



connexions

Estat de dret, democràcia i drets humans

vista prèvia >

Una societat democràtica completa és molt més que la simple plasmació d'unes majories que formulen i apliquen lleis. Per contra, es basa en un complex mecanisme que entrellaça diferents conceptes i pràctiques. Durant els darrers segles, la democràcia s'ha anat consolidant de manera paral·lela a l'Estat de Dret i a l'ideal d'uns drets humans universals. Tots tres principis han esdevingut indestriables: es retroalimenten i es garanteixen mútuament.



Neus Torbisco Casals

Catedràtica de Dret Internacional del Graduate Institute for International Development Studies, Ginebra

@casals_neus

Introducció

Els teòrics del dret i de la democràcia contemporanis coincideixen a entendre que els conceptes d'estat de dret, democràcia i drets humans s'entrellacen i es reforcen mútuament.¹ També l'ONU, el Consell d'Europa i altres organitzacions internacionals han assumit aquesta interconnexió essencial en el desenvolupament de les seves pràctiques i perspectives entorn dels drets humans.² Així, en el context de l'ONU, l'estat de dret es defineix com un sistema de governança en el qual totes les persones, institucions i entitats, públiques i privades, inclòs els funcionaris del propi estat, són iguals davant les lleis, que són adoptades per parlaments democràtics, promulgades públicament i coherents amb els drets humans internacionals. L'estat de dret, per tant, involucra avui tot un seguit d'exigències substantives relacionades tant amb la democràcia com amb els drets humans: separació

de poders, participació dels ciutadans en la presa de decisions, seguretat jurídica, transparència processal i legal, a més de l'adhesió a altres principis, com el de supremacia de la llei, igualtat davant la llei, i equitat en la seva aplicació per part de jutges independents i imparcials. La idea fonamental, convertida pràcticament en clixé, és que sense estat de dret no pot haver-hi democràcia ni drets humans. Aquesta concepció, a més, es considera fonamental per a la pau i la seguretat política internacionals; també per progressar en el desenvolupament econòmic i social globals, que s'expliciten en l'Agenda 2030 i dels Objectius de Desenvolupament Sostenible (ODS).³

Històricament, però, aquests conceptes no han estat necessàriament convergents. El concepte d'estat de dret, de fet, es va desenvolupar com un instrument per restringir el poder de l'estat en contraposició al model absolutista, sense una relació tan directa amb els principis substantius que avui s'associen a l'ideal de democràcia com a sistema polític que pres-

suposa la implicació de la ciutadania en el procés de presa de decisions públiques.⁴ Tampoc el sorgiment de la idea dels drets humans com a «drets naturals» per salvaguardar la dignitat humana i protegir l'individu de la intrusió arbitrària o excessiva del poder de l'estat en les seves llibertats, és equiparable a la concepció i garanties dels drets humans en les democràcies constitucionals contemporànies i en l'ordre internacional actual.⁵

L'estat de dret, en sentit estrictament formal, es refereix al govern mitjançant la llei, és a dir, mitjançant normes jurídiques; per tant, només implicarà —o promourà— la democràcia en la mesura en què s'afegeixi un criteri de legitimitat que atorgui validesa normativa prioritària a la

1 Per una revisió recent de la noció d'estat de dret: GOWDER, *The Rule of Law in the Real World*. Algunes obres que han esdevingut clàssics sobre aquesta controvertida relació: BOBBIO, *El tiempo de los derechos*; FERRAJOLI, *Principia iuris: Teoria del diritto e della la democrazia*.

2 UNITED NATIONS. «What is the rule of law?»; COUNCIL OF EUROPE. «Human rights rule of law».

3 UNITED NATIONS. «Sustainable Development Goals».

4 KRYGIER, Martin. «Rule of Law». A L'Estat espanyol un llibre que ha esdevingut clàssic és el d'Elías Díaz, publicat per primera vegada al 1966 amb grans dificultats. Díaz reivindicava la connexió intrínseca entre estat de dret i democràcia en contra de les visions predominants en contextos dictatorials. DÍAZ, *Estado de derecho y sociedad democrática*. Per entendre millor l'origen històric i la controvèrsia persistent entorn del concepte d'estat de dret val la pena consultar l'entrada a STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY «Rule of Law».

5 CLAPHAM, *Human Rights*; TASIQUILAS, «On the Foundations of Human Rights»; MOYN, *The Last Utopia*. MOYN. *The Last Utopia: Human Rights in History*.

El principi de legalitat, en si mateix, no involucra «necessàriament» el de democràcia

lleï dictada per un parlament elegit lliurement pel poble. Altrament dit, el principi de legalitat, en si mateix, no involucra necessàriament el de democràcia. Per exemple, l'assumpció de poders il·limitats per part de l'executiu, tant *de iure* com *de facto*, constitueix el tret característic dels sistemes dictatorials, malgrat que es governi formalment d'acord a normes jurídiques —típicament decrets— adoptades i promulgades mitjançant un procediment preestablert. D'aquí que quan el poder legislatiu cedeix —fins i tot voluntàriament— la seva facultat a l'executiu, sense limitacions temporals o substantives, aquesta delegació de poders acostuma a interpretar-se negativament. Recentment, hem pogut visualitzar un exemple d'aquest procediment que condueix a la regressió democràtica a Hongria, on el 30 de març del 2020 el Parlament va adoptar un projecte de llei que atorgava plens poders per governar sense l'aprovació del Parlament i per un període indefinit al primer ministre, Viktor Orbán (1963), un fet que l'oposició i diverses organitzacions internacionals han denunciat, amb raó, com a un cop d'estat encobert. Si bé des d'una

