

EL TÁNDEM ENTRE JUEZ CONSTITUCIONAL Y OPOSICIÓN PARLAMENTARIA: POR UNA LECTURA GARANTISTA DE LA SEPARACIÓN DE PODERES

Francisco TORTOLERO CERVANTES*

SUMARIO: I. *Planteamiento*. II. *¿Tutelar a la mayoría, o a la oposición?* III. *La tutela de las minorías, ¿tarea política o jurídica?* IV. *Un juez artífice, pero también limitador de garantías*. V. *Conclusiones*.

I. PLANTEAMIENTO

En plena mitad del siglo XX, el constitucionalismo de la posguerra generó un interés por replantear las funciones ejercidas tradicionalmente por las asambleas parlamentarias. El ambiente de crisis que imperaba implicaba pensar en nuevas soluciones para hacer subsistir la función de los parlamentos como órganos de representación, de creación de normas; de formación del gobierno y de control de este último.¹ Y es que en aquellos tiempos, una visión pasada de moda de la independencia orgánica entre el gobierno y el parlamento iba a ser dejada atrás rápidamente a causa de la evolución de las prácticas parlamentarias. En una época donde se requería a toda costa de estabilidad institucional, la actividad de estas asambleas debía dirigirse más hacia garantizar la autonomía funcional de los gobiernos (estos últimos asimilados de ahora en ade-

* Licenciatura en derecho por la UNAM; maestría en instituciones y doctorado en ciencias políticas por la Universidad de París I (Panthéon-Sorbonne). Actualmente es profesor-investigador de la Facultad de Derecho y Administración Pública de la Universidad de Guanajuato. Contacto en ftortolero@gmail.com

¹ La teoría parlamentaria británica del siglo XIX había definido las funciones fundamentales de los parlamentos como las de “bien elegir a los ministros; bien informar a la nación; bien encarnar la voluntad de la nación; bien llevar los expedientes ante los ojos de la nación”, en Bagehot, Walter, *The English Constitution*, de 1929, Nueva York, Oxford University Press, 1867, p. 159.

lante al funcionamiento del gobierno bajo el esquema parlamentario, de tal suerte que el gabinete haría las veces de una comisión parlamentaria encargada de la administración).² Después de las tensiones institucionales acentuadas durante el periodo de entreguerras, marcado por el fracaso de Constituciones desprovistas de garantías judiciales creadas para proteger a la minoría política (tal como la de la III República o la de la República de Weimar), la ola creadora de nuevas constituciones al final de la Segunda Guerra Mundial implicaba necesariamente una redefinición de conjunto a los postulados fundamentales del modelo parlamentario. Sin embargo, había que cuidar que las adaptaciones al modelo contencioso constitucional (de reciente restablecimiento en la mayoría de los casos) atendieran criterios de continuidad, más que de ruptura con el pasado.

Según las huellas de tal desarrollo, iniciado a partir de los modernos, la teoría de la separación de poderes habría estudiado en aquel tiempo la manera como la monarquía absoluta debía conformarse sobre la base de la dualidad del Ejecutivo (donde se encontraba tanto el soberano como el gobierno). Luego, la segunda mitad del siglo XIX trajo consigo que los teóricos del parlamentarismo se concentraran en analizar la forma como la liga de confianza entre el gobierno y la mayoría de la asamblea debían encaminarse a fundar la legitimidad de las decisiones colectivas.³ Por lo anterior, no fue sino al reformular el sentido las garantías constitucionales, que construcciones como la de Luigi Ferrajoli,⁴ podrían impactar en un replanteamiento de la noción de separación de poderes. La inducción del garantismo en el plano de la separación de poderes parece dirigirse hacia una nueva diferenciación entre la función de gobierno y la de oposición.⁵ Concebida en términos garan-

² Colliard, Jean-Claude, “Les différents modes de gouvernement”, *Cahiers Français*, núm. 300, janvier-février, 2001, pp. 74-80.

³ “Toda constitución debe, primero, *ganar* su autoridad para después *usar* su autoridad; [en otras palabras] debe primero ganar la lealtad y la confianza de los gobernados para después emplearlas en pro del trabajo gubernamental”. Bagehot, Walter, *op. cit.*, nota 1, 1867, p. 4.

