

“De mayorías y minorías en la democracia”

Por Jorge Alejandro Amaya

“Yo soy mi mayoría y no siempre tomo las decisiones por unanimidad...”

Miguel de Unamunu.

I. Introducción; II. El aspecto formal y sustancial de la democracia; III. Democracia y ley; IV. De reglas de mayorías y minorías en la democracia; V. Minorías políticas y derechos. El “sistema unitario” de derechos y valores en la democracia.

I. Introducción.

Desde los tiempos antiguos los conceptos de minoría y democracia han adoptado diferentes significaciones, constituyéndose ambos en conceptos equívocos. Sin embargo, es posible afirmar que a partir de la configuración del Estado democrático de derecho, es decir, el Estado constitucional, la regla de la mayoría dejó de ser una simple valoración numérica para convertirse en un principio dual de protección, como lo es el de la mayoría y minoría, en la medida en que tanto la actividad de los más como de los menos, se encuentra sometida al respeto y garantía de los derechos, valores y principios consagrados en la Constitución de cada Estado.

II. El aspecto formal y sustancial de la democracia.

La teoría se ha interrogado desde siempre sobre ¿ que es la democracia? ¹, coincidiendo – como anticipamos - que es un concepto complejo y multívoco. Es que la democracia posee distintas aristas, las cuales podemos simplificar en la extensión de sus aspectos material y formal.

La democracia en su sentido material es sin duda un sistema político que intenta hacer efectivas la igualdad y la libertad. El origen etimológico de la palabra democracia (*demos*: pueblo, *kratos*: poder) expresa completamente su significado. La democracia es el poder del pueblo, es decir aquella forma de gobernar en la cual es el pueblo quien gobierna. Pero desde la antigüedad, también significa algo más, es el régimen de la libertad y de la igualdad de derechos entre los ciudadanos. Como bien señala Véronique Fabré-Alibert “no estamos ante una sociedad auténticamente democrática mas que cuando las libertades fundamentales son efectivamente garantizadas”. “La democracia no es solamente una manera de ser de las instituciones sino algo mas, ya que puede ser una exigencia moral”. ²

Además de su aspecto material o sustancial, la democracia también posee un aspecto formal: es un conjunto de procedimientos de decisión. No podemos reducir la democracia a los procedimientos, pero tampoco olvidar que necesita y exige de técnicas de decisión, de procedimientos y de instituciones concretas ³.

La mayoría de los filósofos políticos siempre han considerado la democracia directa como su forma auténtica, el ideal de democracia, ya que ésta es el gobierno de los ciudadanos y no el de los representantes.

¹ Desde Tucídides, Demóstenes, Platón, Jenofonte, Aristóteles, pasando por Locke, Rousseau, Constant, Mill, Tocqueville, Marx, hasta Kelsen, Shumpeter, Dhal, Sartori, Macpherson, Popper, Habermas y Held, entre otros, se han abocado al estudio de la democracia.

² Ver “La notion de ‘société démocratique’ dans la jurisprudence de la CEDH, RTDH, N° 35, 1998, p. 465.

³ En torno al aspecto procedimental de la democracia ver Ely John “Democracia y Desconfianza” Universidad de los Andes, Bogotá, 1997.

Sin embargo, la construcción del estado liberal se fundamentó sobre parámetros diferentes. El tamaño de las poblaciones, estados o confederaciones sobre los que se estableció, llevó a considerar que resultaba preciso establecer fórmulas representativas. Esto explica que las luchas contra el estado absolutista se hicieran en nombre de un principio representativo y no del ejercicio directo del poder por parte de los ciudadanos.

Así, los regímenes políticos establecidos a lo largo de los tres últimos siglos reconocieron un amplio marco de derechos y libertades individuales (la libertad negativa) y pretendieron establecer un modelo de separación entre los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, como garantía de que el ejercicio del poder político sería limitado. En el estado liberal, el derecho político fundamental de los ciudadanos es el voto electoral representativo.

Evidentemente, la época dorada de estado liberal representativo coincidió con una ciudadanía extremadamente restringida. Fue la época en que se consolidó la separación de los poderes del estado y se reconocieron progresivamente muchos derechos individuales. A medida que se amplió el derecho de ciudadanía, el régimen político fue evolucionando – a lo largo del siglo veinte - desde una democracia representativa hacia una democracia electoral⁴.

Los regímenes democrático-electorales han establecido un concepto amplio de ciudadanía asentado en un derecho de sufragio prácticamente universalizado y han desarrollado su naturaleza liberal, con amplias libertades individuales. En las democracias electorales el poder del pueblo significa esencialmente la posibilidad periódica de cambiar el gobierno. La delegación efectiva no se hace en representantes concretos sino en un partido político, ya que aunque formalmente se eligen representantes, éstos son un mero medio para elegir a quienes gobiernan. Más que un régimen presidencialista o parlamentario, lo que existe es un régimen electoral de selección del ejecutivo, con un papel fundamental de los aparatos de los partidos.

