

Formas puras y corruptas de referéndums. Notas para una evaluación de su legitimidad democrática

*Pure and corrupt forms of referenda. Notes for the assessment
of their democratic legitimacy*

MARÍA EMILIA BARREYRO

Las instituciones de la libertad pública descansan sobre el vacilante suelo de la comunicación política de aquellos que, al hacer uso de ellas, las interpretan a la vez que las defienden.

JÜRGEN HABERMAS¹

Resumen: El presente trabajo se propone brindar un abordaje normativo de la cuestión de la legitimidad democrática de los referéndums. Se centrará en una objeción puntual contra ellos, la que los sospecha de proveer a la mayoría un medio para tiranizar a las minorías, aquí traducida en términos de tensión entre el principio de soberanía popular y el sistema de derechos, pues exacerba la soberanía popular en detrimento de derechos humanos, en el caso, derechos de las minorías. Contra esta objeción sostendré que si (α) la gramática institucional del referéndum garantiza una estructura básica de justicia y (β) él es utilizado en un contexto democrático, entonces este armoniza *el principio de soberanía popular y el sistema de derechos*, y por tanto, no representa un medio para tiranizar a las minorías, i.e. goza de legitimidad democrática en lo que concierne al aspecto aquí considerado. En el caso de que alguna de aquellas condiciones falten, el referéndum

María Emilia Barreyro. 'Cluster of Excellence Normative Orders', Universidad Goethe de Francfort del Meno, Alemania, e 'Instituto Gioja', Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Argentina. Correspondencia: Max-Horkheimer-Straße 2, 60323, Francfort del Meno. emilia.barreyro@normativeorders.net, mariabarreyro@derecho.uba.ar

¹ Habermas, 2005.

resulta ilegítimo en términos democráticos. Del primer tipo de referéndum se dirá que pertenece a la forma pura, mientras que, del segundo, se dirá que reviste la forma corrupta. A lo largo del artículo se especificará en qué consisten las condiciones (α) y (β).

Palabras clave: referéndum, legitimidad democrática, formas puras y corruptas de referéndum, opresión.

Abstract: This article aims at providing a normative elucidation of the democratic legitimacy of referenda. It will focus on one specific objection against them, namely that they provide a means through which the majority may tyrannize minorities —here translated in terms of a tension between the *principle of popular sovereignty* and the *system of rights*— given that it exacerbates popular sovereignty to the detriment of minorities' rights. Against that objection, I will hold that, if (α) the institutional grammar of the referendum ensures a basic structure of justice, and (β) it is used in a democratic context, then it harmonizes the *principle of popular sovereignty* and the *system of rights*, and therefore, it does not constitute a means through which the majority may tyrannize minorities, i.e. it enjoys democratic legitimacy respecting the aspect here considered. If the referendum lacks any of these conditions, it is illegitimate in democratic terms. The former is a pure form of referendum, whereas the latter is a corrupt form of it. Throughout the paper, I will specify what the conditions (α) and (β) consist in.

Keywords: referendum, democratic legitimacy, pure and corrupt forms of referenda, oppression.

I. Introducción

Importantes acontecimientos de la política contemporánea reciente han tenido como protagonistas a distintos tipos de referéndums. El así llamado Brexit (2016), el referéndum sobre la paz en Colombia (2016), el referendun que dio el paso formal de abandono de la democracia en Turquía (2017), como así también el reciente controvertido referéndum —o intento de referéndum— de independencia de Cataluña (2017), son algunos de los ejemplos que hacen dirigir la atención hacia estos instru-

mentos de toma de decisiones. La cuestión no es para nada ajena a los órdenes jurídicos latinoamericanos, ya que si bien tales *instituciones de democracia directa* habían sido mayormente excluidas de sus cartas constituciones originales, fueron luego introducidas mediante cláusulas participativas en la llamada *segunda oleada* de reformas constitucionales en estos países (Gargarella y Courtis, 2009, p. 25).

Por su parte, el auge de los movimientos populistas en el seno de las democracias occidentales, sean del ala izquierda o derecha del escenario político, junto al creciente tratamiento del tópico del populismo en la teoría política y del derecho, colocan a estas instituciones, una vez más, en el ojo de la tormenta. En efecto, la pretensión de un vínculo no mediado por el debate parlamentario y las instituciones políticas liberales entre el “líder” y el “pueblo”, pretensión que en principio caracteriza al populismo (Pappas, 2016; Saffon y Urbinati, 2013; Weyland 2001), aun siendo este plenamente compatible con las instituciones representativas (Müller, 2014), echa un manto de sospecha sobre los referéndums, y más especialmente sobre aquellos lanzados por los poderes ejecutivos. Además, el uso de estas herramientas por parte de semi-democracias y dictaduras plenas no colabora a despejar las dudas sobre su carácter democrático. La historia de los Estados europeos lo confirma; en Francia, por ejemplo, se experimentó su uso temprano —e intentos de uso— por parte de Napoleón, Napoleón III y Marshall Petain, aunque fue mayormente en Europa del Este donde los referéndums cayeron en manos de regímenes no democráticos (Boyd, 2010). En Latinoamérica, la dictadura de Pinochet constituye un nítido ejemplo de la utilización de estas instituciones bajo condiciones anti-democráticas (en 1978, 1980 y 1988) con el fin de intentar otorgar un manto de legitimidad popular a un régimen dictatorial, aun cuando el último de los referéndums utilizados por aquél resultara adverso al gobierno de facto y condujera al llamado a elecciones de 1989. Peor aún, la utilización de referéndums bajo la Italia fascista y el nacionalsocialismo (Jessen y Richter, 2011; Zurcker, 1935) constituyen una advertencia ineludible contra el uso irrestricto de estas instituciones.

Sin embargo, Suiza, una de las democracias constitucionales más asentadas del mundo, tiene una de las más antiguas y consolidadas tradiciones en la utilización de instituciones de democracia directa. Tan es

así, que en aquel país, dichas instituciones están previstas tanto a nivel federal como cantonal y comunal. Más aún, sólo a nivel federal, se prevén once diferentes tipos de ellas, clasificables en cuatro categorías: referéndum constitucional obligatorio, cuyo objeto es la reforma constitucional; referéndum sobre tratados internacionales; referéndums derogatorios o abrogatorios sobre legislación, y finalmente, iniciativas populares para reformas constitucionales (Setälä, 1999, pp. 137-140). También la regulación de referéndums y el uso difundido de ellos en gran parte de las democracias maduras de occidente, sugiere que no deberíamos desechar tales instrumentos de expresión de la voluntad popular sin mayor consideración.

Dada la creciente relevancia de la temática y el carácter controversial de los referéndums a lo largo de la historia política contemporánea, el presente trabajo se propone un abordaje normativo de estos mecanismos de toma de decisiones, es decir, un abordaje dirigido a dilucidar su uso legítimo. El trasfondo teórico para hacerlo será la concepción discursiva del derecho y del Estado de Derecho (Habermas), junto a sus más recientes desarrollos, plasmados en la idea de un *gobierno de las razones*, entre otros (Forst). Sobre este trasfondo, no haré más que explicitar ciertas condiciones necesarias para que los referéndums no representen un medio para tiranizar a las minorías sino un instrumento democrático de toma de decisiones.

Las problemáticas a tener en cuenta para llevar a cabo dicho abordaje, según da cuenta la abundante literatura especializada en el tema, son numerosas. Entre ellas, cabe señalar una cuestión actualmente muy discutida, a saber, la de la membresía al orden político y la posible opresión que podría materializarse mediante un proceso referendario sobre residentes no ciudadanos —como es el caso de inmigrantes o refugiados—. Esta problemática conduce a la crítica que señala que la participación en los referéndums, en lugar de ser abierta a todos, tiene como mayor exclusión a los extranjeros (Parkinson, 2001, p. 132). Otra cuestión refiere a la materia de decisión, específicamente a la legitimidad de los referéndums para realizar enmiendas constitucionales o decisiones fundacionales, como la secesión de un territorio o la anexión a una unión multinacional. Hay quienes sostienen que en tales casos el referéndum es inadecuado, en la idea de que este introduce una forma

extrema de mayoritarismo, inflexibilidad en el planteo de la pregunta a responder e irreversibilidad de la decisión tomada, y que todo ello tiende a socavar la deliberación (Chambers, 2001, pp. 231-232). Por el contrario, existe un consenso en torno a la utilización de referéndums para estas materias por su poder legitimatorio, ya que permite a las personas expresar su consentimiento en el proceso de determinación de una unidad política (Şen, 2015, pp. 9-10).

