

VOTO Y SENTENCIAS: DEMOCRACIA Y DERECHOS

por Pasquale Pasquino*

“El Congreso no sancionará ninguna ley...”
Constitución de Estados Unidos, 1ª Enmienda

Sabemos empero que ninguna sociedad estuvo o puede estar compuesta por una masa tan homogénea de ciudadanos (...) Queda entonces por preguntar si una mayoría con algún interés común, o sintiendo alguna pasión en común, hallará motivos suficientes que la reprima de oprimir a la minoría. A un individuo nunca se le permite ser juez o incluso testigo de su propia causa. Si dos individuos se encuentran bajo la parcialidad del interés o la enemistad contra un tercero, los derechos de este último nunca podrán estar referidos, sin riesgos, a la mayoría de los tres. Dos mil individuos ¿serán menos aptos para oprimir a mil, que doscientos mil a cien mil?

James Madison, *Carta a Thomas Jefferson*, 24 de octubre de 1787+

El propósito de una Declaración de Derechos era el de sustraer ciertos temas de las vicisitudes de la controversia política, de colocarlos más allá del alcance de las mayorías y de los oficiales y de establecerlos como principios legales a ser aplicados por las cortes. El derecho individual a la vida, a la libertad, y a la propiedad, a la libertad de expresión, a la libertad de prensa, a la libertad de culto y de asamblea, y a otros derechos fundamentales no pueden estar sometidos al voto: no dependen del resultado de ninguna elección.

Juez Robert Jackson, *West Virginia Board of Education vs. Barnette*, 319 U.S. 624, p. 638^{**}

* Senior Fellow del Centre National de la Recherche Scientifique (CNRS), París, y Profesor Visitante de Ciencia Política y Derecho de la New York University. E-mail: pasquino@ext.jussieu.fr. [Traducción de Déborah Dietl, controlada por el autor].

+ Madison (1999: 150).

** Citado en Holmes (1995: 135). Ver también Dahl (2000: 51): “no obstante, algunos intereses pueden protegerse del uso ordinario de la regla de la mayoría. En mayor o menor grado, todas las constituciones democráticas lo hacen”. Es interesante notar que Dahl habla de intereses y no de derechos. [N. de la T.: Para la edición en español, la cita es Dahl (2003: 61)].

Dos compadres encontraron una importante suma de dinero en la calle y empiezan a discutir para saber quién se la quedaría, cuando llega el mullah Nasroddine. Le piden su arbitraje. –Acepto– dice, a condición de que ninguno de vosotros ponga en tela de juicio mi veredicto. –Lo prometemos, dicen. –Y bien, mis queridos amigos, como yo necesito este dinero más que vosotros, lo conservaré y os prometo que, en cuanto mis finanzas mejoren, ¡os lo devolveré para que vosotros lo compartan!†.

La primer característica del poder judicial, en todos los pueblos, es servir de árbitro.

Alexis de Tocqueville, *La democracia en América* §

I. Europa, democracia y derrotas electorales¹

Todos los regímenes democráticos (con este término me refiero a gobiernos electivos/representativos) albergan una característica de la que prefieren no hablar: obligan a la minoría a aceptar y adoptar las decisiones de la mayoría. Esta característica explica por qué el tema de la homogeneidad social (y hasta cierto punto, de la homogeneidad económica y cultural) ha sido uno de los principales problemas de la ideología democrática, desde Rousseau en adelante (estoy pensando en Carl Schmitt y Hermann Heller, por ejemplo –pero también en Robert Dahl–)². En el debate europeo ac-

† La historia ejemplifica lo que no es la imparcialidad jurídica. Texto tomado de Leroy (2002 : 49).

§ Tocqueville (1837, Tomo I: 182).

¹ El término inglés *outvoting* es objeto de un importante *excursus* en George Simmel (1998: 162 y ss.). Un pasaje de este texto (163) plantea claramente una cuestión relacionada con una mencionada posteriormente en este artículo: “como todo conflicto entre los miembros de un grupo pone en duda su perseverancia, el sentido del voto –y la adhesión a los resultados aun de la minoría– es que la unidad del todo debe prevalecer en toda circunstancia, sobre y más allá de los antagonismos de opinión y de intereses particulares. Esto constituye, en toda su aparente simplicidad, una de las formas más convenientes de permitir que una oposición individual fluya a un resultado unificado”.

² Este punto es desarrollado con su usual claridad por Michele Salvati en un artículo aparecido en *La Repubblica* el 13 de junio de 2003: “una buena democracia tolera un rango restringido de disenso e intensidad emocional: es posible si las opiniones y

tual, esta cuestión de la homogeneidad regresa, frecuentemente, bajo la forma de la pregunta sobre el *demos* europeo. Debatiendo acerca de su presencia o ausencia, mayormente de su presencia, uno descuida qué está verdaderamente en juego en esa discusión. Como parece manifiesto, y por ende, innecesario clarificar las razones por las cuales *la democracia presupone un demos*, el debate descuida la sustancia que el concepto pudiera contener.