Por consiguiente, el fortalecimiento del ejecutivo, propio de toda democracia electoral, hace que la separación de poderes se diluya, pues el legislativo, una vez efectuada la elección del jefe del gobierno se convierte, en la práctica, en un órgano técnico de las decisiones que se adoptan fuera de las cámaras del Congreso (por el ejecutivo, mas allá que en nuestro sistema posee funciones co-legislativas y por las direcciones de los partidos políticos gobernantes). Por todo ello el grado de control externo del gobierno es mucho menor que en una democracia representativa tradicional y descansa - primordialmente – en la efectividad e independencia del Poder Judicial.

III. Democracia y ley.

El derecho y todo lo relacionado con él - instituciones legales, actores, culturas y normas - tiene una estrecha relación con la democracia y su evolución, es decir, su éxito o su fracaso. Hay tantos vínculos entre la democracia y la ley que es fácil englobar todo lo que tiene relación con la ley en la esfera de la democracia y viceversa.

Pero las leyes también se pueden emplear para establecer y mantener las prácticas más antidemocráticas. Como ejemplos, no hay más que recordar las leyes que establecieron y mantuvieron el apartheid en Sudáfrica y el racismo y la esclavitud de los negros en los Estados Unidos. Si bien en el mundo contemporáneo no es tan fácil encontrar ejemplos, no es muy difícil pensar en regímenes no democráticos. Quizás allí donde más se exalta el imperio de la ley es donde menos democracia existe.

⁴ Respecto del modelo de democracia electoral ver Joseph Schumpeter, Capitalismo, Socialismo y Democracia, Madrid, Orbis, 1983.-

No obstante, hay aspectos de la ley que tienen una relación especial con la democracia. Esto se hace evidente cuando se intenta dar una definición formal de democracia. Y mas allá de las distintas definiciones que no cabe ahora revisar, bien podemos coincidir en destacar la función decisiva de las libertades políticas (expresión, prensa, petición, asociación, oposición, voto) y de elecciones limpias y vinculantes que impliquen elección real, como mecanismos distintivos de la democracia.

Cuando la democracia se concibe de esta forma, sus exigencias se convierten, casi por necesidad, en materia de derecho. La efectividad de las libertades políticas indispensables, así como la limpieza y la naturaleza vinculante de las elecciones verdaderas, dependen del deseo, tanto por parte de las minorías como de las mayorías, de aceptar las normas legales que las establecen y de someterse al imperio de la ley.

Es relevante en torno a la consolidación de la democracia en una sociedad, la inserción de los “valores” democráticos del pluralismo y la tolerancia, así como el privilegio de la cultura de la ley o como lo denomina Luigi Ferrajoli: “la omnipotencia de la ley”.

John Rawls,⁵ ejemplifica la idea que intentamos transmitir contraponiendo el concepto de bien frente al concepto de derecho (good vs. righth). Una sociedad ordenada privilegia el derecho frente a lo bueno, es que las reglas se hacen carne en la sociedad cuando se cumplen a pesar que nos parece bueno no cumplirlas.

IV. De reglas de mayorías y minorías en la democracia.

Por consiguiente, si aceptamos como una característica distintiva de la democracia que el pueblo autogobierna ¿podríamos convenir que el pueblo es la regla de la mayoría considerando la participación de las minorías ?.

Desde la perspectiva formal de la democracia, parecería que ella es un procedimiento cuantitativo de adopción de decisiones colectivas vinculantes; un procedimiento reglado de deliberación y formación de consensos, encaminado a producir o legitimar decisiones mediante la verificación cuantitativa de agregados de preferencias individuales coincidentes, llamados mayoría y minoría⁶.

Decidir democráticamente significa amalgamar preferencias individuales formalmente expresadas en votos dentro de un grupo, mediante dos tipos de reglas: las de mayoría y las de minoría. Los órganos decisorios son tanto más representativos cuanto mejor reflejen en su composición la distribución de preferencias —mayoritarias y minoritarias— de un universo ciudadano y de ello depende en buena medida la gobernabilidad de una república.

Cuando en el Poder Legislativo no se vislumbra con claridad quién representa a quién, se dificulta la gobernabilidad⁷. Por ello, la tan mentada “Reforma Política” debería ser – entre otras cuestiones - un intento de aclararlo⁸.

⁵ Rawls John, Teoría de la Justicia, Fondo de cultura económica, Méjico, 1997.

⁶ Esta concepción procesal de la democracia no ignora que, como prerrequisitos o precondiciones de los procedimientos decisorios es preciso contar con un marco de derechos que optimizan la deliberación y un conjunto de condiciones fácticas que aseguran la formación autónoma de la preferencia individual.

⁷ Un buen ejemplo de esta afirmación lo tenemos en la dispersión existente en la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en sus dificultadas para lograr consensos.

⁸ El debate actual sobre la reforma política se encierra excesivamente en la discusión meramente electoral sobre las ventajas e inconvenientes del sistema proporcional o mayoritario, o las virtudes y vicios del presidencialismo versus parlamentarismo. En cambio, se acalla la necesidad de una nueva relación entre los ciudadanos y las instituciones o de evitar que los sectores corporativos lleguen a dominar las decisiones políticas.

Develar algunos supuestos e implicancias institucionales de tales reglas cuantitativas y su relación con los derechos constitucionales es uno de los objetos de este trabajo. ¿Qué límite tiene el poder de las mayorías?; ¿Hay asuntos de una sociedad que no son objeto de decisión mayoritaria?; ¿Cuáles minorías adquieren relevancia constitucional? ¿Qué derechos otorga ser una minoría de uno u otro tipo?

