

## DERECHOS HUMANOS, PATERNALISMO Y DEMOCRACIA

JULIO MONTERO

### I. EL CONFLICTO ENTRE DERECHOS HUMANOS Y DEMOCRACIA

Desde el derrumbe de los regímenes socialistas de Europa del este, la democracia y los derechos humanos se consolidaron como dos fenómenos de dimensiones planetarias. Sin embargo, muchas concepciones políticas han comprendido la relación entre derechos humanos y soberanía popular como una relación de competencia. Por un lado, los defensores de la tradición republicana que se remonta a Rousseau ponen el acento sobre la autoorganización de los ciudadanos, con lo cual los derechos del hombre sólo son obligatorios en la medida en que resultan de tradiciones propias o de un *ethos* compartido<sup>1</sup>. Por el otro, los teóricos liberales, siguiendo la distinción trazada por B. Constant entre la “libertad de los antiguos” y la “libertad de los modernos”, y temiendo que la participación democrática, legitimada sobre los deseos de una omnipresente voluntad general, destruyera todas las libertades personales, postularon la prioridad de los derechos individuales frente al peligro de la tiranía de la mayoría. En ese sentido, en la versión del derecho natural propuesta por J. Locke, ciertas libertades son consideradas como derechos innatos del hombre, es decir, como libertades previas a la constitución del Estado, que, en consecuencia, permanecen “blindadas” frente a la voluntad del legislador político. Por medio de una serie de derechos que garantizan las libertades prepolíticas del individuo y que imponen un límite a la autodeterminación democrática, los teóricos liberales esperan, pues, proteger al individuo y a su forma de vida particular de las intrusiones del Estado.

En la actualidad, J. Rawls ha capturado la preocupación liberal por los derechos individuales y ha restringido la deliberación pública por medio de

<sup>1</sup> HABERMAS, 2000, p. 165.

dos principios de justicia que no quedan supeditados a los resultados del debate democrático. Esto conduce a una escisión de la persona moral en la identidad pública del ciudadano, por un lado, y su identidad privada, determinada por la concepción del bien que sostiene, por el otro. A su vez, el desdoblamiento de estas dos identidades se corresponde con la diferenciación entre dos esferas, de las cuales una queda plasmada en el derecho de participación política y la otra en las “libertades liberales”. Dentro de la misma órbita del liberalismo kantiano se sitúa la concepción de los derechos humanos y de la democracia propuesta por C. S. Nino hace ya casi dos décadas. En esta concepción, los derechos básicos de los ciudadanos son interpretados como derechos morales que tienen una prioridad respecto de la deliberación pública. Dice Nino:

“De este modo no todos los derechos o no todos los aspectos de los derechos están al margen de las decisiones democráticas, aunque, por supuesto, no todos los derechos y todos sus aspectos están sometidos a ellas”<sup>2</sup>.

En su teoría la protección jurídica de la esfera privada adquiere una supremacía que se refleja en la comprensión de los derechos humanos como derechos que permanecen inaccesibles a la autolegislación democrática. En efecto, Nino dice que la democracia podría dar lugar a la formación de una mayoría estable que ignorara los intereses de las minorías, y que para evitar esto deberían apartarse del debate público aquellos derechos básicos que protegen los intereses vitales de los seres humanos<sup>3</sup>. Esto parece consistente con el hecho de que Nino, haciéndose eco de la expresión de R. Dworkin, considere a los derechos subjetivos como “cartas de triunfo” que fijan un límite a la persecución de objetivos colectivos o del bien común. El problema que, de acuerdo con el propio Nino, deben enfrentar las teorías liberales como la de Rawls consiste en que no queda claro qué valor le atribuyen al debate público<sup>4</sup>. Por eso Nino también defendió la superioridad moral de la democracia respecto de las restantes formas de gobierno, atribuyéndole a ésta la doble función de promover la expansión de la moralidad y de servir como su sustituto<sup>5</sup>. En el presente trabajo quiero mostrar que la prioridad que Nino le otorga a los derechos humanos respecto

<sup>2</sup> NINO, 1989, p. 406.