La investigación empírica (en particular la que se llevó a cabo en *Eurobarómetro*) muestra que, por ejemplo, entre los ciudadanos de los países escandinavos y del Reino Unido existe una fuerte desconfianza hacia el fortalecimiento de los lazos políticos europeos³—desconfianza de pertenecer a la misma comunidad política que países del centro y sur de Europa, con una historia y especialmente con un pedigree democrático diferente del suyo; uno, debe decirse, no precisamente brillante—. Desde el momento en que en la Unión Europea se tomarán un mayor número de decisiones no por unanimidad, sino sobre la base de alguna mayoría calificada, no es sorprendente que los suecos se sientan amenazados por la posibilidad de ser derrotados y de verse sujetos a una política que corresponda a la voluntad de países como Italia, España, Grecia, Portugal, o incluso Francia y Alemania—un país no precisamente sureño, pero sí perpetuamente castigado por los males de su pasado—. Podría ser que los ingleses y los escandinavos tuvieran en mente un modelo democrático propio, distinto al continental o al del sur europeo: piensan (implícita o explícitamente) en el modelo de Westminster, en el cual el poder de la mayoría electoral es mucho más fuerte y libre de los frenos y contrapesos que caracterizan, en principio, las estructuras constitucionales de regímenes post-autoritarios (como Alemania, España, e Italia—este último, desafortunadamente, actualmente corre el riesgo de perder credibilidad en este aspecto—). La realidad es que, sin percatarse de ello, lo que tienen en mente es la Francia de la Tercera y Cuarta Repúblicas, donde la ausencia de un poder judicial con atributos efectivos de poder—es decir, de un contrapoder— permitió la soberanía parlamentaria mucho más que en el Reino Unido, donde la mayoría está acostumbrada a tener autocontrol y

creencias sobre lo que los ciudadanos consideran crucial para ellos mismos no distan demasiado entre sí o no son demasiado intensas, si la victoria electoral de la oposición es considerada una posibilidad desagradable pero con la que se puede coexistir pacíficamente—no una tragedia o una amenaza—”.

³ Por ejemplo, una mayoría del 80 por ciento de los italianos, españoles y húngaros aprueban la idea de tener una constitución europea, mientras que en Gran Bretaña, Dinamarca y Suecia, la misma idea es compartida por sólo el 45 por ciento de la población (datos de *Il Sole 24 ore*, 27 de julio de 2003). Los resultados del reciente referéndum en Suecia sobre la moneda europea confirman estas encuestas.

donde las cortes del *Common Law* ejercen un control sobre las acciones del gobierno.

Es cierto que aun en el modelo más puro de democracia representativa, del que el Reino Unido es probablemente la mejor aproximación, las minorías esperan las siguientes elecciones con la esperanza de reemplazar al gobierno de la mayoría. Esto tiene ciertas virtudes (sobre todo en el caso de sistemas constitucionalmente parlamentarios y políticamente bipartidistas): en especial, hacer evidentes y fácilmente identificables las responsabilidades políticas, y facilitar a los gobernados a través del voto popular el castigo a los gobernantes en caso de insatisfacción con sus acciones.

II. El voto y la resolución de conflictos

Aquí quisiera centrar la atención sobre el siguiente punto: *el voto democrático es un mecanismo particular de resolución de conflictos*⁴. Lo que me

⁴ Aquí me refiero al voto en una asamblea deliberativa y tomadora de decisiones, no a una asamblea electoral; en general, esta última se equipara automáticamente con la primera. Soy consciente de la importancia y complejidad de esta cuestión, pero no me concierne este aspecto del análisis. (Quisiera no obstante citar un texto de A. Esmein (1927: 351, n. 136), en el que opone el voto a las elecciones). Además, debe quedar claro que mi tema aquí es el voto de los ciudadanos para resolver los desacuerdos dentro de la comunidad, como en el caso de un referéndum, o el voto de una asamblea representativa cuyos resultados son vinculantes para la ciudadanía. Por supuesto, el voto también tiene otras funciones importantes: puede ser usado para elegir un líder (como cuando un cónclave de cardenales elige un Papa); o para elegir gobernantes *pro tempore*, como en el caso de elecciones en un régimen representativo, donde el voto funciona no solamente para elegir, sino también como un mecanismo de control en el momento de concluir el mandato. Debe notarse, asimismo, que en este caso la calidad del voto no es tanto democrático-igualitaria, sino más bien aristocrática, pues provee para la elección, la opción, la selección de aquellos que sean más aptos. Ésta es la notoria concepción del mecanismo electoral, de Aristóteles a Rousseau. Fue Tomás de Aquino quien primero describió el mecanismo como “democrático”, observando que, como la elección se hace entre todos los miembros de una comunidad con derecho al voto, la designación de los gobernantes es el elemento democrático de un *gobierno mixto* (en el que los propios gobernantes electos constituyen el elemento aristocrático y el rey el monárquico). En tercer lugar, y sin intención de agotar el tema, el voto permite poner fin a un proceso de deliberación que es abierto por naturaleza y sin límite de tiempo, más allá que pudiera alcanzarse un consenso general. El voto en este sentido es un recurso debido a las restricciones temporales del proceso de toma de decisiones y que favorece a la regla de la mayoría por sobre el compromiso y la persuasión.