En su concepción procedimental usual la democracia es el poder de la mayoría, la voluntad del mayor número como fuente genuina de derechos. Una vez concluido el escrutinio de votos y proclamado el resultado, la minoría desaparece como entidad del mundo político e incluso carece de voz y representación⁹. El “bienestar de la mayoría” y la “felicidad del mayor número” condensan el criterio más importante de justicia distributiva de bienes y cargas sociales.

Bajo esta concepción tan primaria, toda falta de acuerdo unánime se resuelve mediante la regla de la mayoría, que - según la trascendencia de la decisión - unas veces será mayoría absoluta: el voto favorable de la mayoría de los integrantes del cuerpo decisorio y otras la regla de mayoría relativa o simple: el voto favorable de la mayoría de los participantes en el proceso de decisión. En una sociedad imaginaria formada en la isla de “Robinson Crusoe” por cinco sobrevivientes, la constitución tendría una regla básica: se hará lo que quieran tres de ellos.

Ante esta situación ¿Qué derechos tienen las minorías ? ¿ Sólo aquellos que la mayoría otorgue conservando la potestad de restringirlos y negarlos según sus necesidades y valoraciones?; ¿ Sólo aquellos inherentes al proceso decisorio deliberativo de la democracia, los que le permitirían tornarse mayoría algún día : derecho al voto igual y libertad de expresión ?¹⁰.

Desde mediados del siglo XIX el concepto de mayorías y minorías ha venido dando un vuelco valorativo radical: la revalorización de las minorías. En la ciencia política estadounidense la expresión “democracia madisoniana” recuerda que la democracia no se define como el poder omnímodo de la mayoría, sino como el compromiso constitucional y cultural con la garantía de los derechos intangibles de las minorías, lo cual implica un conjunto de limitaciones institucionales y sociales a la soberanía mayoritaria¹¹.

Madison en El Federalista había anticipado esta nueva visión, al señalar que tan peligrosa para la república es la minoría detentadora del poder, como la mayoría que lo ejerce sin límites constitucionales sobre la minoría (tiranía de la mayoría). En una república no sólo es de gran importancia asegurar a la sociedad contra la opresión de sus gobernantes, sino proteger a una parte de la población contra las injusticias de la otra. Si una mayoría se une por obra de su interés común, los derechos de las minorías estarán en peligro. Sólo hay dos maneras para precaverse de esos males: primero, creando en la comunidad una voluntad independiente de la mayoría, esto es, de la sociedad misma; segundo, incluyendo en la

⁹ Por ello en los sistemas electorales denominados “mayoritarios”, basta que un partido o una lista aventaje por un voto a los demás para ganar todos los escaños que se encuentran en juego. Es el sistema que rige – por ejemplo - la conformación de los colegios electorales de cada Estado federado cuyos votos designan al presidente de los Estados Unidos de América.

¹⁰ Como ejemplo de concepción mayoritaria, el científico social Jon Elster denunciaba en 1993 que en las nuevas democracias surgidas en Europa Oriental y la ex Unión Soviética se había pasado “del despotismo de partido al despotismo de la mayoría, ambos hostiles a la protección de las minorías” (Elster, Jon. “Régimen de mayorías y derechos individuales”; en: De los derechos humanos; Edit. Trotta, Madrid, 1998, pág. 165.

¹¹ Dahl, Robert A. A Preface To The Democratic Theory, Chicago: The University Chicago Press, 1956, pág. 4. Explica así la referida expresión: “What I am going to call Madisonian theory of democracy is an effort to bring off a compromise between the power of majorities an the power of the minorities”. La democracia madisoniana se opone a la “democracia mayoritaria”, según Fishkin, James. “Democracia y deliberación”, Editorial Ariel, Barcelona, 1995, p’zg. 75.

sociedad tantas categorías diferentes de ciudadanos que los proyectos injustos de la mayoría resulten no sólo muy improbables sino irrealizables ¹².

En su obra “La democracia en América”, al develar los rasgos de la naciente democracia, Alexis de Tocqueville previno contra el ilimitado “poder moral de la mayoría sobre el pensamiento”, como el mayor peligro de este sistema de gobierno ¹³: “el mayor peligro de las repúblicas americanas reside en la omnipotencia de la mayoría” ¹⁴.

La más interesante versión liberal de esta tesis antimayoritaria la encontramos en John Stuart Mill, al sostener que la opinión mayoritaria de una sociedad en materia moral e intelectual carece de toda legitimidad para imponer modelos de vida virtuosa o planes de vida valiosos a los individuos. Por más soberanos que sean el poder de la mayoría y su voluntad general plasmada en la ley, no los autoriza a desconocer los ámbitos de autodeterminación personal, los espacios de conducta autorreferente. La mayoría entonces, no puede llegar a negar la diversidad de las formas de vida, algo valioso y digno de protección y estímulo. Hay un derecho básico: el derecho a la diferencia. Ser mayoría no otorga por sí misma ninguna respetabilidad ética o estética ni fundamenta más derechos que el de regular, mediante ley, algunos planos de la conducta que afecta a terceros ¹⁵.