Caben ser mencionadas otras posibles circunstancias que podrían obstaculizar el uso legítimo de los referéndums, que preocupan especialmente a toda perspectiva deliberativa de la democracia, a saber: que sus proponentes podrían estar más interesados en hacer prevalecer su propia mirada del asunto que en debatir sobre él; que los gobiernos raramente son neutrales frente a una campaña referendaria y que podrían usar su posición para maximizar sus propias preferencias; la posible falta de claridad del asunto o la pregunta planteada, sujeto a diversas interpretaciones; la multiplicidad de asuntos que puede contener un referéndum (v.g., un paquete de enmiendas constitucionales o un tratado); el nivel de participación efectiva en la votación; la oportunidad de la votación (por ejemplo, si coincide o no con una elección); influencias de asuntos ajenos al referéndum como ser la economía, la popularidad del gobierno, las actitudes hacia los líderes o personalidades; las posiciones partidarias, que podrían hacer que los votantes las adopten en lugar de deliberar la cuestión por sus propios méritos; la cuestión del número de asuntos a debatir, lo que podría ir en detrimento de la calidad de la deliberación; el diseño de las campañas, orientadas a persuadir más que a promover la deliberación; la adquisición de la información para deliberar apropiadamente sobre el asunto a decidir; y la igualdad de acceso a los recursos para hacer conocer cada posición (LeDuc, 2006).

Sin perjuicio de la relevancia de todas estas cuestiones,² una de las objeciones más importantes contra los referéndums es que proveen un

² No me ocuparé puntualmente de estos aspectos que sin lugar a dudas podrían condicionar la legitimidad de un referéndum. Sin embargo, sí me parece importante destacar que las críticas al uso de estos instrumentos cobran fuerza en su comparación con las instituciones representativas. Por ejemplo, la objeción de que en los referéndums participan solo ciudadanos pierde fuerza en cuanto notamos que la participación en elecciones de representantes excluye igualmente a

medio a través del cual la mayoría podría tiranizar a las minorías (Mendelsohn y Parkin, 2001, p. 13). Al tratamiento de esta cuestión se circunscribirá el presente trabajo. Dicha objeción puede también ser planteada en términos de si es posible armonizar los dos pilares de todo *Estado democrático de Derecho*, a saber, el principio de soberanía popular y el sistema de derechos fundamentales.³ Ambos pilares, cuya tensión está latente en toda práctica política enmarcada en un Estado de Derecho, cobra fuerza en instituciones a través de las cuales se forma la voluntad política sin mayores mediaciones o filtros, es decir, sin procedimientos. Los referéndums pertenecerían, en principio, a ese tipo de instituciones, pues se supone que expresan *directamente* la voluntad popular sobre el asunto objeto del referéndum, y por ello, suelen ser sospechados de provocar una fuerte tensión entre ambos pilares, mediante el recrudecimiento del principio de soberanía popular en detrimento del sistema de derechos.

Específicamente, un reciente artículo de Claus Offe sobre las enseñanzas del Brexit y la actual crisis de las democracias liberales puede ser tomado como ejemplo paradigmático de la posición contra la cual argumentaré. Según Offe, el grito de batalla del populismo de derecha clama “déjenos a nosotros, el pueblo, decidir” y en consonancia con ello, un “arsenal de métodos plebiscitarios” fueron usados recientemente para

los extranjeros o no ciudadanos. Lo mismo cabe decir de la escasa participación en la votación del referéndum, que vale también para elecciones de representantes; de la influencia de la popularidad de un gobierno; de las actitudes hacia líderes y representantes, que vale igual para un referéndum que para una votación legislativa. Así, cada uno de los puntos arriba mencionados tienen sentido en la medida en que objetan problemas que las instituciones representativas resuelven.

³ La preocupación por la tiranía de la mayoría, que radica en última instancia en que la democracia se rige por un principio mayoritario, se remonta a los orígenes del pensamiento antidemocrático (Platón). Sin embargo, las concepciones modernas de la democracia hacen suya esa preocupación y tanto la tiranía de una minoría o de una persona sobre la mayoría, como la tiranía de la mayoría sobre una minoría o persona, pasan a ser consideradas formas de despotismo. A grandes rasgos, podemos mencionar dos líneas de la teoría moderna de la democracia que hicieron suya aquella preocupación, por un lado, la de Rousseau, que formula el concepto de Voluntad General en contraste con la voluntad de la mayoría y apuesta a un pueblo de ciudadanos virtuosos, y por otro lado, la de los federalistas Alexander Hamilton y James Madison, que apuestan por un diseño institucional de pesos y contrapesos que ponga coto al principio de la mayoría.

decidir políticas tales como “la prohibición de construir minaretes, la restricción migratoria, el uso público de lenguas minoritarias, la adquisición de tierras para agricultura por extranjeros, el matrimonio entre personas del mismo sexo, la imposición retroactiva de impuestos a la herencia y la introducción de un ingreso básico”, teniendo por blanco a “musulmanes, inmigrantes, minorías sexuales, minorías adineradas, especuladores extranjeros de la propiedad inmueble, instituciones europeas, enemigos criminales del estado o minorías etnolingüísticas” (Offe, 2017, p. 17).

Contra esta posición que ve en los referéndums instrumentos de decidida opresión a las minorías, o en otras palabras, como instrumentos por medio de los cuales el principio de soberanía popular transgrede el sistema de derechos en detrimento de las minorías, *sostendré la tesis de que bajo ciertas condiciones que enumeraré, los referéndums armonizan el principio de soberanía popular y el sistema de derechos*, y por lo tanto gozan de legitimidad democrática en lo que concierne al aspecto aquí considerado. Las condiciones necesarias bajo las cuales su uso armoniza el principio de soberanía popular y el sistema de derechos son: (α) que el referéndum tenga una gramática institucional que garantice una *estructura básica de justicia*, y (β) se dé en un contexto a su vez democrático. A aquellos referéndums que cumplan ambas condiciones los llamaré formas puras de referéndums, y a aquellos que no cumplan con alguna de ellas los llamaré formas corruptas. Mientras los del primer tipo armonizan el principio de soberanía popular y el sistema de derechos, los del segundo exacerban, por así decirlo, la soberanía popular en detrimento de los derechos de las minorías. Para dar cuenta de esta tesis dividiré el trabajo en cinco acápites posteriores a esta introducción: (II) en el primero, aclararé algunas cuestiones terminológicas; (III) luego, me ocuparé de esclarecer el marco teórico y concepción de democracia desde el cual se aborda la dilucidación del uso legítimo de los referéndums, circunscripta al problema de la opresión de las minorías; (IV) para especificar el requisito (α), analizaré cuatro puntos que considero cruciales en la gramática institucional de estas instituciones; (V) para especificar el requisito (β), desarrollaré tres puntos decisivos referidos al contexto de utilización de los referéndums; por último (VI), brindaré algunas consideraciones finales sobre el trabajo realizado.

II. Aclaraciones terminológicas

Para evitar confusiones, me referiré brevemente a algunas cuestiones terminológicas. Gran parte de la literatura sobre este tema da tratamiento a los referéndums bajo el nombre de *instituciones de democracia directa* (Vatter, 2009; Bowler y Donovan, 2001; Setälä, 1999). Dicha caracterización involucra, sino un juicio laudatorio, al menos una referencia inequívoca a su carácter democrático, por lo que trasciende el plano descriptivo y brinda una valoración. Además, la idea de instituciones de democracia directa es sumamente vaga, al punto de incluir a las instituciones de la democracia ateniense. Asimismo, mientras hablar de los referéndums como *instituciones de democracia directa* conlleva la connotación de que entrañan un carácter democrático, hablar de *instituciones plebiscitarias*, por el contrario, suele conllevar la connotación de su carácter anti-democrático. En efecto, aun cuando lo primero que se constata tras abordar la bibliografía sobre el tema es la ambigüedad del término “plebiscito” y el hecho de que se trata de “uno de los más problemáticos y controvertidos conceptos en la terminología de la ciencia política y del derecho” (Şen, 2015, p. 10), su asociación con fines anti-democráticos es más que frecuente. Si bien el término refiere originariamente a una institución del Derecho Romano, en la literatura legal y política del siglo XX oscila entre tres acepciones: algo completamente intercambiable con el término referéndum, o bien el tipo de referéndum iniciado “desde arriba”, o bien un referéndum no democrático (Uleri, 1996, p. 4). Finalmente, el término referéndum refiere a mecanismos directos de toma de decisiones, sin distinción de si son iniciados por el gobierno o por un grupo de ciudadanos, por lo que las iniciativas populares no serían más que un subtipo de referéndum cuya especificidad radica en ser iniciado “desde abajo”.

Por ello, debido a la vaguedad y ambigüedad que tales términos conllevan, a que aquí partiremos del presupuesto que no todo referéndum es democrático —como parece connotar la expresión de *instituciones de democracia directa*—, a que nos interesa concentrarnos en estas prácticas en el marco de los Estados modernos —y no en instituciones políticas surgidas bajo condiciones pre-modernas como las instituciones atenienses—.

ses—, y finalmente, a que no hay un consenso en la bibliografía acerca del significado del término *plebiscito*, evitaré hablar, en lo que sigue y en lo posible, tanto de *instituciones de democracia directa* como de *instituciones plebiscitarias*. En su lugar y para dotar al presente estudio de mayor claridad conceptual, hablaré de *referéndums* para referir de un modo neutral a los mecanismos *directos* e institucionalizados de expresión de la voluntad de la ciudadanía, esto es, sin representantes, sean vinculantes o no. Para emitir un juicio sobre su carácter democrático, calificaré a los referéndums como *formas puras de referéndums*, o bien, como *formas corruptas de referéndums*, según los criterios que he adelantado en la introducción y especificaré más adelante.