conciene son algunas de sus principales características. Es lógico asumir que el *desacuerdo* es una esencial e inevitable dimensión de la vida conjunta. Dentro de un grupo estable de individuos, el desacuerdo (cuando serio) produce conflicto. Si se quiere evitar el recurso a las armas, con los altos costos que ello acarrea, o la atribución de un exclusivo poder decisonal a un sujeto monocrático, un “príncipe” –un tema sobre el cual el capítulo de *El príncipe* de Maquiavelo dedicado al “principado civil” sigue siendo fundamental–, un medio alternativo para trascender la discordia es el voto de los miembros de la misma comunidad. Este método de *resolución de conflictos* (en breve consideraré una alternativa) conlleva consecuencias y presupone ciertas condiciones preexistentes. Las condiciones necesarias para su funcionamiento son: que todos los miembros del grupo se consideren sustancialmente iguales entre sí⁵, que entre ellos la dimensión de animosidad radical esté apagada (así uno pueda hablar de “unidad política”)⁶, y que haya algún tipo de conciencia de un “nosotros”, de un destino común –o quizás de un pasado compartido (esto contribuye al *Wir-Bewusstsein*, pero según mi parecer no es una condición *sine qua non*)⁷–. Sólo bajo estas condiciones, cuyos detalles son difíciles de especificar, el grupo que perdió la votación aceptará la voluntad de la mayoría y, gracias a esta aceptación, se transformará en aquello que no era en el momento de la votación: la *voluntad general* –una voluntad, esto es, que será aceptada, seguida, y llevada a cabo por (casi) todos–. Si esto no fuera así, la minoría vencida tomaría las armas o al menos ejercería una resistencia pasiva a la voluntad de la mayoría, que en ese caso no sería sino la voluntad de una parte (aun cuando de la mayoría). La existencia de un *demos*, que significa en este contexto un grupo que puede considerarse lo suficientemente homogéneo y consensual como para aceptar la voluntad de la mayoría, es una condición inextirpable para la existencia de una comunidad política estable.

Que la Unión Europea deba poseer las características de un *demos* homogéneo como el que se describe anteriormente es debatible y tema de

⁵ Esta cuestión es planteada en el viejo, extraordinario, aún controversial texto de Edoardo Ruffini (1926; 1976); en el mismo se lee, por ejemplo: “la equivalencia de los votos (...) presupone una igualdad, real o convencional, de autoridad entre los votantes; esto conlleva que una asamblea integrada por los débiles y por los fuertes no puede decidir por regla mayoritaria” (50).

⁶ Éste es el sentido en que las observaciones de Schmitt acerca del criterio político son para mí teóricamente relevantes.

⁷ No queda claro, por ejemplo, qué era la historia “común” de Italia en 1861. Sobre este tema, ver la tesis de Jürgen Habermas –retomada en la Introducción de Zagrebelsky (2003)–.

gran desacuerdo dentro de la Unión, como lo es entre los académicos. Hablar, por ende, de un “déficit democrático” (o de suficiencia democrática) es poner el carro delante del caballo. En la mayoría de los casos termina oscureciendo el tema en discusión. Así también ocurre con el debate sobre la soberanía, como si fuera (como Bodin, Rousseau y sus discípulos creían) parecida al huevo de una gallina: debe partirse para poder ser compartido. En mi opinión el verdadero problema subyacente a la cuestión de los europeos, del déficit democrático de la Unión Europea y demás, está relacionado con la lógica del voto mayoritario (simple, pero también hasta cierto punto, calificado), que impide a la minoría excluida aceptar la voluntad de cualquiera sea la alianza que reúna la mayor cantidad de votos⁸.

III. El voto, la mayoría y la identidad

Como autores de diversa índole (como Robert Dahl y Carl Schmitt) han observado, el principio democrático del gobierno de la mayoría es un método viable para lidiar con el disenso y el conflicto sólo —como he indicado— en sociedades (ya) no afectadas por conflictos radicales (o donde las posiciones de contestación radical se limitan a minorías ligeras controlables por la policía). En casos de conflicto extenso y radicalizado, como lo son las guerras civiles religiosas en la Europa moderna —aquellos conflictos en los que el grupo minoritario jamás aceptará la voluntad de la mayoría— la opción democrática no es viable, y debe recurrirse al “principado”, en el sentido maquiavélico de poder monocrático: a la monarquía absoluta, a la partición territorial (*cuius regio ejus religio*), o a la “conversión” (voluntaria o, donde posible, forzada) de los disidentes. Las razones de esto son claras si uno se detiene a reflexionar sobre el mecanismo de toma de decisiones a través del voto. Un grupo de individuos puede aceptar la derrota electoral sólo si las consecuencias del voto no le resultan catastróficas. No es sólo una cuestión de garantizar que los resultados del voto no sean irreversibles, es

⁸ Romano Prodi, en la Introducción a Tognon (2003), a la pregunta de “¿por qué, en general, el voto mayoritario inspira tanto temor?” responde, en forma atinada: “porque cada Estado miembro teme encontrarse en la minoría en determinadas situaciones y por ende tener que acatar decisiones poco gratas. En otras palabras, es el temor a perder soberanía lo que impide a algunos estados aceptar el principio de renunciar a las decisiones unánimes. El punto es que en algunos sectores de la sociedad, la soberanía nacional ha devenido desafortunadamente en una ficción” —un asunto crítico, pero que no puede explorarse aquí—.

decir que uno puede llamar nuevamente a elecciones (podemos denominar esto el principio de *lex posterior* –en el sentido que una decisión legal puede anular la decisión tomada por una mayoría previa–). Nótese que esto tiene una implicancia extraordinaria, que la minoría no sea absoluta, ni aislada –es decir, incapaz, bajo cualquier circunstancia, de convertirse en mayoría–. Más aún, es menester que *algunas opciones no estén sometidas al voto*: aquellas opciones que alguna subunidad del grupo consideren esenciales para el mantenimiento de la propia identidad, pues conceder en estas cuestiones implicaría conceder su naturaleza, forma, o la mera existencia de sus miembros –para un católico militante, la afiliación religiosa no puede estar subordinada al proceso democrático (y todos poseemos identidades de las que nos sentimos inseparables: nuestro género, quizá nuestra lengua, etc.)–.