Es que sometido a un escrutinio lógico, el concepto de mayoría pierde sustancia, sólo queda como instrumento aritmético operativo. En esta condición, la regla de mayoría no puede ser la panacea dogmatizada para zanjar todas las diferencias en una sociedad, aunque todavía sea insustituible como esquema de cooperación entre ciudadanos que se ven a sí mismos como libres e iguales. Su utilización ha de ser limitada a ciertos campos de la conflictividad social, matizada con otras reglas de minoría y su aplicación debería quedar reservada a una última ratio, una vez agotados los métodos de consenso por negociación.

Ahora bien, ¿De qué mayorías se puede legítimamente hablar en la democracia? Al descalificar el concepto de mayoría substantiva para los universos masivos Giovanni Sartori acepta, sin embargo, la posibilidad de mayorías operativas dotadas de cierta fijeza y coherencia perdurable, pero sólo en el escenario de un cuerpo colegiado. Son los partidos políticos compactos y los grupos parlamentarios o “bloques”.

El corolario que Sartori deriva de allí es claro: “del método de la mayoría para adoptar decisiones uno no puede inferir que exista un grupo que constituye la mayoría y que toma las decisiones. El método mayoritario connota solamente una mayoría matemática; y no denota un sector mayoritario perdurable de una colectividad ¹⁶.” Se pregunta con agudeza el

¹² Madison, James; Hamilton, Alexander y Jay, John. El Federalista (1787), Fondo de Cultura Económica, México, 1957, Apartado LI, p. 222.

¹³ Tocqueville, Alexis, “La democracia en América”, Editorial Alianza, Madrid, 1980, Tomo I, Segunda Parte, Capítulo VII. pág. 239.

¹⁴ Obra citada en nota anterior, pág. 244.

¹⁵ “Que la única finalidad por la cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada, contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás. Su propio bien físico o moral no es justificación suficiente. Nadie puede ser obligado justificadamente a realizar o no realizar determinados actos, porque eso fuera mejor para él, porque le haría más feliz, porque, en opinión de los demás, hacerlo sería más acertado o más justo”. De lo cual concluye: “La única parte de la conducta de cada uno por la que él es responsable ante la sociedad es la que se refiere a los demás. En la parte que concierne netamente a él, su independencia es, de derecho, absoluta. Sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y espíritu, el individuo es soberano”. Stuart Mill, John, Sobre la libertad, Editorial Alianza, Madrid, 1984, pp. 65 y 66.

¹⁶ Sartori, Giovanni, “Teoría de la democracia”, Editorial Alianza, Madrid, 1988, páginas 174 y 175. Allí se lee: “la mayoría de la ciudadanía —‘una mayoría de masas’— es un proceso interminable de amalgama y disolución de miríadas de grupos y de individuos”.

autor : ¿Qué cualidad ética añade un voto, para tener la virtud mágica de convertir en correcto el querer de 51 y en incorrecto el de 49?

Cuando se habla de minorías se alude a dos entidades diferentes. Se habla de minoría para referirse a un grupo poblacional diferenciado, numéricamente modesto. Las hay de muchos tipos y tamaños, pero no todas poseen la misma relevancia constitucional, ya que algunas sólo ameritan el respeto de los demás y otras imponen a la sociedad y al Estado medidas positivas de apoyo ¹⁷ .

Las minorías numéricas o procesales operan al momento de una votación (o elección) o resultan de tales actos. Su forma de trascender el momento decisorio y funcionar como esquema permanente de cooperación es la conformación de partidos, movimientos políticos y grupos parlamentarios. Las minorías substantivas son grupos sociales de tamaño variable cuyos contornos están demarcados por una característica socialmente relevante que ha desatado conflicto social frente a otro segmento social considerado mayoritario y que ha sentido un tratamiento de exclusión: el color de la piel, la lengua, la fe religiosa, la opción sexual, etc. Pero también las hay corporativas, grupos pequeños de interés económico o cultural muy definido, tales como asociaciones gremiales. Y las hay de contornos desdibujados pero peculiares, como por ejemplo, los hippies, los punk , etc.

La minoría numérica u operativa tiene valor en sí misma como actor de la deliberación y la decisión (sistema de mayorías especiales previstas en la Constitución para determinadas circunstancias, ejemplo artículos 30 CN; 75 incisos 22 y 24 CN; 79 CN; 81 CN; 83 CN; 85 CN, etc); las minorías sociales y culturales oprimidas tienen título ético y político para gozar de una protección constitucional especial (artículo 75, inciso 17 CN) y para las restantes existen el amplio espectro de los derechos fundamentales.

El artículo 27 del “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” de jerarquía constitucional en nuestro sistema (art. 75 inciso 22 CN) ha establecido la protección especial de las minorías como un derecho humano, a tres clases de grupos diferenciados: “En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde de común con los demás miembros del grupo a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”.

Por supuesto que un peligro de la democracia poliárquica es el “culto desmedido” de que son objeto las minorías y la tendencia a aparentar su carácter de mayoría con estrategias estridentes y a descalificar moralmente a otros grupos diferenciados.