Sabemos que la idea de que las prácticas humanas pueden tener una forma correcta o pura, y una forma desviada o corrupta, tiene orígenes remotos. Aunque probablemente la metáfora de elementos puros y corruptos provenga de fuentes extrañas a la teoría política —sean textos religiosos, saberes médicos, fuentes literarias, etcétera— su formulación teórica más saliente, aplicada a la política, se remonta a Aristóteles. En efecto, el Libro III de la *Política* distingue los regímenes rectos de los defectuosos, que son sus desviaciones: “Cuando el uno o la minoría o la mayoría gobiernan atendiendo al interés común, esos regímenes serán necesariamente rectos; pero los que ejercen el mando atendiendo al interés particular del uno o de la minoría o de la masa son desviaciones” (Aristóteles, 1988). Siguiendo este criterio, Aristóteles señala que los regímenes rectos son la monarquía, la aristocracia y la república (*politeía*), y sus desviaciones, la tiranía, la oligarquía y la democracia, respectivamente (*ibíd.*). Esta metáfora aristotélica es la que utilizo para hablar de los referéndums, aunque con varias innovaciones. El criterio de pureza y su contrario, en lugar de preguntar cuántos gobiernan y para quienes, atenderá a la *estructura mínima de justicia* plasmada en la gramática del referéndum en cuestión, y así, según el grado de cumplimiento de las condiciones de esa estructura, el referéndum se acercará a su forma corrupta o se alejará de ella. De igual modo, el criterio apuntará al contexto en el que se lleva a cabo el proceso referendario. De este modo, el eje de análisis será la legitimidad democrática del referéndum, lo que apunta más al procedimiento que al interés de quién se utiliza, como lo era

en el caso aristotélico. Quizás no esté de más aclarar que aquí no utilizaremos el término *democracia* en el sentido peyorativo en que lo utilizó Aristóteles.

Por su parte, otras cuestiones menores necesitan aclaración previa. En primer lugar, el tipo de abordaje que haremos de la cuestión será eminentemente normativo —no en el sentido trivial de estar referido a normas sino en el sentido de pretender establecer cómo determinadas prácticas políticas, en el caso el uso de referéndums, *deben ser*—; por ello, toda consideración acerca de cuestiones estratégicas, de conveniencia o prudencia en el uso de referéndums quedará excluida. En segundo lugar, la pregunta por la legitimidad de las instituciones bajo estudio adquiere especial sentido para una concepción de la democracia para la cual el carácter democrático de una institución, o de prácticas políticas en general, no se agota en una cuestión aritmética; es decir, en decisiones de la mayoría. La concepción de la democracia desde la cual plantearé los interrogantes que articulan este trabajo entiende la democracia en términos cualitativos más que cuantitativos. Sobre este punto volveré en la sección (III). Tercero, entiendo la legitimidad en términos de legitimidad democrática y por tanto, quedan excluidas aquí otras formas de legitimidad. A título de ejemplo, aquellas prácticas políticas que gozan de una legitimidad de tipo carismática, o de tipo tradicional, no son tenidas por verdaderamente legítimas. Dado que nuestro punto de partida es una posición democrática, para nosotros, la única legitimidad de la que pueden gozar las instituciones políticas es a su vez democrática. Por más que la concepción de la democracia adoptada esté relacionada con el concepto de Estado de Derecho (o para seguir la terminología de Weber, con la legitimidad legal-racional), tal concepción excede ampliamente la dimensión sociológica del fenómeno y avanza en dirección de una dimensión valorativa, es decir, la dimensión del *deber ser* de la cuestión.

III. Marco teórico

Ahora bien, la pregunta por la legitimidad democrática de los referéndums adquiere especial sentido para una concepción de la democra-

cia que no se agota en la idea del gobierno de la mayoría. No hay que olvidar que las concepciones de la democracia en términos exclusivamente aritméticos tienen su origen en el pensamiento político anti-democrático. En efecto, ya en la Grecia Clásica (ss. V y IV a.C), la idea de democracia como *regla de la mayoría* “era una disminución intencionalmente peyorativa [de la democracia], alentada por sus críticos” (Ober, 2008, p. 3). En *Critón*, por ejemplo, dicha disminución es evidente, cuando en el diálogo se identifica a la democracia con la mayoría, hacedora de lo que la casualidad le ofrece, la que “nada entiende”, entre otros reproches (Platón, 1985). En teoría política contemporánea, hay también posiciones que conciben la democracia en términos meramente aritméticos, como el llamado modelo agregativo, que toma las preferencias de los ciudadanos como dadas y busca sumarlas o combinarlas de manera eficiente y equitativa (Gutmann y Thompson, 2004, p. 13).

En contraste con ese modelo, aquí partiremos de la concepción *discursiva* de la democracia, una de las vertientes de las así llamadas *teorías deliberativas de la democracia*, cuya obra fundacional es *Facticidad y Validez* (1992), de Jürgen Habermas. Entendemos por teoría deliberativa de la democracia cualquiera de la *familia de miradas* para las cuales la deliberación pública de ciudadanos libres e iguales es el núcleo de la toma legítima de decisiones y el autogobierno (Bohman, 1998, p. 401). Cabe mencionar la gravitación de esta familia de miradas en la teoría política actual y el consenso que existe en torno a ella, ya que como señala Mansbridge junto a otros, “en las décadas pasadas ha habido un creciente acuerdo entre teóricos y cientistas políticos en que la legitimidad de una democracia depende en parte de la calidad de la deliberación que instruye a los ciudadanos y a sus representantes” (Mansbridge et al., 2012, p. 1). Específicamente para la versión discursiva de esta *familia de miradas* de las que habla Bohman, la generación racional de convicciones comunes, esto es, la generación de poder comunicativo, es la clave para la generación de Derecho legítimo. En este sentido, se trata de una concepción para la cual es central la generación de un consenso que exceda la mera negociación de intereses de los involucrados, i.e. un consenso racionalmente fundado, es decir, uno al que se arribó mediante la

participación en prácticas deliberativas facilitadoras de que el mejor argumento sea el que determine el resultado del intercambio comunicativo.⁴

Para el modelo discursivo, el principio de soberanía popular y el sistema de derechos no se encuentran en una relación de competencia, sino que se presuponen mutuamente (Habermas, 2005, pp. 149, 164-169). Hay entre la soberanía popular y los derechos humanos una conexión interna según la cual “la autonomía privada de los ciudadanos no puede ni sobre-ordenarse ni subordinarse a su autonomía política” sino que son *co-originarias* (*ibíd.*, p. 169). En efecto, dicha *co-originalidad* “muéstrase sólo cuando desciframos y desgranamos en términos de teoría del discurso la figura del pensamiento que representa la ‘auto-legislación’, figura conforme a la cual los destinatarios son a la vez autores de sus derechos” (*ibíd.*). Así, la soberanía popular, que no es otra cosa que la autonomía pública colectivamente considerada, no es concebida ni en tensión ni en amenaza al sistema de derechos sino en equilibrio. No obstante ello, sí es posible observar, en las prácticas políticas reales, situaciones en las cuales una prevalece sobre la otra, v.g., decisiones tomadas por el cuerpo político, que en ejercicio de la soberanía popular transgreden derechos de minorías. Por lo demás, el principio del discurso, que posibilita comprender en términos teóricos aquella co-originalidad, des-subjetiviza la soberanía de modo tal que ella ya poco tiene que ver con la ficción de un mega-sujeto “pueblo” dotado de voluntad y pasa a ser traducida en términos de procedimiento, que en un primer momento se concibe como completamente dispersa en formas de comunicación sin sujeto y anónimas para luego pasar a tomar forma en el sistema político (*ibíd.*, pp. 612 y 589-618). Por todo ello, el modelo de Habermas provee, en general, un marco conceptual fructífero para la crítica de las prácticas y las instituciones de formación del derecho.

Sin embargo, algunas de las categorías del modelo discursivo pueden resultar algo rígidas para el análisis específico de la legitimidad de los referéndums. En efecto, Habermas concibe al espacio público informal como exento de la carga de tomar decisiones vinculantes (Habermas,

⁴ Para una explicación más desarrollada de lo específico de la versión discursiva de esta *familia de miradas*, respecto de las versiones liberal y comunitarista de la democracia deliberativa, véase Forst, 2001.