Sobre la base de estas observaciones, podemos afirmar que es necesario distinguir entre los dos sentidos del principio de igualdad, o mejor dicho, entre dos dimensiones en las que se la puede proclamar. Una comunidad democrática (que resuelve sus disputas a través del voto –quizá la definición minimalista más apropiada del término democracia⁹–) presupone la aceptación del principio de igualdad, en el sentido de *un ciudadano, un voto*¹⁰. En cualquier caso, en una sociedad que no es totalmente homogénea (para ser realista, en todas las sociedades), no todas las decisiones pueden ser sometidas al voto. En este sentido, *no todas las decisiones nacen iguales* (en contraste con los miembros de la comunidad). *Algunas, por ahora llamémoslas aquellas vinculadas a la identidad de los individuos, están excluidas del voto*. En otras palabras, éstas deben estar exentas de la posibilidad de ser derrotadas. Las razones (opuestas entre sí) por las cuales ciertas opciones deben ser excluidas del voto son: porque existe un sustancial consenso en el grupo (exactamente lo que significa el término homogeneidad); o porque las opciones no están a disposición de la mayoría¹¹. Éstas son opciones protegidas, garantizadas, y por ende excluidas del juego democrático. No es posible recurrir al voto comunitario

⁹ Más reducida aún a su esencia que la definición propuesta por Adam Przeworski y Norberto Bobbio, quienes sostienen que una sociedad es democrática si el gobierno puede ser expulsado en ausencia de conflicto violento simplemente a través de “piedras de papel”, es decir, boletas electorales.

¹⁰ Aquí en el sentido de igual participación en la toma de decisiones, lo equivalente al principio de inclusión en el cuerpo soberano.

¹¹ Por supuesto no se recurre al voto acerca de aquello que excede las posibilidades concretas de acción del grupo, como la cantidad de estrellas, la existencia de las estaciones del año, etc. Como notó Aristóteles, es posible deliberar y decidir sólo acerca de aquello que yace dentro de nuestro poder, de nuestra fuerza y de nuestra voluntad.

en cuestiones sobre mi género, religión, o lengua (hasta cierto punto). Por supuesto, debe decirse rápidamente que en una comunidad democrática *puede surgir disenso acerca del límite entre ambos dominios*: el sujeto al voto y el exento de él. Debemos detenernos en este punto y ahondar en él.

Demócratas radicales (como Jeremy Waldron)¹² insisten en que sólo la mayoría democrática puede decidir sobre la ubicación de este límite. Si se reflexiona por un instante, se advierte que semejante tesis sólo es razonable en una sociedad perfectamente homogénea (una Nueva Zelanda, nación de Waldron, un tanto idealizada y excluyendo a los maoríes) –donde, es más, esta cuestión ni siquiera surge–. En una sociedad así, por definición, los valores fundamentales de la identidad grupal son compartidos –lengua, religión (pero no género)–. Por eso, la conocida frase de Delolme –frecuentemente citada, quizá, sin ser comprendida del todo– presentó la doctrina inglesa de la soberanía parlamentaria en estos exagerados términos: el Parlamento inglés puede decidir sobre todo menos el género de los súbditos de su majestad¹³. En el caso opuesto (cuando una sociedad no es completamente homogénea) la doctrina en cuestión es una perfecta receta para la tiranía, gracias a la cual podríamos ver no sólo la imposición en el sistema tributario, el número de “obras públicas” que se llevarán a cabo en los próximos diez años, o la velocidad máxima en las autopistas, sino también una religión, una lengua, o, algún día, nuestra propia identidad de género.

La antigua aversión de Europa occidental a la democracia, desde Platón a Leibniz, surge no sólo del carácter excesivamente litigioso (sea esto verdadero o no) de la experiencia democrática real, sino del hecho de que la mayoría de los grupos numerosos en toda sociedad tradicional eran manifiestamente los pobres (¡el sentido original del vocablo griego *demos*!). Surge, asimismo, del hecho de que los grupos más ponderados o más privilegiados¹⁴ siempre

¹² Por ejemplo, ver *Principio di maggioranza e dignità della legislazione*, Giuffrè, Milano, 2001; ver también Pintore (2003).

¹³ En otras palabras, esto por supuesto no puede decidirse mediante el voto, pues el género de un sujeto no puede ser efectivamente modificado por tal decisión. En este sentido, el Parlamento inglés puede decidir acerca de todo lo decidible, pero no acerca de aquello sobre lo que es imposible afectar con una decisión. Hoy en día el progreso tecnológico ha ampliado los límites de lo posible, por lo que un parlamento puede decidir prohibir a sus ciudadanos cambiar de género, ¡o imponerles un cambio!