Las llamadas reglas de minoría, contienen limitaciones al uso de la regla de mayoría absoluta y poderes decisorios propios de la minoría. Algunas de ellas son:

1. La exclusión de la modificación de las normas fundamentales del procedimiento democrático, o reglas de juego de rango constitucional, por ejemplo la que establece que las decisiones se toman por determinada mayoría. La exigencia de mayorías calificadas, aunque dificultan la rápida decisión, fuerzan la negociación entre muchas minorías. En consecuencia, son aconsejables como garantías de no tiranía sobre las minorías, estabilidad en el sistema y defensa de los derechos constitucionales. Paradójicamente, cuanto mayor sea el consenso exigido para una decisión, más capacidad tiene un grupo pequeño para imponer su preferencia ¹⁸ .

¹⁷ Ver “Derechos de las minorías y de los grupos diferenciados”, Editorial Escuela Libre, Madrid, 1994.

¹⁸ Hay quienes defienden fervientemente la regla de la unanimidad. Buchanan, James M. y Tullock, Gordon, en “El cálculo del consenso” (fundamentos lógicos de una democracia constitucional); Espasa-Calpe, Madrid, 1980, pp. 294 y ss., sostienen que “[...] el logro de la unanimidad es siempre posible si existen ganancias mutuas de entrar en el ‘contrato social’.

2. La asignación de ciertas decisiones a órganos no dependientes de la mayoría. Atribuir a un tribunal el poder de anular las leyes inconstitucionales puede ser interpretado como un dispositivo “antimayoritario”¹⁹ en cuanto permite a la minoría política provocar la anulación de la voluntad arbitraria de la mayoría gobernante²⁰. Con todo, para algunos autores, tales mecanismos son una garantía relativa, ya que los jueces constitucionales pueden comportarse como “agentes de la mayoría en vez de sus sensores, sobre todo cuando una idea popular se apodera de la cultura jurídica”²¹.

3. Como derechos procesales de las minorías, por ejemplo, las constituciones democráticas de distintos países les otorgan facultades de representación y participación en los institutos constitucionales (ejemplos artículos 99, inciso 3° y 114 CN) e incluso consagran a nivel constitucional auténticos “Estatutos de la Oposición” que conceden un cúmulo de derechos a las minorías legislativas, hasta lo que se conoce como el “derecho de obstrucción”, como derecho legítimo de la oposición (ejemplo artículo 120 Constitución Colombiana).

4. Hay quienes dicen que el bicameralismo en el órgano legislativo y las reglas que establecen “pausas” o interregnos de enfriamiento en el proceso creador de la ley, son “mecanismos de dilación o demora, previstos para oponerse a los impulsos repentinos y las pasiones pasajeras de una mayoría”²².

5. Reglas sobre inclusión de partidas en el presupuesto anual de gastos, podrían fortalecer a las minorías en la medida que el reparto siguiera reglas de negociación y transacción y no la regla de la mayoría.

6. También son reglas de minoría las que pueden estimular la formación y reagrupamiento de verdaderas minorías sociales o políticas. Las reglas vinculadas al umbral electoral y a la cifra repartidora en los sistemas electorales, pueden actuar de esta manera.

7. La atribución de ciertas prerrogativas a las minorías para producir decisiones por sí mismas, sin contar con la mayoría son otro tipo de reglas de protección de las minorías²³.

Todas estas reglas funcionan a manera de dispositivos constitucionales para proteger a las minorías y para que sean éstas —y no las mayorías— las que, en constante puja y negociación, controlen el sentido final de una decisión o una elección colectiva. Diluyen el gobierno de la mayoría pero no aseguran la dictadura de la minoría, sólo abren la puerta al

¹⁹ Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial ver Gargarella Roberto, “La Justicia frente al gobierno”, Editorial Ariel.

²⁰ Sobre todo en aquellos sistemas constitucionales que, como el español, ponen en manos de un número pequeño de parlamentarios el derecho a cuestionar una ley ante el Tribunal Constitucional. Según el Artículo 162.1 a) de la Constitución española, están legitimados para interponer el recurso de inconstitucionalidad contra leyes, 50 diputados (de 350 que tiene el Congreso) o igual número de senadores. Véase: Montilla Martos, José A. “Minoría política y tribunal constitucional”, Editorial Trotta, Madrid, 2001.

²¹ Elster, Jon, obra citada, pág. 176.

²² Elster, Jon, obra citada, págs. 176 y 184.

²³ El art. 135. 9 de la Constitución de Colombia establece que el 10% de los integrantes del Senado o de la Cámara de Representantes puede obligar a que el Congreso en pleno discuta una moción de censura contra un ministro. En España los grupos parlamentarios de minoría pueden ordenar la formación de comisiones parlamentarias de investigación. Ver Recuejo, Paloma, “Democracia parlamentaria y principio minoritario”, Editorial Ariel, Barcelona, 2000.

gobierno de las múltiples minorías. De allí que les quepa el nombre de “reglas de minorías”. Lo cual lleva a sospechar, con Dahl que “es en esta característica de las elecciones —no la regla de la minoría, sino la regla de las minorías— donde debemos buscar algunas de las diferencias esenciales entre las dictaduras y las democracias”²⁴.