2005, p. 442), mientras que los referéndums son, por definición, mecanismos en los que la ciudadanía legisla o toma decisiones directamente —aunque también los haya no vinculantes—. Ello, sumado a que él mismo concibe su propia teoría como superadora del debate entre concepciones “plebiscitarias” y concepciones “representativistas” de la democracia (*ibíd.*, p. 253), parece no dejar lugar para estas instituciones dentro del modelo. Por lo tanto, si bien el marco teórico general de análisis de la democraticidad de los referéndums lo proveerá el modelo habermasiano, nos serviremos también de algunos desarrollos que, en la misma línea, elaboró su discípulo Rainer Forst. Este último concibe la democracia en términos de un *dominio de las razones* (Forst, 2001), que extiende los criterios de democraticidad a todo espacio de justificación, bajo el supuesto de que los seres humanos somos “siempre participantes de una multiplicidad de prácticas de justificación; todo lo que pensamos y hacemos tiene lugar en determinados espacios (sociales) de justificación, y aquello que llamamos razón es el arte de orientarse en ellas y entre ellas” (Forst, 2015, p. 17). Su modelo postula la idea de una *estructura básica de justicia*, también llamada *mínima* o *fundamental*, que tiene por objetivo, en el marco de cualquier orden normativo, facilitar las prácticas de justificación mediante procedimientos democráticos discursivo-constructivos, en los que el *poder de justificación* esté distribuido tan inclusivamente como sea posible entre los ciudadanos; sobre la base de esta estructura es posible aspirar a una *justicia máxima* (Forst, 2015, pp. 44 y ss.). Este marco conceptual más flexible, que pone el foco en las prácticas de justificación, donde sea que tengan lugar, nos ayudará a pensar la cuestión de la legitimidad de las instituciones bajo estudio, ya que los referéndums constituyen un canal institucionalizado de comunicación entre la sociedad civil y el sistema político adicional a las elecciones periódicas de representantes.

IV. La gramática institucional de los referéndums

Aclaradas las cuestiones terminológicas y el marco teórico de este trabajo, resta preguntarnos: ¿cómo juzgar cuándo estamos en presencia de *formas puras* y cuándo en presencia de *formas corruptas de referéndums*?

En esta sección analizaremos algunas cuestiones relativas a la gramática institucional de los referéndums, que aunque considero cruciales no pretenden agotar en lo absoluto todas las consideraciones que se pueden hacer sobre el tema de investigación. (1) Primero indagaremos si los referéndums están regidos o no por un principio mayoritario; (2) luego analizaremos los canales y prácticas de deliberación a nivel de la sociedad civil, previo a la votación; (3) la regulación de la cobertura de los medios de comunicación de las campañas de referéndums; y (4) la posibilidad de revisión judicial de su constitucionalidad.

A. Principio mayoritario y principio consensual

En general, los referéndums son señalados como instituciones típicamente mayoritarias, pero ¿es su gramática institucional estrictamente mayoritaria? Para responder a esta pregunta, precisamos distinguir entre el principio mayoritario y el consensual. Nos serviremos de una de las tipologías de ingeniería institucional de democracias representativas más influyentes de la ciencia política de los últimos treinta años para hacerlo, la que fue elaborada originalmente por Lijphart (1984).

Según la tipología de Lijphart, una democracia representativa puede acercarse a un modelo de “democracia mayoritaria” o a uno de “democracia consensual” según diez variables, de las cuales, cada primer rasgo marca que una democracia dada se aproxima al principio mayoritario, y cada segundo rasgo marca, por el contrario, que se aproxima al principio consensual. La primera de las variables refiere a la concentración del poder ejecutivo en gabinetes de una mayoría de un solo partido versus el poder ejecutivo compartido por amplias coaliciones de varios partidos. La segunda refiere a la relación entre el ejecutivo y el legislativo, según el ejecutivo sea dominante o haya, por el contrario, un mayor balance de poder entre el ejecutivo y el legislativo. La tercera refiere a si se trata de un sistema bipartidario o multipartidario. La cuarta variable refiere al sistema electoral, según la representación sea mayoritaria o proporcional. La quinta analiza si se trata de un sistema pluralista de intereses de grupo con plena libertad de competencia entre los grupos, o si se trata de un sistema corporativista de intereses de grupo orientados a la negociación. En sexto lugar, Lijphart analiza si se trata de un

sistema de gobierno unitario y centralizado o uno federal y descentralizado. Luego, si el poder legislativo está concentrado en una legislatura unicameral o si este está dividido en dos cámaras igualmente fuertes pero diferentemente constituidas. La octava variable refiere a si se trata de constituciones flexibles, que pueden ser reformadas por mayorías simples o si son rígidas, es decir, si se necesitan mayorías extraordinarias. También se analiza si se trata de sistemas en los cuales las legislaturas tienen la última palabra sobre la constitucionalidad de su propia legislación, versus los sistemas en los cuales las leyes están sujetas al control judicial de su constitucionalidad por cortes superiores o cortes constitucionales. Finalmente, la décima variable analiza la relación entre el Banco central y el poder ejecutivo, según sea dependiente de este último o no (Lijphart, 1999, pp. 3-4).

De acuerdo con esta tipología, y aun cuando no todas las variables mencionadas sean relevantes para el trabajo aquí emprendido, las democracias liberales modernas están basadas en dos visiones opuestas del ideal democrático: “Por un lado, el principio mayoritario enfatiza la democracia como gobierno de la mayoría del pueblo, basado en la concentración de poder... por el otro, el principio consensual promueve la idea de que la democracia debería representar tantos ciudadanos como sea posible y que una simple mayoría no debería gobernar de manera irrestricta” (Mainwaring, 2001, pp. 170-171). Las categorías provistas por el modelo de Lijphart han sido extendidas para pensar los referéndums y determinar cuándo estamos en presencia de referéndums que funcionan en principio como instrumentos mayoritarios, o bien, de incentivos para buscar consenso. Para ello, el modelo extendido atiende a dos momentos del referéndum, el de su lanzamiento y el de la fase de la toma de la decisión. El primer momento se focaliza en el actor que lo puede iniciar: si su lanzamiento está en cabeza del gobierno o de una mayoría parlamentaria, estaremos en presencia de un *referéndum pasivo-controlado*; si por el contrario, actores no gubernamentales, minorías de ciudadanos o minorías parlamentarias pueden iniciarlo, estaremos en presencia de un *referéndum activo-no controlado* (Vatter, 2009, p. 128). El segundo momento atiende a la mayoría requerida para tomar la decisión, sea simple o calificada. En principio, “el requisito de super-mayo-

rías no sólo ayuda a proteger una minoría de la mayoría sino que también alienta a la mayoría a conceder y consensuar con aquellos que tienen diferentes miradas” (Haider-Markel, 2007, p. 305), distribuyendo así el poder de decisión y promoviendo la deliberación.

De este modo, si estamos en presencia de un *referéndum pasivo-controlado* que requiere una mayoría simple, su gramática institucional hace primar el principio mayoritario, ya que concentra el poder en manos de la mayoría gobernante y le facilita imponer su decisión sobre las minorías. Sin embargo, cuando estamos en presencia de un *referéndum activo-no controlado* en el que se exige a la minoría que lanzó la iniciativa una mayoría calificada, difícilmente esta logrará bloquear una determinada legislación promovida por la mayoría gobernante. En este caso, la combinación de dos técnicas de ingeniería institucional pensadas para promover el principio consensual, resultan en favor del principio mayoritario, por lo que aunque en abstracto el requisito de una mayoría calificada favorezca la búsqueda de consensos, esta debería ser requerida solo en presencia de un referéndum pasivo-controlado para dificultar la imposición de la voluntad de una simple mayoría sin mayor resguardo de las minorías.

Para una posición deliberativo-discursiva de la democracia, cuanto más la gramática institucional de un referéndum favorezca la concentración de poder en manos de la mayoría y menos sean los límites a esa mayoría, tanto más será sospechado de ser una forma corrupta de referéndum, en términos de legitimidad democrática. Por su parte, cuanto más la gramática institucional de un referéndum se oriente a promover la distribución del *poder de justificación* (el poder de exigir, dar y rechazar justificaciones) y de decisión, tanto más se acercará a una forma pura de referéndum, por lo tanto, tanta mayor legitimidad democrática gozará.⁵

⁵ Cabe recordar que el objetivo de este trabajo no es establecer un diseño institucional específico que se considera democrático para todo tiempo y lugar sino principios generales que puedan servir de guía para evaluar ex-post facto y en contexto, si un referéndum entraña procedimientos o fines antidemocráticos o si, por el contrario, es una institución que goza de legitimidad democrática, y en qué medida lo hace. El diseño institucional que cada comunidad política adopte será adecuado para satisfacer estándares democráticos según factores empíricos

B. Prácticas deliberativas y sociedad civil

Sin embargo, el modelo de democracia del que hemos partido exige no solamente que las instituciones donde se forma la voluntad política se orienten a lograr el más amplio consenso posible, sino también que ese consenso sea un consenso racional; es decir, producto de deliberación pública, de espacios de intercambio comunicativo cuyas condiciones favorezcan que el mejor argumento sea el que determine el resultado de la deliberación. En efecto, siendo que el rasgo central de la democracia consiste, según este modelo, en una “práctica política de argumentación e intercambio de razones entre ciudadanos libres e iguales, una práctica en la cual las perspectivas y posiciones, individuales y colectivas, están sujetas a cambio a través de la deliberación y en la cual solamente las normas, reglas y decisiones que resultan de alguna forma de acuerdo entre ciudadanos basado en razones es aceptado como legítimo” (Forst 2001, p. 346), los procesos referendarios deben estar institucionalizados de tal manera que faciliten y promuevan las prácticas deliberativas a nivel de la sociedad civil. En otras palabras, la regulación de los referéndums debe organizar una *estructura básica de justicia* en la cual el *poder de justificación* esté distribuido lo más inclusivamente posible.