perspectiva purament formal, la decisió parlamentària podria emmarcar-se en el principi de legalitat, des d'una perspectiva substantiva, vinculada a l'ideal democràtic, es tracta d'una subversió dels valors subjacents a l'estat democràtic de dret. Un exemple històric tristament cèlebre de la mutació d'un sistema de govern mitjançant l'ús formal de les normes jurídiques existents, l'ofereix el procés de liquidació de la República de Weimar (1918-1945) a partir de l'ascens d'Adolf Hitler (1889-1945) i els nazis al poder. Fins i tot, si les lleis que regien l'Alemanya feixista s'emparaven formalment en la voluntat popular —i en aparença complien criteris mínims de claredat i seguretat jurídica— l'ús, o manipulació arbitrària, del dret per part del govern nazi tenia per objecte desactivar qualsevol control democràtic i promoure un règim totalitari al voltant de la figura del *führer*. Sota el règim nazi, la llei es va convertir en una eina d'odi, és a dir, en l'antítesi de tot el que normalment connota la noció més substantiva de l'estat de dret. En concret, la promulgació de les lleis de Nuremberg van explotar la legislació per impulsar la ideologia nazi. L'obsessió primària era la

puresa racial, i els jueus eren vistos com els pitjors contaminants de la sang ària. En el període de dotze anys de domini, els nazis van fer un gran esforç per fer ús de mitjans legislatius per legitimar les seves polítiques racistes per discriminar i deshumanitzar els jueus. Concretament, es van aprovar al voltant de 2.000 lleis dirigides directament als jueus: des de la prohibició del dret a treballar i guanyar-se la vida, a expropiar-ne la propietat i a expulsar-los del sistema educatiu. Les lliçons que cal aprendre de la capacitat dels nazis de legislar per promoure el mal absolut ressonen al segle XXI, com s'adverteix al final d'aquest assaig.

Estat de dret i democràcia

Per tal d'establir el nexa entre estat de dret i democràcia es fonamental distingir entre els conceptes «*rule of law*» [estat de dret] i «*rule by law*» [govern mitjançant lleis].⁶ Com s'ha indicat, l'estat de dret és un concepte que va més enllà de l'accepció formal primitiva continguda en aquesta

6 TAMANAHA, *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*. RAZ, «The Rule of Law and its Virtue».

Per establir el nexa entre estat de dret i democràcia és fonamental distingir entre els conceptes «*rule of law*» [estat de dret] i «*rule by law*» [govern mitjançant lleis]

darrera expressió, per vincular-se a un conjunt d'elements de caràcter substantiu incorporats en la primera. El més important, sens dubte, és la submissió del poder a la llei, que enllaça amb una noció de democràcia centrada no tan sols en l'origen de la norma jurídica, sinó també en una concepció instrumental del poder, com a delegació de la sobirania resident en «el poble». A més, la noció d'estat de dret també fa referència a la «qualitat» de la regulació: les normes jurídiques han de ser clares, previsibles i no discriminatòries; i han d'aplicar-se de manera consistent i efectiva, amb una sèrie de garanties processals, per part de jutges i tribunals independents i imparcials. La independència judicial exigeix que els jutges i els processos judicials estiguin lliures de pressions, influències externes o manipulacions polítiques, en particular, per part del poder executiu. Per aquest motiu, és especialment important que el nomenament i la promoció dels jutges no es basi en consideracions polítiques o personals, que el sistema de govern judicial sigui plenament independent dels altres poders i es disposi de mecanismes de control. La separació de poders, doncs, també s'associa a l'esmentada concepció substantiva

—democràtica— de l'estat de dret, que ha de garantir tant la supremacia del poder legislatiu —mitjançant mecanismes jurídics que assegurin la jerarquia normativa i la prevalença de la llei— com la limitació i la revisió independent de l'exercici del poder públic —rendició de comptes, o responsabilitat dels qui governen en nom de la ciutadania. Aquest control ha esdevingut fonamental, tenint en compte que els governs no es limiten estrictament a executar allò establert per les lleis emanades pels parlaments —és a dir, a aplicar per mitjà d'actes administratius concrets o reglaments aquells acords previstos amb caràcter general— sinó que exerceixen una funció administrativa dels recursos públics amb un component discrecional molt important. En aquest sentit, les democràcies consolidades es continuen distingint dels totalitarismes per la qualitat dels mecanismes de control i limitacions a l'exercici del poder executiu, per tal d'evitar i corregir-ne els abusos i la corrupció política.

Democràcia i drets humans

Recuperant la qüestió del vincle entre drets humans i democràcia, la consolidació i enfortiment d'aquesta última

com a forma legítima de govern, es justifica no només a partir d'un enfocament estrictament institucional de la creació i aplicació normativa —que no diu res sobre la qualitat de les lleis o els resultats dels processos i procediments d'aplicació normativa— sinó també a partir d'un potent discurs substantiu sobre el seu paper fonamental en la protecció de drets i llibertats fonamentals.⁷ Aquest discurs s'ententeix amb la tradició liberal prevalent en el constitucionalisme democràtic contemporani, fortament arrelat en la filosofia moral de la Il·lustració, que situa a la persona individual al centre, en un discurs instrumental del poder fonamentat en la tradició humanista i en el desenvolupament humà. En aquest sentit, ambdós conceptes, tant el d'estat de dret com el de democràcia, s'entrellacen de manera ineludible amb l'ideal de drets humans que consagren les constitucions modernes i el dret internacional, malgrat l'existència de dissonàncies.⁸ Per tant,

7 DONNELLY, «Human Rights»; DOUZINAS, «The Paradoxes of Human Rights»; DRYZEK, John. «Can There Be a Human Right to an Essentially Contested Concept? The Case of Democracy».

8 Aquestes dissonàncies, i en concret l'impacte de la tradició liberal en la concepció de democràcia i la potencial incompatibilitat amb ideals igualitaristes subjacents als drets humans, s'exposen de manera magistral a MOUFFE, *The Democratic Paradox*.

El principi de no discriminació, que prohibeix un tractament desigual o arbitrari, procedeix indirectament de la concepció substantiva de l'estat de dret

podríem afirmar que sense estat de dret certament no hi democràcia, però sense drets humans tampoc.