Bien podemos atribuir a los derechos constitucionales básicos o fundamentales, la característica de corazas protectoras de la individualidad contra la amenaza mayoritaria. Si en el caso de la comunidad de los cinco sobrevivientes citado en párrafos anteriores, los derechos de cada uno de ellos dependen del voto de tres (mayoría absoluta), entonces ninguno tiene derechos fundamentales, aunque sí derechos subjetivos legales. Es la garantía constitucional contra la regla de mayoría lo que les imprime fundamentalidad²⁵. En ese sentido los derechos fundamentales son “cartas de triunfo” en el juego de las razones jurídicas, son como el as de la baraja²⁶.

A nuestro criterio, hay derechos fundamentales implícitos en la definición misma de democracia, puesto que sin ellos no habría decisión mediante participación: los derechos políticos (de participación y decisión ciudadana) y los anexos de libertad de expresión, reunión, expresión, prensa, asociación, etc. Sin ellos, a los que definimos como “conjunto unitario de derechos y valores políticos de la democracia”²⁷ es impensable un proceso de libre e igualitaria deliberación para formar un agregado de preferencias individuales equivalente a la mayoría y para tener la posibilidad de la minoría en transformarse en mayoría.

Los derechos fundamentales deben estar sustraídos a la regla de la mayoría, al menos para su negación o suspensión a un grupo de personas o un individuo. Una manera de blindarlos ha sido su canonización en los Pactos Internacionales, pues de esa manera, el Estado queda atado a su inviolabilidad por una obligación impuesta y vigilada por la comunidad de naciones. De esta manera, el mismo poder constituyente primario —y con mayor razón el secundario— tendrían en tales derechos un límite a su poder crear o reformar la Carta Fundamental del Estado. La otra manera es prohibir constitucionalmente su derogación: ni siquiera el poder constituyente por unanimidad puede derogarlos. Es ésta la vía adoptada por la Constitución Alemana, cuando declara nula toda reforma a los derechos fundamentales (artículos. 79.3).

Desde una perspectiva liberal, a la cual adherimos, que reconoce la pluralidad de formas de vida como algo éticamente valioso, el derecho fundamental protege al individuo como

²⁴ Dahl, Robert, obra citada, pág. 132.

²⁵ Esta señal particular antimayoritaria de los derechos fundamentales se arraiga en la idea kantiana de que, al ser la persona humana un fin en sí misma (y no sólo un medio), ésta no puede ser sacrificada a favor de los demás. Tal concepción fue revivida en 1971 por John Rawls en su Teoría de la justicia, en la cual se lee: “cada persona posee una inviolabilidad fundada en la justicia que incluso el bienestar de la sociedad como un todo no puede atropellar. Es por esta razón por la que la justicia niega que la pérdida de libertad para algunos sea correcta por el hecho de que un mayor bien sea compartido por otros. No permite que los sacrificios impuestos a unos sean sobrevalorados por la mayor cantidad de ventajas disfrutadas por muchos. Por tanto, en una sociedad justa, las libertades de la igualdad de ciudadanía se toman como establecidas definitivamente; los derechos asegurados por la justicia no están sujetos a regateos políticos ni al cálculo de intereses sociales”, Teoría de la Justicia, Fondo de Cultura Económica, Méjico, 1985, págs. 19 y 20).

²⁶ opinión de Ronald Dworkin en “Los derechos en serio”, Editorial Ariel, Barcelona, 1982, pág. 37.

²⁷ Ver nuestro trabajo “El conjunto unitario de derechos y valores políticos en la democracia”, “Visiones de una Constitución”, Jorge Alejandro Amaya (Director), obra colectiva publicada por la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, Buenos Aires, 2004.

minoría mínima. Sin embargo, se discute si la mayoría tiene el derecho a limitar la acción de estos grupos heterodoxos a fin de aminorar su impacto en la ética social; es decir, si su opción puede ser difundida, aun con recursos públicos ²⁸.

V. Minorías políticas y derechos. El “sistema unitario” de derechos y valores en la democracia.

Salvo en lo que respecta a la democracia directa y sus sucedáneos, el principio de la representación es desde el punto de vista de la teoría de la Constitución, el principio constitutivo funcionalmente mas importante del Estado contemporáneo, con independencia de la forma de gobierno. ²⁹.-

Si recorriéramos los orígenes de la acepción moderna del término “parlamento” cuya universalización lo sitúa como el órgano de la representación nacional y, en definitiva, el poder legislativo, nos encontraremos que con dicho término se quería denominar a un órgano que tenía la principal función de oponerse al poder ejercido por el ejecutivo.

Este recordatorio nos parece relevante si pensamos que en los Parlamentos modernos (utilizamos la acepción en términos amplios sin distinguir regímenes parlamentarios o presidencialistas) la función de control del Gobierno siguen siendo una de las razones que justifican la existencia de dicha institución indispensable en la democracia moderna.-

Pero esta función no la pueden ejercer las cámaras en forma unánime, por la sencilla razón – como ya hemos sostenido - que una parte determinante de las mismas apoya al ejecutivo de turno, tanto en los regímenes parlamentarios como en los presidencialistas, y especialmente en aquellos sistemas políticos como el nuestro con tendencia (especialmente a partir de la reforma de 1994) a concentrar gran parte de la decisión política en manos de los partidos políticos y a consolidar un sistema de grandes partidos o movimientos nacionales.-

“Allí donde todos piensan lo mismo, el hecho es que nadie piensa realmente. Porque la única verdad política es la pluralidad de las verdades políticas. Es mas, la mas radical formulación de este axioma, que rige en cualquier grupo humano, lo formuló incluso dramáticamente Miguel de Unamunu cuando afirmaba... “Yo soy mi mayoría y no siempre tomo las decisiones por unanimidad...” ³⁰.-

Por consiguiente, la teoría de la representación en la que se basan las democracias modernas tiene que descansar forzosamente en el pluralismo político y social que es propio de toda sociedad libre. Y esto se debe traducir no solo en la composición de los Poderes Legislativos que constituye el órgano por excelencia de la representación popular, sino también en su funcionamiento, aplicando e incrementando las “ reglas de minoría” que revisáramos en el punto anterior.