La cuestión de cómo ha de regularse la deliberación pública durante las campañas de referéndums es un punto en el que hay gran disparidad de criterios. Quizás el problema más relevante es una cuestión de escala, especialmente si pensamos en referéndums a nivel de un Estado nacional.⁶ Algunos han desafiado los presupuestos del problema de la escala a la hora de pensar mecanismos deliberativos, y han prestado atención, por ejemplo, a los “Landsgemeinde” suizos, donde el cuerpo supremo de toma de decisiones no es una asamblea electa sino una asamblea anual y al aire libre, constituida por los ciudadanos del cantón del que se trate

que exceden la finalidad de este trabajo, el que solo puede brindar algunos criterios para orientar tal diseño a gozar de legitimidad democrática, de acuerdo al modelo deliberativo-discursivo de la democracia.

⁶ Lo primero que habría que decir es que estos instrumentos de legislación directa pueden estar previstos a nivel nacional, pero también a niveles muchos más restringidos, hasta llegar a la unidad política más básica, por lo que la imagen utópica de una nación deliberando en una misma asamblea no merece demasiada consideración.

—ya sea el cantón Glarus o el Appenzell Inner-Rhodes—, y mediante estos ejemplos, han intentado mostrar que la participación personal en democracia no se extinguió con el colapso de la democracia ateniense (Parkinson y Reinisch, 2007). Tales asambleas gozan a sus ojos de todas las características que exige un modelo deliberativo, a saber, el principio de publicidad, de competencia comunicativa, reciprocidad, participación abierta e igualitaria, y no la preferencia de acuerdos parciales, sino un consenso pleno como regla de decisión. Otros, por el contrario, han seguido una estrategia distinta para resolver el problema de la escala en materia de participación en prácticas deliberativas a nivel de la sociedad civil, ya que en lugar de poner el foco en instituciones macro, como pueden ser los *Landsgemeinde*, lo han hecho en los llamados “*mini-publics*”, instancias organizadas de deliberación pública a pequeña escala (Fung, 2003). Estas instancias deliberativas o micro-cosmos del espacio público, cuyo origen se remonta a la idea de Robert Dahl de *mini-populus* (Grönlund y Setälä, 2014, p. 1), están pensadas para proveer un puente entre ciudadanos, expertos y gobernantes, es decir, están integradas a las democracias representativas, y pueden adoptar diversas formas, desde los jurados de ciudadanos, conferencias de consenso —las que se proponen dar consejo a los parlamentarios sobre temas científicos y tecnológicos—, las llamadas “*deliberative polls*” —diseñadas para mostrar lo que el público pensaría sobre un tema si tuviera tiempo de aprender sobre él y considerar un rango de perspectivas—, asambleas de ciudadanos, etcétera. Según el caso, varía el número de ciudadanos entre 12 y 26 (jurados y conferencias de consenso), 100-160 (asambleas de ciudadanos) y 100-500 (*deliberative polls*); lo mismo ocurre con el número de reuniones, que pueden ir desde un rango de entre 2-5 días hasta uno de entre 20-30 días, según el tipo de *mini-public* del que se trate (Escobar, 2017). En todos los casos, las actividades consisten en informarse y deliberar (*ibíd.*).

Pero, más allá de cómo se institucionalice la deliberación durante las campañas de referéndum, hay que reconocer, con Chambers, que representa un problema el hecho de que los referéndums carecen de instituciones suplementarias y fórums que promuevan la deliberación (Chambers, 2001, pp. 242-243). Por ello, en lugar de desechar los referéndums, además de institucionalizarlos de modo tal que se rijan por un

principio consensual según fue detallado en el acápite anterior, habría que disponer también que, durante la campaña, existan instituciones suplementarias y fórums que promuevan la deliberación.

C. Regulación de la cobertura de los medios de comunicación

Otro punto que debemos atender es la regulación de la cobertura que los medios de comunicación hacen de las campañas de referéndums. Aun cuando las prácticas deliberativas a nivel de la sociedad civil puedan verse favorecidas por las normas que regulan el proceso referendario, lo cierto es que ellas no pueden escapar a la mediación de los medios de comunicación masiva. Por ello, del mismo modo que existe cierta regulación de la cobertura que ellos hacen de las campañas electorales, debe haberla de las campañas de referéndums, sin colisionar con la libertad de prensa ni con otras libertades próximas. Se sabe que ambas formas de cobertura tienen sus diferencias, debido a que mientras los medios de comunicación suelen ya contar con un conjunto de normas que regulan la cobertura de las campañas electorales, la cual se focaliza normalmente en los líderes de los partidos políticos, con énfasis en su liderazgo y carácter, estando los ciudadanos notoriamente ausentes, la cobertura de referéndums está menos establecida por su carácter infrecuente, e involucra más actores, que están más allá de los partidos, y con quienes los ciudadanos están menos familiarizados (Jenkins y Mendelsohn, 2001). Pero estas diferencias y otras que puede haber entre estos dos tipos de cobertura no impiden una regulación adecuada, lo que significa que las normas que regulan los referéndums sentarán mejores condiciones para un procedimiento democrático de toma de decisiones siempre que tiendan a un balance de las posiciones en disputa. A diferencia de las campañas electorales, donde el criterio de equidad en la cobertura refiere a su distribución justa entre los partidos políticos en campaña, el criterio que debería regir en la cobertura de referéndums es el de la pluralidad de voces, especialmente la de los que se vean más directamente afectados por el referéndum —en caso de que los haya—, y el de la distribución equitativa del espacio para las posiciones a favor y en contra de la propuesta, sea que hayan “comités del sí” y “comités del no”, como en algunos países se prevé, sea que no los haya.

D. Control de constitucionalidad

Finalmente cabe abordar otro aspecto de la cuestión, el de la posibilidad de su revisión por alguna instancia del Poder Judicial.⁷ Sabemos que uno de los temores frente a los procesos referendarios radica en el asumido carácter de decisión final o última palabra que estos tienen sobre el asunto votado. Sin embargo, semejante suposición es inaceptable para una concepción de la democracia que, por un lado, concibe la soberanía popular, no en términos sustanciales, sino procedimentales; y que, por el otro, concibe las democracias constitucionales como proyectos siempre inacabados y necesitados de actualización. En efecto, teniendo por punto de partida que los Estados constitucionales son proyectos inacabados, pues “toda constitución histórica hace una doble referencia al tiempo”, al pasado y al futuro, y que como documento histórico, toda constitución representa la memoria del acto de fundación; su carácter normativo apunta a la tarea que se plantea de nuevo, para cada generación, de interpretación y configuración del sistema de los derechos (Habermas, 2005, p. 466); no hay decisión alguna que resista toda revisión posterior. En este sentido, nuestro marco teórico rechaza toda pretensión de soberanía absoluta, es decir, no sujeta a restricción alguna, e.g. a un procedimiento de revisión posterior. En lugar de concebir la revisión de la constitucionalidad de un referéndum en términos de una usurpación de la soberanía popular por parte de un órgano judicial o legislativo, nuestra concepción de la democracia concibe la revisión de la constitucionalidad de la legislación, sea esta producto de legislación parlamentaria o referendaria, en términos procedimentales. El derecho, entonces, es entendido desde una perspectiva circular, constantemente creado, adaptado y desarrollado a través de prácticas deliberativas (Van Hoecke, 2001), y los jueces, claro está, están involucrados en este proceso circular. La norma pasará a través de diferentes “círculos comunicativos”: primero, en el juicio, las partes intercambian argumentos y evidencia; segundo, en la instancia de apelación, se sumará a la discusión la decisión del tribunal inferior; tercero, la comunidad académica

7 Dejaré de lado el análisis de la revisibilidad de referéndums constitucionales, por ser un tipo especial de referéndum. Sobre este punto, especialmente sobre el controvertido referéndum suizo de 2009, ver Peters, 2009 y Langer, 2010.

mica criticará o defenderá la decisión judicial; cuarto, en ocasiones, la decisión trascenderá y volverá a ser discutida en el espacio público informal por audiencias ajenas al ámbito legal (*ibíd.*). Por ello, aun cuando en los hechos la anulación del resultado de un referéndum sea difícil —fácticamente— para el órgano que ha de decidirla, en un Estado de Derecho debe existir esa posibilidad, vía revisión de constitucionalidad.