¹⁴ Por lo general ambos coinciden. Cuando éste no es el caso, como al final del Antiguo Régimen en Francia, puede haber quiebres radicales e incluso una revolución social. (Vale la pena reflexionar sobre el caso de la Cristiandad medieval, en la que la Iglesia mantenía prácticamente un monopolio cultural, mientras que el poder político recaía en quien controlase a los hombres de armas).

constituyen una minoría en toda comunidad, y nunca aceptarán ninguna forma de subordinación a las reglas ni a la identidad de las mayorías que podrían sistemáticamente imponer su voluntad a través del voto democrático (aquel que hace a todos sus miembros iguales y que impone sus resultados sobre todos los grupos minoritarios). En este contexto, uno recuerda la proposición de John Stuart Mill, quien pretendía que a cada persona culta (?) le fuera asignado más de un voto. “Gobierno representativo” ha significado, hasta cierto punto, la posibilidad de las elites de protegerse de los efectos del voto de la mayoría popular (Sieyes en Europa y Madison en América fueron teóricos de esta doctrina que hoy se hace pasar por democracia). El cambio cualitativo que generó el gobierno representativo es la inclinación del eje de poder decisonal de la *ekklesia* (asamblea del pueblo) al Parlamento electo; desde el pueblo hacia una oligarquía electa –mucho más homogénea– en la que las clases privilegiadas, debido a su cultura o propiedad, logran moderar los efectos de una decisión mayoritaria y evitar los riesgos de una democracia dominada por las clases llamadas “peligrosas” en el siglo XIX. Por supuesto la elección y selección de los representantes depende del pueblo (de los votantes), pero el pueblo debe elegir entre aquellos grupos privilegiados que pueden hacer de la política una profesión. La extensión del sufragio, tan temida por los grupos más conservadores y tan buscada por aquellos más cercanos a los ideales socialistas, no ha cambiado la naturaleza elitista de los gobiernos representativos, aun si todos en las democracias modernas son libres de expresar cualquier desconfianza que tengan sobre la calidad de las elites políticas y de competir por la mayoría en las asambleas electas.

IV. Breve digresión sobre Irak

El hecho que la democracia (en el sentido especificado anteriormente), lejos de ser el último horizonte de la humanidad (como alguna vez se dijo acerca de otra religión política hoy en desuso: el marxismo), parece ser en vez un sistema con luces y sombras, queda más claro si pensamos por un momento en la obsesión de Blair de imponer la democracia en Irak –que es la justificación “de izquierda” (*liberal*) para la ocupación militar–. Si uno realmente aceptara hoy (y quién sabe por cuánto tiempo más) las reglas democráticas para la solución de conflictos en Irak, esto llevaría a que la mayoría subordinara a las minorías sunnitas, cristianas y kurdas a una teocracia shiíta. Esto no sólo contradiría el deseo de las fuerzas de ocupación de ver en el poder a un grupo no hostil hacia Estados Unidos, sino que también

crearía una situación intolerable para las minorías, que ninguna persona sensible podría desear. Basta recordar la dramática pero perfectamente justificable decisión de anular las elecciones ganadas por grupos fundamentalistas islámicos en Argelia, o los resultados electorales en Alemania a fines de la República de Weimar.

* * *

Parece ser, entonces —ésta es la primera conclusión provisional— que la forma democrática de resolución de conflictos, el voto, no puede aplicarse razonablemente en cualquier caso. Algunas decisiones deben estar exentas del proceso de votación; sin abusar demasiado del término, creo que podríamos llamarlos derechos (fundamentales)¹⁵.

Estos derechos no entran, por ende —continuando con el razonamiento que venimos desarrollando hasta ahora— en la esfera de la mayoría democrática. Sin embargo, existen conflictos, como se indicó anteriormente, acerca de la naturaleza, el grado y las implicancias de estos derechos. ¿Cuáles podrían ser los medios de resolución de dichos conflictos —esto es, aquellos que caen en el territorio que divide los conflictos solucionables democráticamente y los que son excluidos de este tipo de proceso de *resolución de conflictos*—?

V. El juez y el control constitucional

Si rechazamos la tiranía democrática —según la cual *todo* disenso y conflicto se resuelve mediante el voto— debemos preguntarnos qué formas o modos alternativos existen para la resolución pacífica de conflictos dentro de una comunidad política. Si la violencia y varias prácticas mágicas —como el análisis de vísceras de animales, la interpretación del vuelo de los pájaros, etc.— son excluidas, la historia y el pensamiento proveen al menos un modo alternativo importante. Antes de entrar en su especificación deberíamos recordar, en primer lugar, que en ciertos casos es inconcebible decidir sobre ciertas cuestiones a través del voto —particularmente en aquellos casos en los que el desacuerdo se produce entre *dos* partidos, pues en este caso el voto no

¹⁵ Existe otro significado de la noción de *derechos* (e incluso a veces está presente en constituciones), que debe distinguirse de los discutidos en este texto: el derecho al trabajo, a la salud, etc. Aquí, en lugar de las opciones protegidas del voto, se debería hablar de estímulos para la acción legislativa.

resolvería el conflicto¹⁶-. En esta eventualidad, la solución alternativa consistiría en recurrir a un tercer “partido neutral” con la autoridad de resolver el conflicto con una decisión autoritaria (sin posibilidad de apelación). A esto lo podemos llamar el *tercer partido neutral*, o el *juez*.