<sup>3</sup> NINO, 1989, p. 391.

<sup>4</sup> NINO, 1997, p. 100.

<sup>5</sup> NINO, 1989, p. 388.

de la deliberación pública conduce a un criterio sustantivo de legitimidad (II) que obliga a los ciudadanos a aceptar esos derechos como una imposición paternalista (III). Esta dificultad para explicar adecuadamente la incorporación de los derechos humanos al edificio del derecho positivo se debe, a su vez, a que Nino los considera como derechos esencialmente morales, soslayando su dimensión jurídica (IV).

## II. LA PRIORIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA JUSTIFICACIÓN DE LA DEMOCRACIA

El “constructivismo epistemológico” defendido por Nino está compuesto por tres tesis básicas:

- I. Existe un orden moral previo a la discusión efectiva.
- II. Los individuos pueden acceder al conocimiento de ese orden moral a través de la reflexión individual.
- III. La discusión pública es el mejor método para acceder al conocimiento de la verdad moral <sup>6</sup>.

Nino explica las tesis I y II diciendo que los principios morales sustantivos pueden inferirse de los presupuestos y reglas procedimentales del discurso moral por medio de argumentos basados en inconsistencias prácticas <sup>7</sup>. De este modo, los principios morales no se constituyen mediante la discusión pública, sino que cada agente puede defender *a priori* ciertas normas a partir de su relación con los presupuestos del discurso moral. En base a estos dos principios Nino formuló una concepción *sustantiva* de la legitimidad política según la cual un orden jurídico está moralmente justificado si cumple dos condiciones, a saber, (i) respetar los derechos humanos sin menoscabarlos por omisión, y (ii) perseguir el bien común de un modo tal que sea compatible con esos derechos. En otros términos, un gobierno es legítimo cuando no lacera el “principio de inviolabilidad de la persona”, es decir, cuando en su persecución del bien común no daña los derechos individuales básicos de los ciudadanos. El problema es que si el respeto por los derechos humanos es suficiente para justificar moralmente un gobierno, se vuelve indiferente cuál sea el origen de las normas jurídicas.

<sup>6</sup> Cp. NINO, 1989, ps. 389-94, 1997, ps. 104-10, 115-33. Mediante la combinación de estas tres tesis, Nino espera diferenciar su teoría tanto del liberalismo kantiano de J. Rawls como del “constructivismo ontológico” de J. Habermas y B. Ackerman.

<sup>7</sup> NINO, 1989, ps. 389-90.

Si un individuo usurpase el poder, pero lo usare para cumplir rigurosamente las exigencias de los principios de moralidad social expuestos, ¿qué se le podría objetar? Al cumplir con las normas jurídicas que el 'dictador' sancionase se estaría satisfaciendo esas exigencias, y al dejar de cumplirlas se las estaría frustrando, por lo que sólo se puede concluir que aquellas normas estarían moralmente justificadas <sup>8</sup>.

Este modelo *sustantivo* de legitimidad, que se aparta de la racionalidad procedimental democrática, permitiría a gobiernos autoritarios eludir el consenso de los ciudadanos y asegurarse la lealtad de la sociedad civil a través de la mera concesión de los derechos propios de la esfera privada <sup>9</sup>. Por eso, Nino debió recurrir a su tesis III para establecer el valor de la democracia. Según esta tesis, la democracia es moralmente superior a las restantes formas de gobierno porque la discusión pública es el método más apto para conocer la "verdad moral".

Este enfoque implica que la democracia tiene valor epistemológico. Es un buen método para alcanzar el conocimiento moral puesto que incluye, como componentes esenciales, tanto la discusión como la conformidad mayoritaria, y de este modo nos lleva más cerca de la verdad moral <sup>10</sup>.