V. Contexto de utilización de los referéndums

En esta sección analizaré algunas cuestiones que ya no conciernen a la gramática interna de estas instituciones sino al contexto en el que se dan. (1) Primero consideraré el orden político en el que se utilizan; (2) luego la existencia de una esfera pública crítica; (3) y finalmente, la relativa independencia del sistema de medios de comunicación masiva respecto de su entorno.

A. Orden político

El referéndum se acercará a su forma pura en la medida en que sea llevado a cabo en el marco de una democracia constitucional en la que los derechos fundamentales estén garantizados por el poder público. Dentro de los distintos regímenes políticos que pueden regir a nivel estatal, son las democracias constitucionales las que hacen que los contextos privados y públicos de comunicación se estructuren en términos de derechos fundamentales, cuya garantía por el poder público resulta necesaria para mantener intactas las estructuras de comunicación a nivel de la sociedad civil:

La libertad de asociación y el derecho a fundar asociaciones y sociedades definen, junto con la libertad de opinión, un espacio para asociaciones libres que intervienen en el proceso de formación de la opinión pública, tratan de temas de interés general y representando vicariamente a grupos (o a asuntos e intereses) subrepresentados o difícilmente organizables, que persiguen fines culturales, religiosos o humanitarios, que forman sociedades confesionales, etc. La libertad de prensa, de radio y de televisión, así como el derecho a desarrollar una actividad publicística libre, aseguran la infraestructura de medios de comunicación que la comunicación pública

necesita, habiendo de protegerse la apertura para opiniones que compitan unas con otras y para una diversidad de opiniones que resulte representativa. (...) Finalmente, la trama asociativa sólo puede conservar su autonomía y su espontaneidad en la medida en que pueda apoyarse en un sólido pluralismo de formas de vida, de subculturas y de orientaciones en lo concerniente a creencias. A la integridad de los ámbitos de vida privada sirve la protección de los derechos fundamentales que articulan la esfera de la “privacidad”; derechos personales, libertad religiosa y de conciencia, libertad de movimiento, secreto epistolar, postal y telefónico, la inviolabilidad del domicilio, así como la protección de la familia, circunscriben una zona intangible de integridad personal y de formación autónoma de la conciencia moral y del juicio (Habermas 2005, pp. 448-449).

En términos de teoría discursiva de la democracia, la garantía de estos derechos facilita la generación de poder comunicativo ciudadano, en la medida en que tiende a preservar las estructuras de comunicación de distorsiones sistémicas; y así, sienta mejores condiciones que otros regímenes políticos para las prácticas de justificación, tanto a nivel de la sociedad civil como a nivel del sistema político. Por el contrario, los *regímenes autoritarios* y las *dictaduras plenas* deterioran sistemáticamente las condiciones comunicativas mediante amenazas o el uso directo de la violencia física en detrimento de los derechos fundamentales, dificultando o evitando el despliegue de las libertades comunicativas, y así, la generación de convicciones racionales.⁸ En efecto, sabemos que, contrastando las estructuras de comunicación que se dan bajo un régimen dictatorial con una *situación ideal de habla*, i.e. con el canon metacrítico y contra-fáctico que sirve para juzgar las condiciones fácticas de habla y criticar la racionalidad de las convicciones que resultan de la comunicación, observamos que la presencia de coacción arbitraria sobre la sociedad civil distorsiona uno de los presupuestos fundamentales de la comunicación; esto es, la ausencia de coacción. Vista la cuestión en tér-

⁸ Diferencio aquí los regímenes autoritarios de las dictaduras plenas para dar cuenta de regímenes que no llegan a cumplir con estándares mínimos de un Estado de Derecho, pero tampoco han abandonado completamente ciertas instituciones como las elecciones periódicas de autoridades. A estos regímenes autoritarios se los ha llamado también semi-democracias, semi-dictaduras, o también autoritarismos competitivos. Véase Levitsky y Way, 2002.

menos arendtianos, los regímenes tiránicos tienen el objetivo primordial de imponer aislamiento entre las personas, destruyendo la esfera política de sus vidas, donde actúan conjuntamente en la consecución del bien común (Arendt, 1979, p. 474), y entonces, imposibilitan la creación de poder comunicativo, el que no puede surgir sino en condiciones de comunicación irrestricta.

Pero no solo la esfera pública debe mantenerse intacta para hacer posible la generación de convicciones comunes racionales, sino también la esfera privada. En efecto, mientras los regímenes tiránicos imponen aislamiento, los regímenes totalitarios barren también con la esfera de vida privada e imponen también *soledad* entre las personas, siendo esta última el suelo común del terror (Arendt, 1979, p. 475). Este punto, i.e. la protección de la esfera privada, reviste hoy suma importancia para las sociedades complejas, desde que las revelaciones de Snowden mostraron que los gobiernos, especialmente el de EE.UU. (junto a la complicidad de compañías como Apple, Facebook, Google, Microsoft, Skype, Yahoo, Youtube), el británico, el canadiense y posiblemente también otras agencias, estuvieron involucrados en el monitoreo a gran escala de la población, por no decir *vigilancia*; es decir, la atención sistemática, rutinaria y focalizada a detalles personales para un determinado propósito (Lyon, 2014, p. 2). La vigilancia no es una novedad en la configuración de las relaciones de poder modernas, políticas y no políticas; pero sí lo es la escala y modalidad con la que esta se da a partir del surgimiento de la llamada *Big Data*: cantidades masivas de datos sobre personas y sus actividades, su enorme volumen, alta velocidad, creadas en tiempo real, exhaustivas en su alcance y, por si fuera poco, la creciente integración entre la vigilancia gubernamental y la comercial (*ibíd.*, p. 5). El tema del control social mediante estas nuevas herramientas y su amenaza a las condiciones mismas de posibilidad de una democracia, exceden ampliamente los objetivos de este trabajo; no obstante, la cuestión de la protección de la esfera privada, en términos distintos a los que Habermas aludía en 1992, no puede sino al menos ser aludida para impugnar la carencia de legitimidad de todo régimen político o de instituciones que hacen uso de *Big Data*.

En este orden de ideas, cuando decimos que una democracia constitucional es necesaria como marco en el cual se utilizan instrumentos como el referéndum, estamos haciendo hincapié en la protección, por igual inexcusable, de la esfera pública y la esfera privada en términos de protección de los derechos fundamentales.⁹ Cuanto más el contexto en el que se utiliza el referéndum se aleje de semejante protección, sea haciendo peligrar la integridad de la esfera pública de comunicación o de la esfera de la vida privada, tanto más corrupta será su forma.

B. Esfera pública crítica

Además del contexto de una democracia constitucional, otra condición que hace al uso legítimo de un referéndum es la existencia de una sociedad civil enérgica que preserve efectivamente las estructuras de comunicación, ya que las garantías constitucionales no bastan para evitar las deformaciones del espacio de la opinión pública y la sociedad civil (Habermas, 2005, p. 450). En efecto, uno de los aspectos distintivos de la versión discursiva de la democracia deliberativa es que asume que los mecanismos institucionalizados de deliberación y toma de decisiones no

⁹ Se podría pensar que aquí el argumento deviene circular, en la medida en que afirmamos que para que un referéndum no amenace derechos tiene que darse en un contexto que no amenace derechos. Sin embargo, no hay tal circularidad si en lugar de pensar la formación de las normas jurídicas estáticamente, atendemos a su dinámica. Debemos distinguir la vigencia del sistema de derechos durante el proceso referendario, y su vigencia luego de ese proceso. Un ejemplo que podría iluminar este aspecto es el de la ratificación por referéndum de la continuidad de un régimen autocrático (pensemos en los referéndums de Pinochet). Un referéndum semejante, cualquiera sea su resultado, se realiza en condiciones en que los derechos políticos ya están siendo vulnerados durante el proceso referendario por la autocracia en que es lanzado. Ahora bien, cabe analizar un segundo momento, el que resulta del referéndum. Si el resultado del referéndum ratifica la autocracia, vulnera los derechos políticos a futuro, pues estos no podrán ser ejercidos en la autocracia ratificada, y con ello, extiende a futuro la vulneración del sistema entero de derechos. Si por el contrario el resultado es el rechazo a la autocracia, y por lo tanto, se restituyen a futuro los derechos políticos, en este segundo momento se devuelve la vigencia del sistema de derechos. El abordaje teórico-normativo aquí propuesto muestra que en ambos casos se trata de formas corruptas de referéndums. Eventualmente, el rechazo popular a la continuidad del régimen autocrático podría ser analizado en términos de expresión y canalización de una forma de resistencia pacífica pero no de formación y expresión democrática de la voluntad colectiva, pues estando inmovilizadas las libertades comunicativas, no hay formación posible de poder comunicativo.

son capaces por sí solos de garantizar la legitimidad democrática de las normas jurídicas, sino que otorga un papel fundamental a las prácticas deliberativas en el espacio público informal para la generación de poder comunicativo ciudadano, incluso cuando este apunta contra el sistema político (Barreyro, 2018; White & Farr, 2012; Flynn, 2004; Cohen & Arato, 1992). En efecto, para Habermas: “Las instituciones jurídicas de la libertad decaen y se arruinan sin las iniciativas de una población habituada a la libertad (...) La comprensión del sistema de derechos en términos de teoría del discurso dirige la mirada hacia ambos lados. Por una parte, la carga de la legitimación de la producción del derecho se desplaza y no se hace recaer tanto sobre las cualificaciones y virtudes de los ciudadanos como sobre los procedimientos jurídicamente institucionalizados de formación de la opinión y la voluntad comunes. Por otra, la juridificación de la libertad comunicativa significa también que el derecho ha de abrirse a fuentes de legitimación de las que no puede disponer a voluntad” (Habermas, 2005, p. 197). En este orden de ideas, si estamos en presencia de una sociedad civil insensible o apática a las instituciones democráticas, raramente un proceso referendario podrá alcanzar su forma pura.