Efectivament, pel que fa a l'estat de dret, principis com els de legalitat i no retroactivitat penals —*nullum crimen sine lege* i *nulla poena sine lege*— parteixen d'una concepció mínima de respecte a la llibertat individual, en la mesura que s'imposa la necessitat d'informar amb antelació a les persones de les conseqüències dels seus actes per tal que puguin adequar el seu comportament a les normes jurídiques —o bé, si decideixen desafiar la llei, siguin capaces de preveure'n les sancions. Aquest principi també evita l'arbitrarietat més matussera en l'exercici del poder i limita l'ús de la potestat legislativa per evitar la indefensió de la ciutadania davant la impossibilitat d'ajustar la seva conducta a la llei. D'altra banda, el fet que l'estat de dret requereixi la submissió universal de tota la ciutadania a la llei —incloent-hi els o les representants públics— i la seva aplicació coherent pressuposa, com a mínim, un ideal formal d'igualtat i de no discriminació que ha de materialitzar-se en un tractament igualitari de totes les persones. Implica,

per tant, que tothom hauria de tenir garantida una protecció igual contra la discriminació per raons com ara l'origen ètnic, el color, el sexe, el lloc de naixement, la llengua, la religió, l'opinió política... En definitiva, el principi de no discriminació, que prohibeix un tractament desigual o arbitrari, procedeix indirectament de la concepció substantiva de l'estat de dret. Finalment, l'exigència d'un poder judicial independent és un element que s'associa al dret substantiu a l'accés a la justícia i a un procediment just amb totes les garanties. Pel que fa a la democràcia, fins i tot la concepció més minimalista, que posa l'èmfasi en el dret a la participació política i els procediments electorals, pressuposa necessàriament drets i llibertats individuals com ara el dret al vot i a la pròpia igualtat formal entre la ciutadania. També la idea de responsabilitat en l'exercici del govern i de la funció pública —*accountability*, o rendició de comptes— implica que el poder, quan és democràtic, s'ha d'exercir amb la finalitat de promoure els interessos i necessitats del poble, i un d'aquests interessos fonamentals és precisament el respecte pels drets i llibertats individuals. En una concepció

més densa de democràcia, associada a l'ideal republicà i a concepcions feministes i multiculturals basades en l'igualitarisme, el rol d'aquests drets esdevé encara més central en tant que es basa en una idea robusta de la societat civil i d'igual inclusió en la comunitat política de grups identitaris diferenciats. Aquesta aspiració exigeix establir mecanismes efectius de protecció de les minories i altres grups vulnerables. La igualtat aquí no es redueix tan sols a un criteri de no discriminació, sinó que esdevé un objectiu social que requereix cercar vies per assegurar la igualtat substantiva, és a dir, de resultat. Assolir aquest objectiu pot exigir l'adopció d'un model de ciutadania diferenciada,⁹ que pot implicar assumir el pluralisme jurídic com a requisit per promoure la igualtat no només entre individus, sinó, també, entre grups. Per exemple, mecanismes com l'acció afirmativa, o bé l'anomenada «política del reconeixement», en expressió de l'influent filòsof canadenc Charles Taylor (1931),¹⁰ tenen

9 YOUNG, *Justice and the Politics of Difference*; KYMLICKA, *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*; TORBISCO CASALS, «La institucionalització de la diferència: algunes notes sobre desigualtat estructural y democràcia».

10 TAYLOR, «The politics of Recognition»; YOUNG,

La «política del reconeixement» té per objectiu desmantellar sistemes de desigualtat estructurals en l'accés a béns públics «rule of law» i en la representació de la pròpia identitat cultural

per objectiu desmantellar sistemes de desigualtat estructurals en l'accés a béns públics i en la representació de la pròpia identitat cultural, i redreçar els desavantatges o l'opressió que històricament pateixen algunes persones pel fet de pertànyer a grups minoritzats, marginats o vulnerables —per raons d'origen, ètniques, culturals, de gènere...

En resum, els conceptes d'estat de dret i de democràcia s'han desenvolupat a partir d'un vincle estret amb la idea de drets humans, de manera que avui s'entenen com a conceptes entrelaçats. Segons aquesta visió, la legitimitat del dret en un estat democràtic requereix un cert grau de justícia formal i material; és a dir, no només fa referència als processos formals de creació normativa, sinó al contingut d'allò que les normes prohibeixen, permeten o obliguen a fer als seus destinataris. Sense drets humans, tant l'estat de dret com la democràcia esdevenen merament «nominals»; i a la inversa: la protecció i la promoció dels drets humans només pot realitzar-se plenament en contextos de respecte per l'estat de dret i la democràcia. D'aquí que les constitu-

cions democràtiques modernes hagin incorporat els drets humans com a drets fonamentals d'aplicació directe —i no només com a principis morals— que atorguen legitimitat i validesa a la resta de normes jurídiques, i també a l'estat democràtic.

Certament, no podem ignorar que continua havent-hi estats que basen el seu reconeixement com a règims democràtics simplement en l'existència d'eleccions periòdiques —democràcies formals o procedimentals— però la majoria de democràcies avui es defineixen sobre ideals o aspiracions ètiques i polítiques, com el respecte als drets humans i a la igualtat socio-econòmica i d'oportunitats dels individus. És a dir, s'entén que el sistema polític democràtic es legitima en la mesura en què es promouen i s'assoleixen aquests objectius o ideals. En aquesta línia, a partir del període posterior a la Segona Guerra Mundial, el dret internacional dels drets humans (DIDH) s'ha anat consolidant com a fonament de legitimitat essencial de l'ordre jurídic domèstic. En opinió del jurista italià Luigi Ferrajoli (1940), aquest factor accentua la interdependència entre democràcia i drets humans, a l'imposar un nou paradigma de legiti-

mitat.¹¹ Gestat a partir de la Declaració Universal dels Drets Humans i els posteriors Pactes del 1966, suposant la gènesi de la transformació d'un sistema internacional construït sobre la base de relacions bilaterals entre estats sobirans en un veritable ordre jurídic global emergent. La sobirania estatal, en definitiva, s'ha anat debilitant davant l'universalisme dels drets humans. Malgrat la manca de garanties institucionals de compliment prou robustes, el DIDH ha transformat el concepte de legitimitat democràtica i el significat del constitucionalisme.

El DIDH, com a ordenament supranacional que imposa obligacions als estats a través de convencions universals i regionals, estableix restriccions significatives a la sobirania nacional, que ha deixat d'esser un escut per afavorir la impunitat. En aquest sentit, cal fer esment de l'article 27 de la Convenció de Viena sobre el Dret dels Tractats, on s'estipula que els estats no poden

¹¹ Ferrajoli ha desenvolupat en molts dels seus escrits fonamentals aquesta relació interdependent per contingut a la pràctica política. Veure FERRAJOLI, «Sobre la definició de 'democràcia'. Una discusión con Michelangelo Bovero»; FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*; FERRAJOLI, *El fundamento de los derechos fundamentales*.