El valor epistemológico que Nino le atribuye a la democracia se debe, por un lado, a que la discusión permite detectar fallas en el conocimiento y en la racionalidad y, por el otro, a que existe una "equivalencia funcional" entre un consenso mayoritario y la imparcialidad. La discusión democrática conduciría, pues, al "descubrimiento" de los principios morales "verdaderos" que serían aceptados por una comunidad de personas en condiciones de racionalidad ideal, y reduciría a un mínimo la posibilidad de cometer "errores morales" <sup>11</sup>. En ese sentido, Nino sostiene que es el debate democrático el que "orienta" a los individuos hacia lo que es moralmente correcto, y que la autonomía moral se ejerce al participar de la discusión pública y al aceptar sus resultados <sup>12</sup>. Sin embargo, si la deliberación colectiva es el

<sup>8</sup> NINO, 1989, ps. 369-70.

<sup>9</sup> Cp. FERRARO, 2000, ps. 261-8.

<sup>10</sup> NINO, 1989, p. 397.

<sup>11</sup> NINO, 1989, p. 396. El hecho de que Nino parta de una noción de "verdad moral" a la que es posible aproximarse gradualmente ha sido duramente criticado por M. FARREL (1986) y por O. GUARIGLIA (1996), ps. 212-14.

<sup>12</sup> NINO, 1997, p. 129.

mejor método para acceder a principios morales como los derechos humanos, éstos quedarían supeditados al entendimiento libre entre ciudadanos y a la formación de la voluntad general, con lo cual una mayoría parlamentaria podría violar los derechos básicos de las minorías. Para evitar esto, Nino distingue (i) los derechos que son una condición necesaria para la existencia misma del procedimiento democrático —el derecho a la vida, a la libertad de expresión, a la libertad de asociación, etc.—, y (ii) todos los derechos restantes, que son simplemente una consecuencia de la deliberación pública. En relación con los derechos enunciados en (ii), Nino dice que la democracia es un método mejor para conocerlos que la reflexión individual, pues obliga a cada ciudadano a reunir el mayor número de adherentes para su causa y a negociar su apoyo, lo cual se aproxima a la imparcialidad <sup>13</sup>. En cambio, en relación con los derechos contenidos en (i), Nino afirma que, por tratarse de derechos derivados de los presupuestos del discurso moral, las posibilidades de los agentes individuales de llegar a conclusiones correctas se maximiza, y que su determinación no puede confiarse al procedimiento democrático sin más <sup>14</sup>. Éste sería el caso de los derechos humanos, que, por lo tanto, tendrían una existencia previa a la deliberación pública y funcionarían como una restricción que la moralidad le impone a la vida política. En ese sentido, Nino piensa que los derechos básicos guardan con la democracia una relación contingente, ya que, aunque la democracia minimizaría la posibilidad de que las autoridades incurran en “desvíos morales”, la validez de los derechos humanos no depende de la deliberación pública <sup>15</sup>. Puesto que las tesis I y II establecen la prioridad incondicionada de los derechos humanos, y la tesis III señala a la democracia como la única forma de gobierno moralmente aceptable, Nino piensa que ha conseguido resguardar los derechos básicos sin menoscabar el valor de la democracia.

### III. EL PATERNALISMO DE LOS DERECHOS HUMANOS

El problema de las concepciones que, como la de Nino, pretenden “blindar” los derechos individuales frente a la discusión pública es que sólo pueden explicar la validez y el origen de estos derechos de manera paternalista. Por cierto, en el contexto del derecho moderno ningún derecho puede ser impuesto a los ciudadanos, sino que éstos tienen que poder comprenderse a sí mismos como sus autores. Ya en Kant y en Rousseau se presenta

<sup>13</sup> NINO, 1989, p. 394.

<sup>14</sup> Cp. NINO, 1989, p. 394.