C. Independencia del sistema de medios de comunicación

Finalmente, para que la deliberación pública goce de valor epistémico en sociedades complejas como las nuestras, los medios masivos de comunicación deben tener una relativa independencia respecto de su entorno (Habermas, 2006). Esto quiere decir que la presencia de las siguientes patologías atenta contra el valor epistémico de la deliberación: primero, la incompleta diferenciación del sistema de medios respecto del mercado y del Estado, o bien, la interferencia temporaria en la independencia de medios que ya alcanzaron un nivel de auto-regulación (e.g. el monopolio estatal de medios y la interferencia de grupos de interés que intentar traducir poder económico en influencia política, respectivamente); y segundo, el acceso selectivo y la participación no inclusiva en los medios de comunicación debido a la exclusión social y cultural, sumado a la parálisis de la sociedad civil producto de la colonización de la esfera pública por imperativos del mercado (*ibíd.*).

VI. Consideraciones finales

En este trabajo, me he propuesto brindar un abordaje normativo de los referéndums, circunscripto al tratamiento de una de las objeciones más importantes que se lanzan contra ellos; a saber, la que señala que proveen un medio para tiranizar a las minorías. Dicha objeción, hemos mostrado, puede traducirse en la idea de que en los referéndums estalla la tensión entre el principio de soberanía popular y el sistema de derechos, y más específicamente, aquél es exacerbado en detrimento de los derechos de minorías. La posición de Offe expresa en términos claros tal objeción, con especial foco en la situación de crisis que atraviesan en la actualidad las democracias occidentales. Como posibles caminos para salir de aquella crisis, Offe sugiere que, en lugar de usar “métodos plebiscitarios”, habría que enriquecer la democracia representativa electoral con cuerpos no electivos (aleatorios) y no mayoritarios (deliberativos y consultivos) para que en lugar de “maximizar la expresión de las preferencias políticas de los ciudadanos [...] maximicen la capacidad de los ciudadanos de *formar* preferencias y juicios sobre los asuntos públicos de los que luego no se arrepientan” (Offe, 2017, pp. 1 y 23).

Si bien tanto la posición que Offe representa como la nuestra se enmarca en el modelo discursivo-deliberativo de la democracia, ambas parten de diagnósticos distintos. Aquella parte de la idea de que la naturaleza de los referéndums tiende indefectiblemente a oprimir a las minorías y a repeler a toda práctica deliberativa y es por ello ilegítima. En efecto, afirma que “los procedimientos plebiscitarios privilegian la reacción rápida, instantánea, generada por pasiones e instintos viscerales por sobre el más lento balance de intereses y el típicamente extenso proceso de persuadir por medio de argumentos” (Offe, 2017, p. 19). Por ello dirige la mirada nuevamente a las instituciones representativas y aboga por cuerpos deliberativos anexos a ellas, aunque muchas de sus críticas podrían también ser extendidas a las instituciones representativas que pretende recuperar. Por el contrario, nuestra posición parte del diagnóstico de que, tanto los referéndums como las instituciones representativas encargadas de legislar y tomar decisiones, pueden entrañar prácticas que tensionan el principio de soberanía popular y los derechos, y así, resultar opresivas de las minorías. Por ello, en lugar de ser

esquiva a pensar qué rasgos específicos hacen de un referéndum un instrumento legítimo —en relación a la objeción de opresión a las minorías—, he intentado dilucidar la cuestión, mostrando que, bajo ciertas condiciones, referidas a su gramática institucional y presentes en el contexto de su uso, los referéndums gozan de legitimidad por no exacerbar el principio de soberanía popular en detrimento de los derechos de las minorías, esto es, por armonizar aquel principio con el sistema de derechos. La armonía de ambos pilares de las democracias constitucionales consiste en asegurar las condiciones para una búsqueda de un consenso racional por medio de prácticas deliberativas inclusivas y equitativas, que, por un lado, vehiculicen el ejercicio de la soberanía popular, y, por el otro, conduzcan a un resultado susceptible de ser aceptado por todos los involucrados.

He distinguido dos conjuntos de condiciones. En cuanto a su gramática institucional, he dado cuenta de que los referéndums no necesariamente introducen una forma extrema de mayoritarismo, como cree Chambers, sino que pueden regirse por un principio consensual, de modo de inclinar y obligar a la mayoría a entablar el diálogo con las minorías. También he indicado que las campañas de referéndums han de complementarse con instancias y fórums que promuevan la deliberación, sean pensadas a gran escala o a pequeña escala, bajo la forma de *mini-publics*. La regulación de la cobertura de los medios de comunicación también es crucial para que la decisión tomada goce del valor epistémico de la deliberación, que ha de ser producto no solo de la deliberación sino también de la información y el conocimiento de los argumentos a favor y en contra de cada iniciativa. La revisibilidad judicial, finalmente, resulta un elemento necesario para proteger a las minorías, como advertencia a la mayoría de que no hay última palabra en el asunto y que ante cualquier intento de tiranizar a las minorías, puede este ser dejado sin efecto en una ulterior instancia. Cada una de estas condiciones organiza una *estructura básica de justicia* en la cual el *poder de justificación* se distribuye en términos relativamente inclusivos, abre espacios de justificación y crítica, y por lo tanto, coadyuva a la legitimidad democrática de las decisiones a tomar.

Además, en cuanto al contexto de uso de los referéndums, he mencionado la necesidad de que se den en el marco de un Estado de Derecho,

en el que derechos y libertades básicos estén protegidos en orden a mantener a salvo la posibilidad de crítica pública y los espacios de comunicación privados. Pero también la existencia de una sociedad civil enérgica, encargada de mantener viva la esfera pública crítica, más la independencia de los medios de comunicación respecto del entorno económico y estatal, son necesarias para que el proceso de toma de decisiones no se convierta en un instrumento de opresión.

Estos dos conjuntos de condiciones se dirigen a concretizar la noción abstracta de soberanía popular en prácticas reales e intersubjetivas de justificación y crítica, distribuidas lo más equitativa e inclusivamente posible, y orientadas a la formación de un consenso racional acerca de las normas que han de regir para los involucrados. Lo racional de un consenso al que se arriba de este modo, ha de aclararse, consiste en que es susceptible de ser aceptado por los involucrados, y por tanto, no lesiona a ninguno de ellos. De este modo, hemos brindado un escrutinio de algunas condiciones institucionales y contextuales de los referéndums para dilucidar cuándo estamos en presencia de formas puras o corruptas de referéndums. Como he mencionado, tales condiciones son necesarias pero no suficientes para que los referéndums gocen de legitimidad democrática, ya que ellas se circunscribieron a la objeción de que ellos proveen un medio para tiranizar a las minorías. Finalmente, cabe destacar que no hemos intentado más que explicitar qué rasgos y condiciones deben tener los referéndums para gozar de legitimidad democrática según el modelo discursivo-deliberativo de la democracia. En este sentido, el trabajo no hace más que desplegar ciertos núcleos normativos que ya están contenidos en esta visión de la democracia, pero que necesitaban ser iluminados en lo que respecta a los referéndums, ya que posiciones como las de Offe, a nuestro entender, parten de un diagnóstico sesgado del asunto.

Referencias bibliográficas

- Arendt, Hannah, 1979: *The Origins of Totalitarianism*. New York, Harcourt Brace & Company.
- Aristóteles, 1988: *Política*. Madrid, Gredos.