²⁸ En este sentido ver Fiss, Owen, “La ironía de la libertad de expresión”, Editorial Gedisa.

²⁹ Francisco Rubio Llorente, Teoría Jurídica de la Representación Política, Boletín informativo de la Asociación de Derecho Constitucional, año XV, Nº 162.-

³⁰ Angel Sánchez Navarro, “Las Minorías en la Estructura Parlamentaria”, Centro de estudios Constitucionales, Madrid, 1995.-

Y esto es así como consecuencia de la evolución paulatina de la teoría de la representación a lo largo de la historia. Evolución que podríamos sintetizar en tres períodos principales. Un primer momento de la teoría de la representación se refiere a las asambleas medievales, integradas por representantes de determinadas corporaciones o estamentos. La representación se basaba aquí en el mandato imperativo del que no podían independizarse los representantes, los cuales estaban obligados a rendir cuentas a sus mandatarios, que podían revocarlos. Aquí el funcionamiento de las asambleas no se basaba en el sistema de las mayorías sino en el principio de la individualización de cada mandatario, por lo que resultaría impropio hablar de minorías como poder de oposición.

Luego de la revolución francesa surge, como concepción (donde confluyen la doctrina inglesa del trust, la alemana del órgano y la francesa del mandato representativo) que los representantes ejercen la soberanía nacional y que la ejercen plenamente o sea que no son delegados de sus electores y que no pueden estar bajo su control. La propiedad de la soberanía pertenece teóricamente a la nación, pero ellos gozan por delegación de su pleno ejercicio. De este modo, se instala la ficción de que lo que quiere cada representante concurre a la formación de la voluntad de la nación, puesto que cada uno de ellos no puede representar mas que a toda la nación y no a su estamento, y esto con independencia de quienes sean sus electores que, por supuesto, no eran mas que una parte muy restringida de la nación.-

De este modo, al ser cada representante de forma convencional libre e independiente en todo momento, no cabía hablar de mayorías o minorías estables, salvo instrumentalmente en el acto de la votación.

La tercera fase de la que hablamos comienza – a nuestro criterio – cuando se reconoce el sufragio universal y se consolidan los partidos políticos. La extensión del sufragio aparejó dos claras consecuencias en la teoría de la representación: por una parte, los candidatos a un cargo son obligados a exponer cual será su actitud en caso de ser elegidos. De este modo los electores no eligen únicamente personas sino programas de partidos, es decir, a pesar de la prohibición del mandato imperativo los mandatarios expresan la voluntad de sus electores. Y aunque no sean revocables directamente, están sujetos a un control que se ejerce en las nuevas elecciones (no afecta el concepto los sistemas de “recall” o revocación popular).

Asimismo, la influencia de los electores será decisiva en todas las esferas de los poderes políticos del gobierno, y los partidos necesitarán para llevar adelante su política de la obtención no solo de los cargos ejecutivos sino de un importante apoyo parlamentario. Por otra parte, en los sistemas parlamentarios, la formación de una mayoría parlamentaria va a ser decisiva para la formación del Gobierno.

De este modo se configuran, ya de forma definitiva, los conceptos de mayoría y minoría en el funcionamiento representativo basados hoy mas que nunca en la disciplina de voto que imponen los diferentes partidos.

Este sistema de realidad política es incompatible con la teoría clásica de la representación, pues si los representantes legislativos son esencialmente representantes de la nación ¿ como se explica que estén sometidos a una disciplina de voto ? Quizás habría que concluir que actualmente los partidos son los verdaderos representantes y no las personas individualmente, al menos en la realidad sociopolítica.

Esta sujeción del representante al partido destruye la dignidad originariamente anexa a su condición y explica el descenso en el nivel medio de la representación popular. Con la independencia de los representantes, desaparece también la racionalidad del debate parlamentario, convertido muchas veces en una simple farsa, pues sea cual fuere la fuerza

de los argumentos que en él se emplean, no pueden cambiar la voluntad de quienes no son libres de hacerlo. El Legislativo, como el ejecutivo, dejan de ser órganos independientes para pasar a convertirse en simples instrumentos mediante los que se transforma en voluntad del Estado la voluntad del partido que los domina.

“Como esta realidad política es producto de un cambio social frente al que la norma es impotente, la discordancia entre realidad y norma solo puede salvarse mediante la modificación o la reinterpretación de esta última”³¹.

Pero si esto es así, no cabe duda de que se corre el peligro de que se produzcan dos graves consecuencias. La primera es que los representantes pueden perder su independencia individual, para convertirse en meros mandatarios de los partidos políticos; la segunda, nos revela que al ser muchas veces un partido o coalición quien controla tanto el órgano ejecutivo como el legislativo, la teoría clásica de separación de poderes tiende a perder parte de su significación, de ahí la necesidad de fortalecer el papel de las minorías y su función de control.

