”, de consecuencias “anárquicas”. Se trataba –en la conocida frase de Bentham– de una “tontería” extraordinaria –una verdadera (son sus términos) “tontería en zancos” (Bentham, 2022). Frente a dicha aproximación, Bentham defendió su propia postura, muy contraria a aquella. Según Bentham, debía reconocerse que los derechos eran *creados por la ley*, y que la ley era el producto de la voluntad del soberano. Como sostuvo en su “Teoría sobre la legislación”: “la propiedad y la ley nacen juntos, y mueren juntos también. Antes de que las leyes se crearan no había propiedad: cuando se quitan las leyes, la propiedad se termina”. Por eso mismo, no era cierto (como dijera Locke) que los derechos no podían ser otorgados ni quitados, o que derivaban de Dios. Y por ello también es que no podía hablarse (como lo hacían los revolucionarios franceses) acerca del origen “natural” de los derechos. Los derechos eran el resultado de una creación humana, y por tanto no preexistían al gobierno.

*Los derechos en la doctrina contemporánea.* La doctrina contemporánea sigue plenamente involucrada en la discusión sobre los derechos y sus debates de hoy no se muestran desligados de aquellos primeros debates originarios. Una parte muy significativa de esta doctrina –una parte que incluye a autores inscriptos en lo que podríamos llamar un liberalismo de izquierda o “progresista”– sigue viendo a los derechos, como lo hacía Locke, como vinculados a “verdades autoevidentes”, que “nosotros, el pueblo” no creamos sino, en todo caso, reconocemos o “descubrimos”. Ello, aunque hoy repudien, en lugar de reivindicar, el lenguaje de los derechos “naturales”. Los derechos aparecen, de esta forma, como “planetas” que los principales expertos de nuestra comunidad “localizan” gracias a sus especiales habilidades epistémicas (si se quiere, y para continuar con la metáfora: nuestros científicos “descubren” gracias a sus conocimientos y el uso de sofisticados aparatos técnicos, como grandes telescopios). Como se puede advertir, de este modo los derechos quedan vinculados con procesos completamente ajenos al debate y la decisión democráticos.

Piénsese, por ejemplo, en (el primer) Dworkin, y su famosa distinción entre “principios” (derechos) y “políticas” (Dworkin, 1975). Dworkin

hablaba entonces de dos “esferas” diferentes, con contenidos diferentes, y que hacían un llamado a una clara división del trabajo entre jueces y legisladores: Los primeros (los jueces) debían quedar a cargo de la custodia de los derechos (que era lo realmente importante, los principios fundamentales que debían resguardarse por siempre); mientras que los segundos (los legisladores) debían dedicarse, meramente, a la implementación de políticas (y no, entonces, a la discusión sobre lo más importante, esto es, sobre los principios y derechos).

Piénsese, también, en el trabajo de Luigi Ferrajoli, quien de algún modo extremó la visión de Dworkin.<sup>2</sup> Ferrajoli llama a la “esfera de los derechos” la “esfera de lo indecible”, y pretende describir, a través de dicha noción, todo aquello sobre lo cual la política no puede operar. El razonamiento, en verdad, es todavía más problemático de lo que allí aparece: Ferrajoli, como Zaffaroni, parte de una (injustificada y) muy empobrecida idea de la democracia (muy vinculada con los extraordinarios excesos que indebidamente se le atribuyen, desde los tiempos de la Segunda Guerra Mundial); asume (sin mayor fundamento empírico) la irracionalidad de esas mayorías y aun –si no, sobre todo– su disposición a cometer violaciones masivas y graves de derechos (el genocidio); y ve en los derechos barreras (no democráticas) administradas por jueces, como única salvaguarda posible para las libertades personales. Desde esta visión, luego, puede reconocerse como un escándalo que en Colombia se someta a la consideración popular un Acuerdo de Paz (porque, como dijera en su momento Ferrajoli, “la paz no se plebiscita”, Ferrajoli, 2016); o calificarse como carente de seriedad toda iniciativa que demande discutir “en las calles” sobre las normas penales (Zaffaroni, 2014); o que requiera invalidar judicialmente una discusión política de décadas, referida a cómo lidiar con las peores tragedias del pasado (como lo hiciera, sin mayores miramientos, la Corte Interamericana en el caso “Gelman”, basándose en la idea de que la democracia no debe entrometerse en ciertas cuestiones de derechos).

Contra dicha visión, puede reconocerse una postura contraria (una que encuentra anclaje en los referidos trabajos de Bentham). La idea, en

2. Ferrajoli extremó, pero luego no moderó, como sí lo hiciera Dworkin, años después, y luego de recibir constantes críticas desde el costado más “democrático” del debate. Véase, por ejemplo, Dworkin, 1996, y contrástese con Ferrajoli, 2013, o con Zaffaroni, 1988.