- Barreyro, María E., 2018: "The purest form of communicative power. A reinterpretation of the key to the legitimacy of norms in Habermas's model of democracy". *Constellations. An International Journal of Critical and Democratic Theory*, vol. 25 núm. 3, pp. 459-473.
- Bohman, James, 1998: "Survey Article: The Coming of Age of Deliberative Democracy". *The Journal of Political Philosophy*, vol. 6, núm. 4, pp. 400-425.
- Bowler, Shaun y Donovan, Todd, 2001: "Popular Control of Referendum Agendas: Implications for Democratic Outcomes and Minority Rights", en Mendelsohn, Matthew y Parkin, Andrew (eds.), *Referendum Democracy. Citizens, Elites and Deliberation in Referendum Campaigns*. Basingstoke, Palgrave Macmillan.
- Boyd, Ovid, 2010: "Referenda around the World. History and Status of Direct Democracy". 6th Annual Southern California Graduate Student Conference; consultado el 20/11/2017, en https://www.democracy.uci.edu/files/docs/conferences/grad/Boyd_Referenda%20around%20the%20World.pdf
- Chambers, Simone, 2001: "Constitutional Referendums and Democratic Deliberation", en Mendelsohn, Matthew y Parkin, Andrew (eds.), *Referendum Democracy. Citizens, Elites and Deliberation in Referendum Campaigns*. Basingstoke, Palgrave Macmillan.
- Cohen, Jean y Arato, Andrew, 1992: *Civil Society and Political Theory*. Cambridge, MIT Press.
- Escobar, Oliver, 2017: "Forms of mini-publics: An introduction to deliberative innovations in democratic practice", en *New Democracy. Research and Development Note*, 4, consultado el 21/11/2017 en www.newdemocracy.com.au/forms-of-mini-publics
- Flynn, Jeffrey, 2004: "Communicative Power in Habermas's Theory of Democracy". *European Journal of Political Theory*, vol. 3, núm. 4, pp. 433-454.
- Forst, Rainer, 2001: "The Rule of Reasons. Three Models of Deliberative Democracy". *Ratio Juris. An international journal of jurisprudence and philosophy of law*, vol. 14 núm. 4, pp. 345-378.
- Forst, Rainer, 2015: *Justificación y Crítica. Perspectivas de una teoría crítica de la política*. Buenos Aires, Katz.
- Fung, Archon, 2003: "Recipes for Public Spheres: Eight Institutional Design Choices and Their Consequences". *The Journal of Political Philosophy*, vol. 11, núm. 3, pp. 338-667.
- Gargarella, Roberto y Courtis, Christian, 2009: *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*. Santiago de Chile, CEPAL.
- Grönlund, Bächtiger y Setälä, Maija (eds.), 2014: *Deliberative Mini-Publics. Involving Citizens in the Democratic Process*. Colchester, ECPR Press.
- Gutman, Amy y Thompson, Dennis, 2004: *Why deliberative democracy?* New Jersey, Princeton University Press.
- Habermas, Jürgen, 2005: *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid, Trotta.

- Habermas, Jürgen, 2006: "Political Communication in Media Society: Does Democracy still enjoy an Epistemic Dimension? The impact of Normative Theory on Empirical Research". *Communication Theory*, vol. 16, núm. 4, pp. 411-426.
- Haider-Markel, Querze y Lindaman, Kara, 2007: "Lose, Win, or Draw? A Reexamination of Direct Democracy and Minority Rights". *Political Research Quarterly*, vol. 60, núm. 2, pp. 304-314.
- Jenkins, Richard y Mendelsohn, Matthew, 2001: "The News Media and Referendums", en Mendelsohn, Matthew y Parkin, Andrew (eds.), *Referendum Democracy. Citizens, Elites and Deliberation in Referendum Campaigns*. Basingstoke, Palgrave Macmillan.
- Jessen, Ralph y Richter, Hedwig (eds.), 2011: *Voting for Hitler and Stalin: Elections under 20th Century Dictatorships*. Francfort y Nueva York, Verlag.
- Langer, Lorenz, 2010: "Panacea or pathetic fallacy? The Swiss ban on minarets", Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich, consultado el 25/05/2018 en http://www.zora.uzh.ch/id/eprint/93992/1/Langer_VJTL_2010.pdf
- LeDuc, Lawrence, 2006: "Referendums and Deliberative Democracy", presentación para el International Political Science Association World Congress, Fukuoka, Japón, Julio 9-13, 2006, consultado el 23/05/2018 en http://paperroom.ipsa.org/papers/paper_5268.pdf
- Levitsky, Steven y Way, Lucan, 2002: "Elections without democracy. The rise of competitive authoritarianism". *Journal of Democracy*, vol. 13, núm. 2, pp. 51-65.
- Lijphart, Arend, 1984: *Democracies: Patterns of Majoritarian and Consensus Government in Twenty-one Countries*. New Haven, Yale University Press.
- Lijphart, Arend, 1999: *Patterns of Democracy. Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries*. New Haven, Yale University Press.
- Lyon, David, 2014: "Surveillance, Snowden, and Big Data: Capacities, consequences, critique". *Big Data & Society*, vol. 1, núm. 2, pp. 1-13.
- Mainwaring, Scott, 2001: "Two models of democracy". *Journal of Democracy*, vol. 12, núm. 3, pp. 170-175.
- Mansbridge, Jane, Bohman, James, Chambers, Simone, Christiano, Thomas D., Fung, Archon, Parkinson, John, Thompson, Dennis F. y Warren, Mark E., 2012: "A systemic approach to deliberative democracy", en Parkinson, John y Mansbridge, Jane (eds.), *Deliberative Systems. Deliberative Democracy at the Large Scale*. Cambridge, Cambridge University Press.
- Mendelsohn, Matthew y Parkin, Andrew (eds.), 2001: *Referendum Democracy. Citizens, Elites and Deliberation in Referendum Campaigns*. Basingstoke, Palgrave Macmillan.
- Müller, Jan-Werner, 2014: "'The People Must Be Extracted from Within the People': Reflections on Populism". *Constellations. An International Journal of Critical and Democratic Theory*, vol. 21, núm. 4, pp. 483-493.

- Ober, Josiah, 2008: "The Original Meaning of 'Democracy': Capacity to Do Things, Not Majority Rule". *Constellations. An International Journal of Critical and Democratic Theory*, vol. 15, núm. 1, pp. 3-9.
- Offe, Claus, 2017: "Referendum vs. Institutionalized Deliberation: What Democratic Theorists Can Learn from the 2016 Brexit Decision". *Daedalus, the Journal of the American Academy of Arts & Sciences*, vol. 146, núm. 3, pp.14-27.
- Pappas, Takis S., 2016: "Are Populist Leaders 'Charismatic'? The Evidence from Europe". *Constellations. An International Journal of Critical and Democratic Theory*, vol. 23, núm 3, pp. 378-390.
- Parkinson, John y Reinisch, Charlotte, 2007: *Swiss Landsgemeinden: a deliberative democratic evaluation of two outdoor parliaments*. Helsinki, ECPR Press.
- Parkinson, John, 2001: "Deliberative Democracy and Referendums", en Keith Dowding, et al. (eds.) *Challenges to Democracy: Ideas, Involvement and Institutions*. London, Palgrave.
- Peters, Anne, 2009: "The Swiss Referendum on the Prohibition of Minarets", en *Blog of the European Journal of International Law*, consultado el 25/05/2018 en <https://www.ejiltalk.org/the-swiss-referendum-on-the-prohibition-of-minarets/>.
- Platón, 1985: *Diálogos, Volumen I*. Madrid, Gredos.
- Saffon, María P. y Urbinati, Nadia, 2013: "Procedural Democracy, the Bulwark of Equal Liberty". *Political Theory*, vol. 41, núm. 3, pp. 441-481.
- Şen, İlker G., 2015: *Sovereignty Referendums in International and Constitutional Law*. Switzerland, Springer International Publishing.
- Setälä, Maija, 1999: *Referendums and democratic government. Normative Theory and the analysis of institutions*. London, Palgrave.
- Ulleri, Pier V., 1996: "Introduction", en Ulleri Pier V. y Gallagher, Michael (eds.), 1996: *The Referendum Experience in Europe*. London, Palgrave, pp. 1-19.
- Van Hoecke, Mark, 2001: "Judicial Review and Deliberative Democracy: A Circular Model of Law Creation and Legitimation". *Ratio Juris. An international journal of jurisprudence and philosophy of law*, vol. 14, núm. 4, pp. 415-523.
- Vatter, Adrian, 2009: "Lijphart expanded: three dimensions of democracy in advanced OECD countries?". *European Political Science Review*, vol. 1, núm. 1, pp. 125-154.
- Weyland, Kurt, 2001: "Clarifying a contested concept: Populism in the study of Latin American politics". *Comparative Politics*, vol. 34, núm. 1, pp. 1-22.
- White, Stephen K. y Farr, Evan R., 2012: "'No-Saying' in Habermas". *Political Theory*, vol. 40, núm. 1, pp. 32-57.
- Zurcher, Arnold J., 1935: "The Hitler Referenda". *The American Political Science Review*, vol. 29, núm. 1, pp. 91-99.

Agradecimientos

Este trabajo fue parcialmente realizado en el marco de una estadía de investigación postdoctoral en el Normative Orders de la Universidad de Francfort, Alemania, institución a la que agradezco especialmente. Asimismo, agradezco el financiamiento de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (Decyt 1603/2017), a la Agencia Nacional de Promoción Científica y Tecnológica de Argentina (PICT 2015-1183) y al DAAD. Finalmente, agradezco a los dos referis anónimos por sus valiosas sugerencias.

Recepción: 5/12/2017
Revisión: 30/5/2018
Aceptación: 17/8/2018