<sup>15</sup> NINO, 1989, p. 370.

en germen la idea de que el derecho solamente puede ser legítimo cuando los ciudadanos se dan a sí mismos sus propias leyes. Nino tiene razón cuando afirma que los derechos humanos son condiciones de posibilidad del procedimiento democrático, pero, según vemos, debería tener en cuenta que, a la inversa, sólo por medio del debate público se puede lograr una regulación de las libertades individuales susceptibles de consenso. La preocupación por los derechos humanos deriva de la intuición normativa de que los hombres son libres e iguales, pero es esa misma intuición la que convierte a la soberanía popular en el único medio a través del cual puede producirse derecho legítimo. Por esa razón, los derechos humanos no pueden derivarse de una lectura moral de los derechos del hombre, ni puede tampoco ponerse a la autonomía privada por encima de la autonomía pública<sup>16</sup>. Al omitir esta circunstancia, Nino se desliza hacia un paternalismo en el cual los derechos humanos se imponen como un límite externo a la voluntad política de una sociedad privada de su mayoría de edad.

Cuando se trata del reconocimiento de los derechos humanos, la cuestión es de tal importancia moral que difícilmente esté justificada una norma jurídica (...) que negara o retaceara ese reconocimiento, por más que su origen sea legítimo. Ello hace que la atención deba centrarse en determinar cuáles son los derechos humanos que derivan de principios morales válidos, estén o no consagrados en normas jurídicas positivas, ya que, si los derechos que derivan de estas normas no coinciden con aquéllos, se los deberá hacer coincidir por vía interpretativa o se deberá ir más allá de tales normas positivas en tanto se pretenda alcanzar una decisión justificada <sup>17</sup>.

El filósofo y el jurista se presentan en la “concepción epistemológica de la democracia” como los especialistas que construyen e interpretan los derechos que todos tenemos la obligación de aceptar como si se tratara de derechos naturales. Es posible que como personas morales nos convenciéramos de la validez de ciertos derechos en base a su intrínseca relación con los presupuestos del discurso moral. Pero este convencimiento alcanzado por los individuos privados no parece suficiente para garantizar la validez del derecho. El hecho de que una norma no contradiga la moralidad o de que pueda ser justificada desde el punto de vista moral no basta para que se incorpore al edificio del derecho positivo. Para que las leyes sean legítimas

<sup>16</sup> Cp. HABERMAS, 2000, p. 165.

<sup>17</sup> NINO, 1989, p. 24.

parece necesario, pues, que los ciudadanos se vean a sí mismos como colegisladores, ya que, de lo contrario vivirían bajo el paternalismo de un imperio de las leyes impuesto a sujetos jurídicos desprovistos de toda autonomía <sup>18</sup>.

Las dificultades de las concepciones liberales como la de Nino no se relacionan sólo con la pregunta por el origen de esos derechos que pretenden resguardar, sino que se extienden también a las cuestiones de interpretación y aplicación de tales derechos. En efecto, los derechos humanos, como todo derecho jurídico en general, deben ser objeto de una interpretación permanente. En ese sentido, los debates constitucionales relacionados con el aborto o la venta de anticonceptivos en los Estados Unidos, han dado lugar a sentencias opuestas basadas en interpretaciones distintas de los mismos derechos básicos <sup>19</sup>. ¿Y cuál es la fuente de la que tiene que brotar permanentemente esa reinterpretación de los derechos fundamentales? Siguiendo a J. Habermas, pienso que en un mundo en donde el derecho se ha despojado de la pesada carga de las concepciones metafísicas y religiosas del mundo esta tarea hermeneútica solamente puede ser llevada a cabo por ciudadanos libres e iguales a través de la deliberación democrática <sup>20</sup>. ¿Por qué dejar en manos de los jueces decisiones vinculadas al modo en que queremos regular nuestra vida en común y que nosotros mismos podríamos tomar? Lo mismo ocurre con los márgenes de aplicación de los derechos humanos. Así, por ejemplo, después de la Segunda Guerra Mundial, en Estados democráticos como Francia o la República Federal de Alemania, los partidos políticos filonazis fueron declarados ilegales, con lo cual se cercenaron abiertamente los derechos individuales básicos de los ciudadanos que sostenían esas ideas políticas. Lo mismo ha ocurrido recientemente en España con el partido político que representa los intereses del separatismo vasco, el cual ha quedado fuera de la ley. Naturalmente, estas decisiones pueden justificarse jurídica y moralmente alegando que están destinadas a preservar la vida democrática y el Estado de Derecho, pero son los propios ciudadanos los que tienen que tener una plena soberanía sobre estos procesos para que sus resultados sean legítimos. Por cierto, para que los individuos puedan reclamar el “justo valor” de los derechos humanos, tanto su diseño como su modificación tienen que estar a disposición de la formación de su propia voluntad política. Reiteradamente, N. Bobbio ha señalado que los derechos básicos han ido mutando a lo largo de la historia moderna, pues