«Polity and Group Difference: A Critique of the Ideal of Universal Citizenship».

Malgrat la manca de garanties institucionals de compliment prou robustes, el DIDH ha transformat el concepte de legitimitat democràtica i el significat del constitucionalisme

apel·lar a la legislació interna per no complir les seves obligacions convencionals. El principi *pacta sunt servanda* [els acords s'han de complir] és la manera en què el dret internacional expressa el principi de legalitat, i avui també s'assumeix que el dret internacional consuetudinari o convencional és aplicable en els ordenaments jurídics interns com a tret distintiu de legitimitat dels estats. Pel que fa al contingut jurídic específic del DIDH, en aquestes primeres dècades del segle XXI s'ha produït una important expansió en molts àmbits: crisi climàtica, desenvolupament global, responsabilitat corporativa, i també en el context dels drets de les minories i pobles indígenes. Hi ha diferències de detall que no poden abordar-se en aquest espai limitat, però cal remarcar la tendència a ampliar l'abast de les obligacions positives de protecció legal —i no només negatives, de no interferència— per tal que els estats garanteixin de forma efectiva aquests drets. Això s'aplica sobretot als drets civils i polítics, però també a altres categories de drets, com els socials i culturals, els de les minories i els dels pobles indígenes, que han adquirit especial rellevància en

l'actual context d'auge del populisme reaccionari, regressió democràtica i emergència climàtica.

Així mateix, l'anomenat «efecte horitzontal» dels drets humans, per remarcar la vinculació a particulars i al sector privat en general, s'ha anat reforçant fins a esdevenir un dels aspectes centrals de l'evolució d'aquests drets. Pel que fa al control, els processos de globalització i la creixent interdependència han afavorit el clima per a la configuració de mecanismes jurisdiccionals i semijurisdiccionals de revisió cada cop més sofisticats, especialment en els contextos regionals, per tal que els estats afrontin el compromís de retre comptes per les violacions de drets humans. La influència de les resolucions del Comitè de Drets Humans de l'ONU i el TEDH en les jurisdiccions domèstiques dels estats democràtics és ben il·lustrativa.

Tensions entre principis

Tanmateix, més enllà d'aquesta lectura integradora on els drets humans formen part substantivament de l'essència mateixa de la democràcia, no podem ignorar l'existència de punts

de tensió que afavoreixen perspectives antagòniques que entenen que la proliferació i enfortiment d'aquests drets implica la subordinació de la democràcia. En general, aquestes perspectives tenen el seu origen en diferents maneres d'interpretar els conceptes clau —drets i democràcia— en tant que conceptes essencialment controvertits,¹² articulats de manera diversa per diferents filosofies polítiques. Si bé pràcticament tots els demòcrates assumeixen la necessitat de reconèixer els drets civils i polítics bàsics —en tant que fan possible la pròpia democràcia— les divergències són notables pel que fa l'abast d'aquests drets i al reconeixement d'altres que transcendeixen aquella categoria —drets socials i culturals, o drets de les minories, per exemple. Per aquesta raó, aprofundir mínimament en les filosofies polítiques subjacents a aquestes visions és necessari per exposar la complexitat de la relació entre democràcia i drets humans.

Un problema central que explica aquesta complexitat és el perill potencial que la democràcia condueixi

¹² WALDRON, «Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues».

Si bé pràcticament tots els demòcrates assumeixen la necessitat de reconèixer els drets civils i polítics bàsics, les divergències són notables pel que fa l'abast d'aquests drets i al reconeixement d'altres que transcendeixen aquella categoria

a la «tirania de la majoria». Ja Alexis de Tocqueville (1805-1859), al seu icònic llibre *Democracy in America*, una de les obres més influents sobre la democràcia als EUA, va reflexionar sobre el perill del fet que l'opinió pública s'erigís en una força totpoderosa per autoritzar la majoria a oprimir o tiranitzar minories impopulars i marginals.¹³ Per contrarestar aquest risc de populisme sense restriccions s'han proposat diverses solucions institucionals, com ara l'establiment de regles de supermajoria per prendre determinades decisions. No obstant això, la idea inherent als drets humans com a drets irrenunciables i inviolables, que imposen una limitació a la voluntat popular majoritària i permeten protegir els drets individuals —que no poden ser transgredits per decisions arbitràries de la majoria dominant— s'ha consolidat en contextos democràtics com el millor instrument per maximitzar els ideals de justícia inherents a la tradició liberal. D'aquí que, com s'ha esmentat, aquests drets hagin estat incorporats a les constitucions liberals en tant que normes jurídiques vinculants pel legislador.

13 DE TOCQUEVILLE, *La Democracia en América*.

Tanmateix, la consolidació d'aquest paradigma no implica l'existència d'un acord entre les diferents corrents dins del liberalisme que defensen visions enfrontades sobre la relativa prioritat d'una o altra categoria de drets. Així, el liberalisme d'ascendència llibertariana prioritza els drets civils i polítics per sobre dels drets socials, econòmics i culturals, i tendeix a concebre l'estat de manera minimalista, com a instrument de garantia de la propietat privada i les llibertats individuals bàsiques. Aquest model s'erigeix sobre una ètica basada en l'individualisme que desconfia d'estructures institucionals col·lectives, incloent-hi l'estat, que considera un mal menor i al qual s'imposa un deure general de no interferència en el desenvolupament social i en l'autonomia de la ciutadania.