Debe quedar inmediatamente claro que el árbitro-juez en cuestión no se asemeja en nada a la ficticia *bouche de la loi*, que se limita a descifrar silogismos prácticos¹⁷. El juez al que aludo porta el antiguo nombre de Salomón. En una forma ya compleja aparece por primera vez en una escena de Homero, en el Libro XVIII de *La Iliada*, en el que se describe el escudo de Aquiles.

En el conflicto entre *dos* partidos, el voto es inútil pues no produce efecto alguno. En otros casos, no puede aplicarse porque los resultados serían inaceptables por un irremediable conflicto de intereses. Veamos las razones de su porqué.

Cuando uno habla de “dos partidos”, pueden estar implicadas varias situaciones (y me limito a los conflictos que presuponen la existencia de una comunidad política y que ocurren dentro de ella). En el sentido más estricto, los dos partidos son dos individuos. En este caso la resolución a través del voto es imposible; sería simplemente otra forma de decir desacuerdo y no una forma de salir del *impasse*. Existen otros casos en los que los partidos son dos grupos, o un individuo de un lado y un grupo del otro (o llamemos “institución” a este “grupo”). Si el caso es entre dos grupos y uno de ellos es una minoría *aislada* y condenada a permanecer como tal en el futuro, la resolución a través del voto sería una burla. Queda claro que en tal situación la decisión que resolvería dicho conflicto estaría dada por un tercer partido juez, por el mismo motivo por el cual el voto no se emplea para resolver dichos casos: en aras de evitar la tiranía de la mayoría¹⁸. Más interesante es

¹⁶ Para que el voto exprese un resultado –como observó Hobbes– son necesarias ciertas condiciones formales: el número de tomadores de decisiones debe ser un número impar mayor que uno. Las asambleas compuestas por un número par de integrantes corren el riesgo de ser incapaces de llegar a una decisión. En estos casos debe emplearse un recurso no democrático –aquel que otorga a algún miembro de la asamblea (el más antiguo o el presidente) el poder de transformar con su voto una de las estancadas mitades en la facción dominante–. Una alternativa posible, en el caso de un empate en el voto, es el de mantener el *statu quo ante*.

¹⁷ Sobre este punto ver *Uno e Trino*, Milano, Anabasi, 1994 y “Prolegomena to a Theory of Judicial Power: The Concept of Judicial Independence in Theory and History”, en *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, N° 2, 2003, Kluwer.

¹⁸ Este es el caso más evidente e intuitivo de recurso abusivo al principio democrático de la regla de la mayoría. Schumpeter (1975: 22) escribía: “transportémonos a un país hipotético donde, en forma democrática, se practica la persecución a los cristianos, la

el caso del conflicto entre un ciudadano, cualquiera sea, y la mayoría política, o el legislador, u otra institución estatal, sobre derechos constitucionalmente protegidos. En este caso también el voto estaría fuera de lugar. ¡Sería como decidir un desacuerdo entre Estados Unidos y la República de Andorra a través de un conflicto armado!

Sostengo que la intervención de un tercer partido neutral es la única forma racional y justa de resolver un conflicto entre un ciudadano y las instituciones del Estado, aunque el primero reclame que las segundas (aun si imponen una mayoría electoral, como en el caso de un estatuto sancionado por la mayoría en el Parlamento)¹⁹ estuvieran violando el pacto original de la comunidad política: ¡aquel que protege los derechos fundamentales del voto! Sea o no cierto —es decir, aunque la violación de los derechos fundamentales haya tenido lugar o no— esto no puede decidirse democráticamente por la mayoría, ni por la mayoría ciudadana, ni por una mayoría de funcionarios electos y responsables (*accountable*). Lo que propongo brinda al control constitucional un fundamento más “radical”, por así decirlo, que aquella que se deriva del constitucionalismo *stricto sensu*: se podría decir que la existencia de “constituciones rígidas” en cierta medida provee una justificación teórica para la rigidez constitucional²⁰. Mi tesis sostiene que el mecanismo del voto democrático como un medio de *resolución de conflictos* debe evitarse en una serie de casos que surgen dentro de la comunidad, pues jaquearía la propia base de la coexistencia del grupo —siguiendo a Thomas Hobbes, esto acarrearía guerra, rebelión, y violencia, en lugar de paz y orden—. Esto involucra no sólo casos que conciernen minorías “estructurales”, sino también los derechos de los individuos para con la autoridad pública, o incluso conflictos entre ramas del

quema de brujas, y la masacre de los judíos. Ciertamente no deberíamos aprobar esta práctica solamente por el hecho de que fue decidida acorde a las reglas del procedimiento democrático”.

¹⁹ La objeción de que la decisión tomada por un juez tiene un carácter “aristocrático”, en oposición al carácter “democrático” de una decisión tomada por una mayoría electa y políticamente responsable, debe algo al pensamiento mágico y a la terminología fetichista. Pensar que la elección de cien mil personas es *siempre* y naturalmente superior a la elección de un único individuo es tan irracional como creer lo contrario. Es igualmente absurdo creer que el juez —como tercer partido— estará errado simplemente porque es un individuo, o porque pertenece a un grupo pequeño (literalmente, un sujeto monárquico u oligárquico).