<sup>18</sup> HABERMAS, 2000, p. 187.

<sup>19</sup> Cp. DWORKIN, 1998, p. 136 ss.

<sup>20</sup> Cp. HABERMAS, 2000, ps. 147-97.

a medida que se ganaron ciertas libertades se presentó la posibilidad de demandar otras. Esta observación de Bobbio no constituye solamente una evidencia histórica sino que, al mismo tiempo, puede enseñarnos algo respecto de la naturaleza de los derechos humanos. Fenómenos tales como la poderosa atención que han suscitado últimamente los derechos económicos, sociales y culturales, instalándose en el centro de la agenda de gobiernos y de organismos internacionales, la creciente igualación entre los sexos, el surgimiento de líneas de argumentación a favor de los derechos de las minorías y de las obligaciones de los países del primer mundo respecto de las naciones menos aventajadas prueban, a mi entender, que el concepto de “derechos humanos” permanece abierto a nuevas interpretaciones que pueden extender sus alcances o fortalecer su valor. Y son los propios sujetos de derecho quienes tienen que transformar la estructura jurídica en la que viven a través de los medios que ofrecen las organizaciones no gubernamentales, la libre formación de la opinión pública en el ámbito de la sociedad civil, los medios masivos de comunicación y el debate parlamentario.

#### IV. EL DOBLE *STATUS* DE LOS DERECHOS HUMANOS

La cuestión del paternalismo de los derechos humanos puede reconducirse, a mi entender, a la cuestión más básica del *status* que se les confiera. En oposición a quienes, como E. Rabossi y más recientemente R. Rorty, interpretan el fenómeno de los derechos humanos como una mera positivización de ciertas intuiciones que una vez transformadas en derecho positivo habrían tornado obsoleto todo intento normativo de fundamentación, Nino piensa que se trata de derechos esencialmente morales <sup>21</sup>. Los derechos humanos son comprendidos, por lo tanto, en sí mismos, como principios morales sustantivos. Nino pretende que la obligatoriedad de la que gozan en el ámbito de la moralidad se proyecte sin sombras ni distorsiones sobre el derecho positivo. Sin embargo, esta perspectiva es, en mi opinión, parcialmente equivocada, pues el hecho de que el derecho deba ser aceptable desde el punto de vista moral no implica que deba supeditarse a la moralidad ni convertirse tampoco en una copia imperfecta de ésta. En el mundo moderno derecho y moral se convirtieron en dos ámbitos claramente diferenciados, cada uno de los cuales dispone de una lógica de legitimación propia. Al menos desde Kant, el derecho está destinado a regular la “libertad externa de las personas” por medio de la utilización de sanciones que dejan libradas al arbitrio del agente las razones por las cuales la norma es

<sup>21</sup> Cp. GUARIGLIA, 2002, ps. 67-68.