Òbviament, aquesta concepció no és neutral. Privilegiar les llibertats individuals per sobre d'altres drets implica acceptar la desigualtat social que inevitablement es produirà. Des d'un punt de vista llibertarià, si bé aquest resultat pot ser lamentable, no pot categoritzar-se com a «injust», donat que és producte de la

lliure elecció individual —del «dret a perseguir els propis fins» en l'expressió de Robert Nozick (1938-2002), un dels filòsofs que més eloqüentment ha articulat aquest model.¹⁴ Tanmateix, tenint en compte la influència de diferents circumstàncies, moltes no elegides, en les nostres eleccions, l'argument llibertarià resulta insatisfactori des del vessant més igualitarista del liberalisme polític.¹⁵ Les pròpies capacitats individuals generalment no són elegides, com sovint no ho és la situació socio-econòmica de cada persona, generalment heretada, ni factors arbitraris com la bona o mala sort. Tots aquests elements configuren el rerefons de les eleccions individuals, i en redueixen o amplifiquen les possibilitats i la capacitat de desenvolupament de la pròpia autonomia.

Per aquesta raó, la idea de deixar els béns i les necessitats bàsiques al mercat no convenç els liberals que

14 NOZICK, *Anarchy, State and Utopia*.

15 L'igualitarisme, com a corrent filosòfic, ha estat defensat des de perspectives ben diferents, i definit també en base a models o doctrines molt variades, des del marxisme fins als defensors actuals de la renda bàsica universal. Pot trobar-se un resum d'aquests corrents a: STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY.

En la mesura que entenguem que sense salut, educació o habitatge no hi ha llibertat, l'accés a aquests béns podrà considerar-se fonamental

consideren que llibertat i igualtat són valors que han de ponderar-se, i que l'estat ha de fer de contrapès al mercat mitjançant polítiques públiques, com a mínim per compensar la mala sort en els esquemes distributius inicials i evitar situacions extremes de vulnerabilitat que converteixen la pròpia idea de llibertat en un sense sentit. Els drets socials, econòmics i culturals es justifiquen en el marc d'aquest raonament, ancorat en un concepte més substancial de llibertat que pren seriosament la idea d'autonomia individual. La filosofia política de John Rawls (1921-2002), per exemple, s'acostaria a aquest paradigma. A *Theory of justice*, per molts l'obra més influent de la filosofia política del segle XX, Rawls defensa un model de liberalisme que legitima la imposició de límits als mercats i una redistribució de la riquesa per tal d'assolir una igualtat d'oportunitats real.¹⁶ Per Rawls, la desigualtat socio-econòmica, que considera un resultat inevitable en el seu model de justícia política, és justificable només si serveix per millorar la situació dels més desfavorits. Malgrat que

16 KYMLICKA, *Contemporary Political Philosophy. An Introduction*.

aquest model continua privilegiant els drets civils i polítics, també permet justificar la categoria dels drets econòmics, socials i culturals (DESC) com a drets humans fonamentals per al desenvolupament integral de la llibertat. Així, per exemple, en la mesura que entenguem que sense salut, educació o habitatge no hi ha llibertat, l'accés a aquests béns podrà considerar-se fonamental. En aquest sentit, aquest model permet justificar els DESC com a drets bàsics dels quals es desprenen obligacions positives per als estats per tal de garantir-los.

El model liberal d'inspiració *ralwsiana* ha estat criticat des de filosofies comunitaristes, incloent-hi els sectors més afins a la tradició republicana, que posen l'accent en la rellevància dels grups socials i culturals on s'integren els individus, i en el valor d'aquests grups a l'hora de configurar una comunitat política. Així, filòsofs de la talla de Charles Taylor o Michael Sandel (1953) mantenen que la moralitat política liberal és incapaç de donar compte del fenomen de la lleialtat en els grups i de la voluntat de reafirmació cultural. Segons aquesta posició, això es deu,

fonamentalment, al fet que el liberalisme no atribueix un valor intrínsec a la pertinença de l'ésser humà a comunitats culturals o històriques concretes ni tampoc a la influència determinant d'aquesta pertinença en la conformació de la identitat personal. En contraposició, el comunitarisme insisteix que l'individualisme abstracte de la teoria liberal, el seu «atomisme» exacerbada, està basat en una concepció del «jo» prèvia a qualsevol experiència en comunitat, sense vincles socials, que no capta la realitat de l'experiència humana. Així, per a Sandel, imaginar un «jo» moral constituït independentment de les seves finalitats i valors no és concebre un agent idealment lliure i racional sinó «una persona sense caràcter, sense profunditat moral».¹⁷ A pesar d'aquesta simplificació d'idees molt més complexes per motius d'espai, és fàcil advertir com, des d'aquesta posició filosòfica, els drets culturals i els drets que incorporen una dimensió col·lectiva fonamental, com ara el dret a l'autodetermina-

17 SANDEL, *Liberalism and the Limits of Justice*. He analitzat aquesta visió i les seves implicacions per la defensa d'una teoria dels drets humans dels grups a TORBISCO CASALS, *Group Rights as Human Rights. A Liberal Approach of Multiculturalism*.

Pel republicanisme, a diferència del liberalisme, la llibertat no s'entén simplement com a no-interferència, sinó com a no-dominació, entre individus com entre grups

ció dels pobles, els drets culturals i lingüístics... troben un fonament més clar per a ser considerats com a drets humans amb la mateixa prioritat que les altres categories de drets fonamentades.

Pel que fa al republicanisme, a diferència del liberalisme, la llibertat no s'entén simplement com a no-interferència, sinó com a no-dominació, tant entre individus com entre grups. Com exposa Pettit (1945),¹⁸ la llibertat republicana no consisteix només a fer front a interferències externes que ens impedeixen desenvolupar-nos, sinó també a aquells factors que poden provenir de la debilitat del nostre estatus o posició en el món, que moltes vegades s'associa a la pertinença a grups vulnerables o en desavantatge, com és el cas del gènere. En la tradició republicana, la funció dels drets humans està també relacionada amb el foment de les virtuts públiques i amb l'empoderament dels individus com a participants en una comunitat cívica de persones lliures i iguals. La democràcia, en aquesta concepció, no exigeix només

el respecte de la igualtat formal —la igualtat dels individus davant la llei associada al principi de no discriminació— sinó que requereix un grau important d'igualtat substancial sense el qual la llibertat republicana —associada a la participació i compromís en la construcció d'una comunitat política orientada a assolir el bé comú— perd tot el sentit.