Por supuesto, siempre se debe recordar que la democracia formal o procedimental descansa en la idea de que hay que inclinarse ante la decisión de la mayoría. Pero esto no comporta – como hemos visto a lo largo de este trabajo - la razón de la mayoría. Ciertamente, el abuso de las mayorías – de cuya prueba la historia de nuestro país puede rendir ejemplo – bien por falencias propias de la oposición o porque se las haya anulado normativamente utilizando mecanismos censurables, puede desembocar en una aproximación a un régimen de partido hegemónico o dominante.-

Dentro de esta línea resulta esclarecedora la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos in re “Young James y Webster” del 13 de agosto de 1981 que destaca con absoluto rigor el derecho de las minorías en una sociedad democrática, ya que entiende que la democracia no se reduce a la supremacía constante de las mayorías, sino que ella reclama un equilibrio que asegure a las minorías un tratamiento justo y que evite todo abuso de posición dominante. En este sentido el desarrollo y la institucionalización de las llamadas “reglas de minorías” constituye un instrumento efectivo para perfeccionar y elevar la calidad de la democracia.

Asimismo, la preservación de los derechos y valores constitutivos de la democracia, a los cuales aludimos en el punto anterior, constituye también un resguardo institucional ineludible del sistema democrático del mundo occidental. Es que sin necesidad de enredarnos en la ardua discusión sobre la existencia y alcances de una jerarquía de derechos en nuestro ordenamiento constitucional, o sobre la extensión a nuestro espectro de la “teoría de las libertades preferidas”³² o de un espectro de “derechos fundamentales”, la presencia de la libertad de expresión se agiganta en nuestro sistema jurídico a partir del aspecto bifronte ya señalado, cuya aceptación doctrinaria y jurisprudencial es pacífica.

Este doble carácter la ubica privilegiadamente dentro de lo que podríamos denominar el “cuadro constitucional” de los derechos o libertades políticas, el que, configurado también por los derechos o libertades de conciencia, reunión, petición y asociación protegidos en la

³¹ Francisco Rubio Llorente, Teoría Jurídica de la Representación Política, Boletín informativo de la Asociación de Derecho Constitucional, año XV, Nº 162.-

³² Para ampliar el contenido y los alcances de la teoría de las libertades preferidas ver Alberto B. Bianchi, Control de Constitucionalidad, Ed. Abaco, páginas 459 y siguientes.-

Constitución y en los Tratados internacionales y – luego de la reforma de 1994 – los complementarios de los artículos 37; 38; 39 y 40 – conforman un ordenamiento sistémico.

Esta unidad resultante y las relaciones de complementariedad que emergen entre ellos justifican la interpretación sistemática de la Constitución en este aspecto y obligan – en gran medida – a una visión en conjunto que tenga en cuenta el significado que tienen estos derechos como elementos constitutivos de un “sistema unitario” ligado a valores.

Si bien pensamos que se debe caracterizar a la Constitución como un sistema de valores, creemos que estos no deben ser interpretados como un firmamento abstracto, ya que en caso de los valores constitucionales se trata de valores positivizados por la Constitución. Dentro de esta línea de pensamiento entendemos que dentro de los valores constitucionales que consagra el “conjunto unitario” al que nos referimos se destacan la autonomía y el pluralismo conforme su aspecto conexo y fundamento funcional de la democracia.

Ante la falta de tutela adecuada de este “conjunto unitario fundamental” de los derechos y libertades políticas no existe para la minoría alguna posibilidad de convertirse en mayoría, lo que constituye una característica esencial de la democracia. La democracia liberal tiene necesidad de un ciudadano político que haga uso efectivo de sus derechos. El derecho de voto (artículo 37 CN) presupone libertades esenciales o fundamentales como la de conciencia (artículo 19 CN); de opinión (artículo 14 CN); de reunión (artículo 33 CN); de petición y asociación (artículo 14) porque de otro modo el titular no podría decidir en forma libre, informada y con conciencia como ejercitar su elección política.³³.-

Así, a través del ejercicio individual de estos derechos fundamentales se ejecuta un proceso “de libertad” que constituye un elemento esencial de la democracia y por consiguiente estos derechos contienen un perfil de ciudadanía activa y participativa.

Para sostener y asegurar la democracia moderna en los países en los cuales se encuentra consolidada, así como preservarla en aquellos donde el sostenimiento de la gobernabilidad es un desafío casi diario, la preocupación institucional debe situarse en reforzar la vigencia del de los derechos y valores sobre los que se asienta el sistema democrático constitucional.

El vértice de éste sistema, lo constituye - como ha dicho el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en “Handyside” – “el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura”, lo que conduce indefectiblemente en un sistema político regido por la regla de la mayoría al amparo y extensión de las minorías y sus reglas, que aparecen como vías de control y pulmón del sistema.

³³ Cabe hacer la salvedad (a pesar que este punto no constituye materia de este trabajo) que este “conjunto unitario” sirve también para asegurar la protección de esferas privadas de la vida de las personas, es decir no tiene una aplicación exclusivamente política.