obedecida, mientras que las leyes morales, en cambio, no solamente no se sostienen sobre la amenaza de sanción, sino que, además, tienen que ser aceptadas por las “razones correctas”. Por lo tanto, los derechos humanos deben ser considerados en su doble dimensión, a saber, como derechos morales y como derechos jurídicos que los ciudadanos se dan a sí mismos para regular su vida en común y que quedan integrados a una Constitución. Y ninguno de estos aspectos debe ser soslayado. Como normas morales, los derechos humanos reclaman una validez universal que permite desplegar una crítica de las instituciones y de los ordenamientos jurídicos vigentes. Son, en ese sentido, derechos que normativamente les corresponden a todos los seres humanos por el mero hecho de serlo. Pero, como normas jurídicas, sólo pueden ser considerados válidos como resultado del ejercicio de la soberanía popular y de la deliberación democrática <sup>22</sup>.

Cuando los derechos humanos son entendidos, tal y como ocurre en la teoría de Nino, como derechos esencialmente morales que tienen que ser *importados* al derecho positivo atendiendo a razones intrínsecamente morales que los ciudadanos no tienen más remedio que aceptar, el paternalismo se vuelve inevitable. En cambio, cuando estos derechos son comprendidos según su doble dimensión de derechos jurídicos y morales podemos explicar (i) por qué se trata de derechos que *deben* ser respetados por todos los ordenamientos jurídicos positivos, y (ii) por qué su validez como componentes del orden constitucional depende de un consenso democráticamente alcanzado entre ciudadanos libres e iguales. Nino parece querer sustituir la fuente divina propia del derecho sacro y las bases metafísicas del derecho natural racional por un sistema moral que mantenga “atenazado” al derecho positivo según los dictámenes del filósofo o del constituyente. Queda claro ahora que los derechos humanos no guardan con la democracia una relación contingente, sino conceptual, ya que se posibilitan recíprocamente. Por un lado, como piensa Nino, los derechos humanos establecen condiciones mínimas para que los individuos puedan participar del proceso de autolegislación ciudadana. Por el otro, puesto que sin deliberación democrática no puede haber derecho legítimo, los derechos humanos sólo pueden emanar de la práctica del entendimiento intersubjetivo entre los ciudadanos. Cuando los derechos humanos ya no son vistos como “hechos morales” que el legislador debe limitarse a positivizar, sino que se comprende la mutua implicación que existe entre estos derechos y la democracia, la modernidad política queda a un paso de reconciliarse consigo misma.

<sup>22</sup> Cp. HABERMAS, 1999, p. 175.

V. BIBLIOGRAFÍA

- BOBBIO, N., 1993: *Libertad e igualdad*, Fondo de Cultura Económica, México, 1995.
- DWORKIN, R., 1998: *El dominio de la vida*, Ariel, Buenos Aires, 1998.
- FARREL, M., 1986: “La teoría de Nino sobre la democracia”, *Revista de Filosofía y Teoría Política* (Universidad Nacional de La Plata), 26-27, 1986, ps. 24-28.
- FERRARO, A., 2000: “Guariglia y la democracia en América Latina”, en BERTOMEU, VIDIELLA, GAETA (comps.), *Universalismo y multiculturalismo*, Eudeba, Buenos Aires, 2000.
- GUARIGLIA, O., 1996: *Moralidad, ética universalista y sujeto moral*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1996.
- 2002: *Una ética para el siglo XXI. Ética y derechos humanos en un tiempo posmetafísico*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2002.
- HABERMAS, J., 1998: “Reconciliación mediante el uso público de la razón”, en HABERMAS - RAWLS, *Debate sobre el liberalismo político*, Paidós, Barcelona, 1998.
- 1998 (b): *Escritos sobre moralidad y eticidad*, Paidós, Barcelona, 1998.
- 1999: *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, Paidós, Barcelona, 1999.
- 2000: *Facticidad y validez*, Trotta, Valladolid, 2000.
- NINO, C., 1989: *Democracia y derechos humanos*, Astrea, Buenos Aires, 1989.
- 1997: *Constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997.
- RAWLS, J., 1995: *Liberalismo político*, Fondo de Cultura Económica, México, 1995.