Per últim, també les perspectives feministes i multiculturalistes de la justícia política coincideixen en la crítica a l'individualisme preeminent en la tradició liberal, que es tradueix, com hem vist, en la preponderància de les llibertats econòmiques i dels drets civils i polítics. Malgrat les diferències notables entre aquestes teories, que requeririen molt més espai per poder abordar-les rigorosament, ambdues denuncien el biaix en favor dels valors culturals occidentals dominants.¹⁹ Aquest desafiament comú al model liberal de drets esdevé, en el fons, una crítica a la incompatibilitat entre democràcia —en la concepció substantiva esmentada— i les desigualtats estructurals, que afavo-

reixen la subordinació sistèmica de grups o minories vulnerables; també, com a conseqüència, a la necessitat de garantir drets específics a les minories i a grups històricament desavantatjats per tal de reintegrar els seus integrants com a membres de ple dret a la comunitat política. L'evolució recent del dret i la jurisprudència internacionals dels drets humans ha començat a incorporar aquesta visió, com ho certifica, especialment, l'enorme esforç al llarg de les primeres dues dècades del segle XXI per desenvolupar els drets de les dones, de les minories racialitzades i dels pobles indígenes en el marc de l'ONU.²⁰

Desigualtat estructural i democràcia

La desigualtat estructural que denuncien les teories feministes i multiculturalistes esmentades no només és difícilment compatible amb els valors subjacents al liberalisme, sinó que, al meu entendre, constitueix un impediment per a la consolda-

18 PETTIT, *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*.

19 KYMLICKA, *Multicultural Citizenship. A Liberal Theory of Minority Rights*.

20 TORBISCO CASALS, «Derechos indígenas: reconocimiento y desafíos para la democracia constitucional y los derechos humanos».

Les desigualtats estructurals determinen involuntàriament l'estatus social de les persones sobre la base de la seva pertinença a un grup

ció de la democràcia. Aquesta idea, però, resulta controvertida entre els defensors d'una idea populista o llibertariana de la democràcia, ambdues vinculades a una concepció minimalista de drets humans que exclou el reconeixement de drets a les minories. Per tal d'aclarir-la, és important aprofundir una mica en el concepte de desigualtat estructural o sistèmica, i les seves diferències amb altres tipus de desigualtat.

Com confirmen diversos indicadors,²¹ dones, indígenes, parlants de llengües minoritàries, persones racialitzades, integrants de minories ètniques o religioses i altres grups pateixen a tot el món múltiples formes d'exclusió social en diversos dominis existencials que revelen la persistència d'aquest fenomen. Com exposa eloqüentment la teòrica política nord-americana Iris M. Young (1949-2006), les desigualtats estructurals determinen involuntàriament l'estatus social de les persones sobre la base de la seva pertinença a un grup, limitant les

opcions d'uns més que les d'altres, que per tant gaudeixen d'una posició de privilegi.²² En gran mesura, aquest fenomen és degut a la configuració històrica d'institucions, pràctiques i polítiques socials que es reforcen mútuament, reproduint la rellevància de distincions injustes entre categories de persones. Per tant, no es tracta merament que les dones, les minories nacionals o els pobles indígenes que han estat objecte d'un mal tracte per part de majories més poderoses hagin de ser compensats pels danys infligits. El problema és, sobretot, que els efectes d'aquesta discriminació històrica són persistents, a més d'exercir una influència decisiva en institucions i pràctiques socials, fins i tot si els procediments i normes que formalment els regulen ja no confereixen rellevància explícita a identitats en molts casos involuntàriament adquirides —néixer dona o negre o ser homosexual.

Per exemple, encara que formalment l'estructura del principi de no discriminació sol assumir un model de neutralitat davant la diferència,

l'hegemonia cultural i les pràctiques establertes determinen poderosament a quines capacitats són més valuoses, o qui participa en l'espai públic i en els processos d'elaboració de les lleis. Com subratlla el jurista estatunidenc Owen Fiss (1938), les teories de la justícia correctiva prenen en compte la història com una raó normativa per compensar; en canvi, des d'una perspectiva estructuralista, la rellevància de l'història de discriminació envers certs grups resideix, principalment, en el fet que proporciona una explicació sobre les dinàmiques causals que han produït, com a resultat, estructures polítiques i socials desiguals que han de transformar-se o bé desmantellar-se completament.²³ L'expressió «estructura social» es refereix a un conjunt complex d'elements —des d'institucions jurídiques, sistemes d'ocupació laboral i de distribució de la propietat fins a l'organització de la família i la sexualitat, les relacions de mercat i la divisió de la feina— en el qual els individus ens trobem situats en una posició concreta. Aquesta posició ens condiciona enormement l'autopercepció i les maneres d'operar en el

21 UNITED NATIONS, «Special Rapporteur on minority issues»; UNITED NATIONS, «The world for women and girls».

22 YOUNG, «Equality of Whom? Social Groups and Judgments of Injustice».

23 FISS, «Groups and the Equal Protection Clause».

La millor manera d'interpretar la igualtat en societats diverses marcades per la divisió entre majories i minories culturals és adoptar mecanismes específics d'igualació de grups

món social. També les interaccions entre subjectes situats en posicions diverses en les estructures socials. Tot això passa, no perquè les estructures existents siguin entitats estàtiques immunes a l'acció dels agents socials, sinó perquè aquests normalment actuen des de posicions constituïdes relacionalment d'acord amb regles i expectatives incorporades en estructures preexistents. Actuant d'aquesta manera, es reproduïxen de forma recurrent sistemes socials, i també pautes d'opressió i dominació.

Sovint se sosté que, en la mesura que els processos de presa de decisions col·lectives respectin la igualtat formal d'oportunitats —absència de discriminació manifesta sobre la base de factors no elegits, com el sexe o la racialització—, no pot predicar-se cap vulneració del principi democràtic. Des d'aquesta òptica, la democràcia es defineix primordialment com l'agregació de preferències a través del vot, i pot —correctament— institucionalitzar-se de manera que ignori les diferències entre grups socials. Certament, la noció d'igualtat d'oportunitats és una forma de mesurar la legitimitat

democràtica menys controvertida. Tanmateix, la desigualtat estructural debilita la democràcia fins al punt d'amenaçar els seus pilars normatius fonamentals. Tal com s'ha indicat, aquesta noció no és reduïble a desavantatges transitoris i fortuïts, que podrien ser producte de la mala sort o de decisions individuals desencertades. Al contrari, es tracta de desigualtats institucionalment arrelades, profundament imbuïdes en normes, símbols culturals i processos de decisió, de manera que els agents individuals —incloent-hi, de vegades, els propis membres de grups oprimits— contribueixen a reforçar i perpetuar pautes existents de desavantatge, sovint de forma no intencionada. D'aquesta manera, es creen i reproduïxen diferents estatus relacionats amb la pertinença grupal que condueixen a relacions de subordinació.