²⁰ La expresión *rigidez constitucional* quiere decir, al menos desde el trabajo de James Brice (1998), el principio por el que las normas constitucionales son eximidas de la posibilidad de ser modificadas por una mayoría parlamentaria, pero en cambio requieren una mayoría calificada o un procedimiento especial para ser modificadas.

Estado, en sistemas constitucionales donde existe una real separación de poderes, y asimismo también una falta de soberanía por parte de una única rama o institución estatal. El principio del “imperio de la ley”, según Dicey, como el de *Rechtsstaatlichkeit*, dice precisamente esto: que en caso de dichos conflictos, lo que se requiere no es el voto, sino un juez²¹.

VI. Objeciones

Uno podría decir que un juez neutral es una ilusión, y que incluso los jueces, en el caso de un colegio judicial (no de un juez monocrático), como las asambleas populares y parlamentarias, deciden a través del voto mayoritario. Ésta es una objeción importante que, aunque sea en forma sucinta, debe ser considerada aquí.

La palabra *neutralidad* no pretende denotar la cándida ilusión de un juez-máquina, un autómatas sin pasión o emociones, que se pronuncia como la “boca de la ley”; no pretende significar tampoco el fénix árabe, dios terrestre, una entidad imposible de encontrar y por ende fácilmente descalificable como mito. La neutralidad simplemente denota la propiedad de ser un tercer partido independiente²². Entre los dos partidos de una asamblea política existe un natural conflicto de posiciones y concepciones, y por lo general una oposición de intereses. El mecanismo democrático de resolución de conflictos por definición atribuye a la mayoría la capacidad de autoridad decisional. El juez, en contraste, no debe estar involucrado en el conflicto a resolver. Si este fuera el caso, las partes pueden objetarlo y exigir un juez

²¹ En un modo particular –es más, uno que sirvió a los ciudadanos más pobres (por lo cual el nombre “democracia”)– esto también ocurrió en la Atenas del siglo IV a.C. con la *graphè paranomôn*: la acción legal contra un decreto votado por la asamblea pero considerado contrario a las leyes de la ciudad, que tenía lugar en el *dikastèrion*, la suprema corte de la ciudad y su más importante institución –como ha demostrado Mogens H. Hansen (1991), el principal estudioso de las instituciones de la democracia ateniense–. Nótese que la *graphè* fue conducida indirectamente contra la decisión de la *ekkleisia* y directamente contra el proponente de la *psephismata*.

²² La “independencia” debería ser entendida en un doble sentido. En primer lugar, el tercer partido que juzga debe ser independiente y neutral respecto de los dos partidos en conflicto, para así ser confiable para ambos y por ende capaz de resolver el conflicto con “justicia”. En segundo lugar, en un Estado constitucional, el tercer partido debe ser independiente de las demás ramas e instituciones del Estado (en particular, de los poderes legislativo y ejecutivo); de otra manera, sería imposible juzgar casos en los que estos órganos del Estado fueran partes del conflicto.

neutral. El juez ciertamente tiene sus propias opiniones y su propia concepción de la justicia, pero no debe derivar ningún beneficio material de una decisión en favor de alguno de los dos partidos²³. Naturalmente es posible que decida del mismo modo en que lo hubiera hecho la mayoría democrática²⁴. Pero no puede haber duda —como debería quedar claro— que su decisión es más neutral que la que habría sido la de alguno de los partidos en litigio, o la que habría sido si el juez hubiera estado presionado por la mayoría para decidir de una forma determinada para así poder mantener su posición —ésta es justamente la situación, de hecho, de los funcionarios electos, quienes son *accountable* (responsables ante el electorado), y están por ende bajo la directa presión del público, del que dependen para la renovación de su mandato—. La lógica que niega la posibilidad de que un juez obtenga la neutralidad de un tercer partido simplemente porque posee, como todo ser humano, creencias, pasiones, y preferencias de todo tipo, es una forma de extremismo doctrinario que niega tanto el valor de las reglas y los mecanismos de la elección de funcionarios públicos —elección *pro tempore* con la posibilidad de renovar el mandato, en lugar de una asignación de por vida; o por un tiempo determinado, sin la posibilidad de renovación— como también, sin ofrecer evidencia alguna, niega la posibilidad misma de que el juez pueda actuar o decidir imparcialmente.

En lo que hace a los casos cuando el cuerpo judicial alcanza una decisión a través del voto, no sólo después del intercambio de opiniones y el arribo a un consenso final, se debe considerar, primero, que el voto dentro del cuerpo judicial debería ser sólo una *extrema ratio*, utilizada porque los jueces, como todos, no pueden deliberar *in aeternum*. El voto, en este contexto, es un recurso para poner fin a la discusión. Segundo, y más importante, que los participantes de la discusión no son los partidos en conflicto²⁵, no comparten sus intereses, y esencialmente, de su decisión, cualquiera sea ésta —y esto debe ser iterado— no deriva

²³ Su decisión, por ejemplo, no debe tener ningún impacto sobre su rango, estipendio, o continuidad laboral.