este caso, es que existe una íntima conexión entre derechos y democracia: los derechos son producto de una creación humana, y como tales “nacen y mueren” con la ley. Contemporáneamente, esta visión, aunque –según entiendo– minoritaria, reconoce nobles defensas. Piénsese, por caso, en el más importante libro escrito por el filósofo Carlos Nino, *Ética y derechos humanos* (Nino, 1991). Escribe Nino, en el comienzo de su libro (literalmente, en la primera línea de la página 1 del libro): “Indudablemente, los derechos humanos se encuentran entre las grandes invenciones de nuestra civilización” (Nino, 1991: 1). En otros términos, –y según decía Nino– cuando hablamos de derechos, hablamos sobre todo de un “invento”, esto es, de una creación colectiva. De manera similar, y solo por citar otro ejemplo, puede considerarse el caso de Cass Sunstein, profesor de Harvard y el constitucionalista más citado de nuestro tiempo. Para Sunstein, “los derechos deben entenderse como instrumentos destinados a proteger los intereses humanos más importantes” (Sunstein, 2006: 203). Esta visión (alineada con lo que se conoce como la “teoría del interés” sobre los derechos) también viene a decirnos que los derechos no deben entenderse como “naturales”, “prepolíticos”, o “pregubernamentales”. Por el contrario, cuando hablamos de derechos hablamos de creaciones humanas –finalmente, de meros instrumentos– que diseñamos con el objeto de asegurar protección a las cosas que más nos importan (Scanlon, 1984).

Este tipo de enfoque es el que me interesa defender aquí, que se vincula además con una teoría de la democracia como la que defiendo: la democracia entendida como “conversación entre iguales” (Gargarella, 2022). Desde esta postura, los derechos pueden y merecen ser entendidos como el resultado de nuestra conversación democrática, extendida en el tiempo. Se trata de nuestra reflexión, a la luz de un pasado que (a veces nos enorgullece, pero habitualmente) nos horroriza: la reflexión que surge cuando miramos los horrores y violencias que hemos cometido contra intereses que consideramos fundamentales. Se trata del compromiso que asumimos, colectivamente, y de manera pública, de no volver cometer esos excesos de los que nos avergonzamos. Por ello es que escribimos en nuestra Constitución esos compromisos: de este modo es que proclamamos en público que haremos todo lo posible para defender, de ahora en más, esos intereses fundamentales que tantas veces hemos ofendido. A esos intereses los llamamos derechos constitucionales: son hijos de nuestros peores excesos, fruto de nuestra reflexión democrática, y expresión del compromiso que asumimos frente a

quienes nos rodean y en nombre de las futuras generaciones. Los derechos constitucionales, entonces, no deben ser considerados (nunca más) ajenos al debate democrático, sino fundamental parte y producto del mismo.

## **Bibliografía**

- Abramovich, V.; Curtis, C. (2002), *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta.
- Ackerman, B. (1991), *We the People*, Cambridge, Belknap Press.
- Alexy, R. (2002), *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford, Oxford University Press.
- Bickel, A. (1962), *The Least Dangerous Branch*, New Haven, Yale University Press.
- Dixon, R. (2018), “Constitutional rights as bribes”, en *Connecticut Law Review* 50 (3), 767-818.
- Dworkin, R. (1978), *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press.
- (1985), *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University Press.
- (1996), *Freedom’s Law*, Cambridge, Harvard University Press.
- Ferrajoli, L. (2013), *La democrazia attraverso i diritti*, Laterza.
- (2016), “Entrevista”, en *Semana*, 25-10-2016, <https://www.semana.com/nacion/articulo/jurista-italiano-luigi-ferrajoli-dice-que-plebiscito-no-era-necesario/501096/>
- Fiss, O. (1976), “Groups and the Equal Protection Clause”, en *Philosophy & Public Affairs* 5, 107, 147-170.
- Fossum, J. & Schlesinger, P. (eds.) (2007), *The European Union and the Public Sphere: A Communicative Space in the Making?*, London, Routledge Studies.
- Gargarella, R. (2005), *El derecho a resistir el derecho*, Buenos Aires, Miño y Dávila.
- (2019), *Castigar al prójimo*, Buenos Aires, Siglo XXI.
- (2020), “From “democracy and distrust” to a contextually situated dialogic theory”, en *International Journal of Constitutional Law*, vol. 18, Issue 4, December 2020, pp. 1466-1473, <https://doi.org/10.1093/icon/moaa094>
- Gargarella, R.; Domingo, P.; Roux, T. (2017), *Courts and Social Transformation in New Democracies*, London, Routledge.

- Gargarella R., Filippini L., Cavana, A. (2011), *Recientes reformas constitucionales en América Latina*, Reporte UNDP.
- Glendon, M. A. (1993), *Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse*, New York, Free Press.
- Hampton, J. (1993), "Contract and Consent", en R. Goodin & P. Pettit, *A Companion to Contemporary Political Philosophy*, Oxford, Blackwell.
- Hart, H. (1968), *Punishment and Responsibility*, Oxford, Oxford University Press.
- Murphy, J. (1973), "Marxism and Retribution", en *Philosophy and Public Affairs* 2, 217-243.
- Nino, C. (1991), *The Ethics of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press.
- (2017), *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Astrea.
- Nozick, R. (1973), *Anarchy, State and Utopia*, Cambridge, Harvard University Press.
- Post, R. & Siegel, R. (2007), "Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash", en *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 42: 373.
- Rodríguez-Garavito, C. (2011), "Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America", en *Texas Law Review*, vol. 89, N° 7, 1669-1698.
- Scalia, A. (2005), "Law and Language", en *First Things* 11.
- Scanlon, T. (1984), "Rights, Goals and Fairness", en J. Waldron (ed.), *Theories of Rights*, Oxford, Oxford University Press.
- Uprimny, R.; Rodríguez Garavito, C.; García Villegas, M. (2006), *¿Justicia para todos?* Bogotá, Ed. Norma.
- Waldron, J. (1999), *Law and Disagreement*, Oxford, Oxford University Press.