La interpretació individualista del dret a la no discriminació fa difícil invalidar actes estatals aparentment no discriminatoris, com ara lleis formalment neutres, per exemple, adoptades per la majoria culturalment dominant i que sense emparar explícitament la discriminació de

certes identitats tenen un clar efecte de subordinació de certs grups minoritaris. Per això, la millor manera d'interpretar la igualtat en societats diverses marcades per la divisió entre majories i minories culturals és adoptar mecanismes específics d'igualació de grups —representació específica en les institucions majoritàries, polítiques del reconeixement, discriminació positiva, devolució de poders històricament usurpats, suport a formes de sobirania compartida o d'autodeterminació interna— que puguin forçar la correcció de la dominació de la majoria i permetre el lliure desenvolupament dels grups o cultures minoritàries en situació de dominació.²⁴

Cal remarcar que les jerarquies d'estatus no es poden reduir a disparitats econòmiques, on les posicions socials estan primordialment lligades a l'estructura econòmica, generant col·lectius de classe definits per una relació concreta amb els mitjans de producció o amb el mercat. Com explica la filòsofa Nancy Fraser

24 TORBISCO CASALS, «Derechos indígenas: reconocimiento y desafíos para la democracia constitucional y los derechos humanos».

Les jerarquies d'estatus estan arrelades en patrons socials de representació, interpretació i comunicació, que inclouen la dominació cultural, l'absència de reconeixement que condueix a la invisibilitat, o bé la falta de respecte

(1947),²⁵ les jerarquies d'estatus estan arrelades en patrons socials de representació, interpretació i comunicació, que inclouen la dominació cultural, l'absència de reconeixement que condueix a la invisibilitat o bé la falta de respecte —mostrada, per exemple, a través d'estereotips denigrants transmesos en l'esfera pública. Ras i curt, hi ha jerarquies d'estatus en totes les democràcies occidentals que suggereixen que és millor ser cristià que musulmà, blanc que negre, heterosexual que homosexual, home que dona... Aquestes concepcions basades en prejudicis infundats s'estratifiquen a la societat i a les institucions, degradant i estigmatitzant els posseïdors d'identitats devaluades. Òbviament, alguns grups pateixen ambdós tipus de vulnerabilitat, econòmica i d'estatus —com ara els pobles indígenes i les dones— però aquest no és sempre el cas. Així, per exemple, els homes homosexuals en societats occidentals gaudeixen de nivells d'educació i ingressos similars als dels heterosexuals, però solen patir formes degradants d'homofòbia i discriminació. Així mateix, la majoria de dones, fins i tot les

que gaudeixen de nivells de riquesa i educació semblants o superiors als dels homes, es troben limitades per les expectatives i funcions socials associades al gènere femení. Per aquesta raó, les jerarquies d'estatus no poden ser superades només per mitjà de la reestructuració econòmica a través de mesures com la redistribució de riquesa.

En definitiva, el punt important és que en la mesura que la desigualtat estructural provoca l'exclusió o alienació dels grups marginats de l'exercici real de poder, impeding-los exercir influència en la configuració de les normes jurídiques que els vinculen, aquest fenomen és incompatible amb la idea clau d'autogovern associada a la democràcia i a l'estat de dret. Per això, els membres de minories marginades o vulnerables sovint es queixen que els seus interessos no són adequadament defensats pels que teòricament són els seus representants, en general membres de grups més privilegiats i poderosos que no han après a escoltar ni estan veritablement compromesos amb les seves causes. O, alternativament, han assumit que l'estat i les institucions són

«propietat» del grup històricament dominant, format per funcionaris o representants que són simplement incapaços d'empatitzar amb els seus grups culturals o socials i tenir en compte les seves prioritats. Com a resultat, deixen de confiar en el procés polític. Quan la representació efectiva fracassa, desapareix la confiança, i, per tant, s'afecta de forma injusta a una dimensió central de l'autonomia individual que afebleix la legitimitat democràtica dels resultats del procés polític. Per aquest motiu, pot afirmar-se que sense el reconeixement explícit dels drets de les minories com a part integrant del sistema universal de protecció dels drets humans és difícil parlar de democràcia.

Conclusió

Els conceptes de democràcia, estat de dret i drets humans es troben íntimament entrelaçats. Els elements bàsics d'un estat democràtic de dret, però, no es limiten a factors exclusivament formals. La presència —o absència— d'una cultura política i jurídica democràtica robusta també és decisiva per conferir un valor essen-

25 FRASER, «Rethinking Recognition».

Sense el reconeixement explícit dels drets de les minories com a part integrant del sistema universal de protecció dels drets humans és difícil parlar de democràcia

cial als pilars substancials d'aquest sistema polític, entre ells, els drets humans. De fet, el reconeixement formal d'una llista de drets marca el començament, més que el final, d'una pugna social per realitzar-los, com ho il·lustra la llarga lluita dels afroamericans per a l'alliberament de la subordinació estructural, que en si mateixa es pot considerar com una forma de violència. L'estat de dret, de fet, també ha estat relativament impotent per minar la cultura de la violació, o de la indiferència per les minories, en contextos culturals profundament masclistes o autoritaris. Sense una «cultura» democràtica i de drets humans, difícilment s'assolirà un nivell de realització satisfactori dels valors subjacents a aquests conceptes. Juristes crítics —com ara Makau Mutua (1958), Boaventura de Sousa Santos (1940), o Khanyisela Moyo— han demanat un compromís més explícit amb concepcions post-colonials, no cristianes i multicultural, per tal que la democràcia i els drets humans siguin instruments apropiables en cultures no occidentals. Però també a Occident, avui més que mai, la regressió democràtica causada pel ressorgiment de moviments populistes d'arrel reaccionària

i de tendències autocràtiques, posa de manifest la necessitat de reimaginar la democràcia i els drets humans des de la marginalitat, per tal de reivindicar la presència de les minories absents o silenciades, dels migrants i refugiats, dels pobles indígenes que lluiten per la supervivència cultural i per un model de desenvolupament socioeconòmic alternatiu. Els marges són importants perquè ens obliguen a visualitzar punts negres que sovint no volem veure, ni molt menys experimentar. Pobresa, alienació cultural, dominació lingüística, ésser una minoria racial, un refugiat o refugiada en trànsit permanent. Una veritable cultura democràtica seria capaç d'integrar aquestes identitats globals en un discurs molt més igualitari i multicultural dels drets humans capaç de revertir l'actual etapa de regressió democràtica. ■