²⁴ Como es sabido, frecuentemente se hacen dos críticas a las instituciones que protegen la constitucionalidad: la primera, que atentan contra la mayoría y que son por ello no democráticas; la segunda, que deciden acorde a lo que la mayoría democrática prefiere, y son por ende fútiles. Éste no es el lugar para evaluar dichas críticas, sus fundamentos, o sus méritos y límites. Solamente resaltaré que recuerdan a aquellas críticas que el trabajo de Manzoni, con su gran sentido de la ironía, demostraba cómo se cancelaban entre sí.

²⁵ Esta es una diferencia esencial respecto al voto democrático, en el que las mismas partes involucradas votan sobre los temas que les conciernen directamente.

ningún beneficio material o profesional. Si, como en la decisión de la Suprema Corte de Estados Unidos en el caso *Bush vs. Gore*, los jueces están divididos a lo largo de los mismos ejes ideológicos que dividen a los partidos ante la corte, la justicia pierde credibilidad y su ejercicio se convierte en un abuso.

Coda

Las observaciones precedentes –debe quedar claro– representan un intento preliminar de estudiar algunos aspectos de la realidad institucional del Estado constitucional concernientes a los problemas de la resolución de conflictos, de los que el “tercer partido juez” y el “voto democrático” son dos versiones a la vez complementarias y alternativas. La hipótesis esencial en la que se basa esta discusión es que el Estado constitucional es un *gobierno mixto* fundado sobre cuerpos electos, representativos y judiciales que encarnan diversas formas de legitimidad, a la vez que poseen diversos modos de resolución de conflictos²⁶.

Bibliografía

- Brice, J. (1998) *Costituzioni flessibili e rigide*, edición de A. Pace, Milán, Giuffrè.
- Dahl, R. (2000) *How Democratic is the American Constitution*, New Haven, Yale University Press.
- Dahl, R. (2003) *¿Es democrática la Constitución de los Estados Unidos?*, Buenos Aires, FCE.
- Eckhoff, T. (1965) “Impartiality, Separation of Powers and Judicial Independence”, en *Scandinavian Studies in Law*, N° IX.
- Eckhoff, T. (1967) “The Mediator, the Judge and the Administrator in Conflict-resolution”, en *Acta Sociológica*, pp. 148-72.
- Esmein, A. (1927) *Éléments de droit constitutionnel français et compare*, París.
- Hansen, M. H. (1991) *The Athenian Democracy in the Age of Demosthenes*, Oxford, Blackwell.
- Holmes, S. (1995) *Passions and Constraints*, Chicago, Chicago University Press.
- Leroy, D. (2002) *La sagesse afghane du malicieux Nasroddine*, París, Editions de l’aube.
- Madison, J. (1999) *Writings*, edición de J.N. Rakove, The Library of America.

²⁶ Sobre algunas de las cuestiones conceptuales mencionadas en este artículo, recomiendo los escritos fundamentales del jurista noruego Torstein Eckhoff (1965, 1967). Quisiera agradecer a mi amigo Carlo Guarnieri, quien me resaltó estos importantes aunque poco reconocidos trabajos. Respecto a las cuestiones del control constitucional, permítaseme citar un artículo mío (Pasquino 2002), cuya versión en inglés se encuentra en el sitio web del Jean Monnet Center de la New York University.

- Pasquino, P. (2002) "Tipologia della giustizia costituzionale in Europa", en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, N° 2.
- Pintore, A. (2003) *I diritti della democrazia*, Roma/Bari, Laterza.
- Ruffini, E. (1976) *Il principio maggioritario*, Milán, Adelphi, edición original de 1926.
- Schumpeter, J. (1975) *Capitalism, Socialism and Democracy*, Nueva York, Harper and Row.
- Simmel, G. (1998) *Soziologie*, Torino, Edizioni di Comunità.
- Tocqueville, Alexis de (1837) *De la démocratie en Amérique*, Bruxelles.
- Tognon, G. (ed.) (2003) *La tela di Prodi*, Baldini & Castoldi.
- Zagrebelsky, G. (2003) *Diritti e costituzione nell' Unione Europea*, Roma, Laterza.

Resumen

En una democracia el voto, como mecanismo de resolución de conflictos, presupone que los ciudadanos se reconozcan como iguales entre sí y que exista una conciencia de una suerte y un destino comunes. Para complementar al voto democrático existe un tercero juez: para ser tal, un Estado de derecho no puede dejar de utilizar ni los órganos electivos-representativos ni

los órganos de tipo jurisdiccional. El artículo sugiere algunos argumentos que justifican el carácter necesariamente mixto de los estados de derecho constitucionales, reflejando los límites intrínsecos del mecanismo de toma de decisiones a través del voto. Estos límites constituyen una de las razones más importantes del control de constitucionalidad atribuido a las cortes.

Palabras clave

democracia - derechos - voto - sentencia - resolución de conflictos

Abstract

In a democracy the vote, as a conflict resolution mechanism, presupposes that citizens recognize each other as equals and that they be conscious that their destiny and fate are shared. To complete the democratic vote there exists a third judge: to qualify as such, a state conforming to the rule of law cannot cease to utilize elective-representative institutions nor

institutions of jurisdiction. The article suggests some arguments that justify the necessarily mixed character of the constitutional regimes, reflecting the intrinsic limits of the decision-making mechanism through the vote. These limits constitute one of the most important reasons for the constitutional control given to courts.

Key words

democracy - rights - vote - sentence - conflict resolution