■ Bibliografia

- BOBBIO, Norberto. *El tiempo de los derechos*. Madrid: Sistema, 1991.
- COUNCIL OF EUROPE. «Human rights rule of law» [en línia]. Disponible a: <www.coe.int>.
- CLAPHAM, Andrew. *Human Rights. A Very Short Introduction*. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- DE TOCQUEVILLE, Alexis. *La Democracia en América*, vol.1. Madrid: Alianza editorial, 2005.
- DÍAZ, Elías. *Estado de derecho y sociedad democrática*. Madrid: Taurus, 2010.
- DONNELLY, Jack. «Human Rights». A DRYZEK, John; HONING, Bonnie i PHILLIPS, Anne (eds). *The Oxford Handbook of Political Theory*. Nova York: Oxford University Press, pàg. 601-620. 2006.
- DOUZINAS, Costas. «The Paradoxes of Human Rights». A *Constellations*, vol. 20, núm. 1, pàg 51-67, 2013.
- DRYZEK, John. «Can There Be a Human Right to an Essentially Contested Concept? The Case of Democracy». A *The Journal of Politics*, vol. 78, núm. 2, pàg. 357-367, 2016.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta, 2004.
- FERRAJOLI, Luigi. *El fundamento de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2005.
- FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: Teoria del diritto e della democrazia*, Vol. I. Roma: Laterza, 2007.
- FERRAJOLI, Luigi. «Sobre la definición de 'democracia'. Una discusión con Michelangelo Bovero». A *Isonomía*, núm. 19, 2003.
- FISS, Owen. «Groups and the Equal Protection Clause». A *Philosophy and Public Affairs*, núm. 5, pàg. 107-177, 1976.
- FRASER, Nancy. «Rethinking Recognition». A *New Left Review*, núm. 3, 2000.
- GOWDER, Paul. *The Rule of Law in the Real World*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.
- KYMBLICKA, Will. *Contemporary Political Philosophy. An Introduction*. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- KYMLICKA, Will. *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*. Oxford: Clarendon Press, 1995.
- KRYGIER, Martin. «Rule of Law». A ROSENFELD, Michael i SAJO, András (eds). *Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- MOUFFE, Chantal. *The Democratic Paradox*. Londres: Verso, 2000.
- MOYN, Samuel. *The Last Utopia: Human Rights in History*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 2010.
- NOZICK, Robert. *Anarchy, State and Utopia*. Nova York: Basic books, 1974.
- PETTIT, Philip. *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*. Oxford: Oxford University Press, 1997.
- RAZ, Joseph. «The Rule of Law and its Virtue». A RAZ, Joseph. *The Authority of Law*, Oxford: Oxford University Press, 1979.
- SANDEL, Michael. *Liberalism and the Limits of Justice*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.
- STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY. «Egalitarianism» [en línia]. Disponible a: <www.plato.stanford.edu>.
- STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY. «Rule of Law» [en línia]. Disponible a: <www.plato.stanford.edu>.
- TAMANAH, Brian. *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- TASIOULAS, John. «On the Foundations of Human Rights». CRUFT, Rowan; LIAO, S. Matthew, i RENZO, Massimo (eds). *Philosophical Foundations of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- TAYLOR, Charles. «The politics of Recognition». A GUTMANN, Amy (eds). *Multiculturalism*, Princeton: Princeton University Press, 1994.
- TORBISCO CASALS, Neus. *Group Rights as Human Rights. A Liberal Approach of Multiculturalism*. Berlin: Springer, 2006.
- TORBISCO CASALS, Neus. «Derechos indígenas: reconocimiento y desafíos para

la democracia constitucional y los derechos humanos». A HIERRO, Liborio (ed). *Autonomía individual frente a autonomía colectiva. Derechos en conflicto*, pàg. 81-127. Madrid: Marcial Pons, 2014.

HIERRO, Liborio (ed). *Autonomía individual frente a autonomía colectiva. Derechos en conflicto*, pàg. 81-127. Madrid: Marcial Pons, 2014.

TORBISCO CASALS, Neus. «La institucionalización de la diferencia: algunas notas sobre desigualdad estructural y democracia». A SABA, Roberto (eds.), *Los límites de la democracia*. Buenos Aires: Del Puerto editores, 2005.

UNITED NATIONS. «Special Rapporteur on minority issues» [en línia]. Disponible a: <www.ohchr.org>.

UNITED NATIONS. «Sustainable Development Goals» [en línia]. Disponible a: <www.un.org>.

UNITED NATIONS. «The world for women and girls» [en línia]. Disponible a: <www.unwomen.org>.

UNITED NATIONS. «What is the rule of law?» [en línia]. Disponible a: <www.un.org>.

YOUNG, Iris M. «Equality of Whom? Social Groups and Judgments of Injustice». *A The Journal of Political Philosophy*, vol. 9, núm. 1, pàg. 1-18, 2001.

YOUNG, Iris M. *Justice and the Politics of Difference*. Princeton: Princeton University Press, 1990.

YOUNG, Iris M. «Polity and Group Difference: A Critique of the Ideal of Universal Citizenship». *A Ethics*, vol. 2, núm. 99, 1989.

WALDRON, Jeremy. «Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues». *A California Law Review*, núm. 88, pàg. 509, 1994.