⁴ *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, pról. de N. Bobbio, trad. por P. A. Ibáñez *et al.*, Madrid, Trotta, 2004; para una revisión de conjunto de estos aportes, véase Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (eds.), *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

⁵ Vergottini, Giuseppe de, *Diritto costituzionale comparato*, 5a. ed., Padova, CEDAM, 1999, pp. 370-375. Sobre la formación del principio “garantista” en Italia, *cfr.* Labriola, Silvano, “Principio maggioritario e statuto dell’opposizione”, *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Milán, Giuffrè, 1999, p. 734.

tistas, la separación de poderes debiera entenderse como sinónimo de control político genérico de las funciones representativas de los órganos públicos. Aunque tales funciones se entiendan concentradas en el gobierno y en el parlamento, el garantismo aludido parece implicar que por el solo hecho de serlo, toda entidad representativa (incluyendo la minoría de la asamblea) debe asumir su parte de responsabilidad política.

No obstante las objeciones que pudieran presentarse frente a tal intención (y dado que el ideal garantista requiere siempre referirse a derechos fundamentales), esta óptica interesa también a la teoría de las instituciones políticas por el simple hecho de que ha sido, apenas hace poco tiempo, que la transformación de la práctica parlamentaria condujo a exorcizar temores expresados mucho más atrás de los dos lados del Atlántico.⁶ El nuevo constitucionalismo debía entonces idear la forma en que las cortes constitucionales podrían efectuar una mediación entre la necesidad de promover el espíritu cooperativo propio del parlamentarismo y la de no impedir que el espíritu de competencia política, inherente a los sistemas mayoritarios, pudiera desarrollarse de manera adecuada.

Es así como la definición de este nuevo garantismo se volvería de una complejidad cada vez más marcada. Lo anterior pareciera incluso acrecen-

⁶ La noción de “tiranía de las mayorías” apareció en Tocqueville, Alexis, *De la démocratie en Amérique* (1835), 1963, introducción de H. Laski, París, Gallimard. Este autor consideraba “impía y detestable esta máxima: que en materia de gobierno, la mayoría del pueblo tenga derecho de hacerlo todo; y sin embargo, no dejo de concebir a la voluntad de las mayorías como el origen de todos los poderes. ¿Estoy entonces, en contradicción conmigo mismo?”, t. I, pp. 261-264; una primera noción sobre la necesidad de controlar a la mayoría podía encontrarse ya en Hamilton, Alexander, *The federalist papers* (1787), 1971, Nueva York, Haskell House Publishers, núm. X, pp. 69-77. “Por una facción entiendo un número de ciudadanos, sea formando parte de la mayoría o de una minoría del conjunto, quienes están unidos y articulados por un impulso común de pasiones o de intereses, éstos últimos adversos a los derechos de otros ciudadanos, o incluso contrarios a los intereses comunes de la colectividad en su conjunto” (p. 69). Si tal facción es menor que la mayoría, el principio republicano se encarga de aliviar (la situación, al) permitir que la mayoría derrote estas intenciones siniestras por medio del voto regular. Ésta podría taponar la administración; convulsionar a la sociedad; pero también, su intención sería incapaz de esconder contenidos violentos tras las formas de la Constitución. Cuando una mayoría se incluye dentro de una facción, la forma de gobierno popular, por un lado, le permite sacrificar al bien común y a los derechos civiles en función de sus pasiones o intereses. En razón de este propósito de alejar al bien común y a los derechos individuales del peligro que representa dicha facción, así como por el de preservar el espíritu y la forma de gobierno popular, considero que el objeto al que va dirigida nuestro análisis es valioso (p. 73).

tarse, en tanto que la función de interpretación constitucional comienza a ser ejercida, ya no sólo por el juez constitucional, sino también por los órganos que concentran la toma de la decisión política (a saber, el gobierno y el parlamento).⁷

Parece cada vez menos discutible que la jurisprudencia constitucional pueda afectar, de forma generalizada, a todos los actores del sistema político.⁸ Después de hacer un recorrido del trayecto protector con el que los tribunales constitucionales europeos han favorecido el establecimiento de grados mínimos de protección para las minorías políticas, podremos apreciar la manera como la esfera de competencias atribuidas a tales jueces parecen cada vez más representadas en el mundo institucional.

Veremos entonces que esta presencia (concebida también como proceso de *juridización* de la decisión colectiva) se acentúa considerablemente cuando el Ejecutivo o el Legislativo se disponen a tomar decisiones políticas relevantes.⁹ Insistiendo sobre el carácter tan reciente de dicho fenómeno, trataremos de exponer cuáles son los efectos institucionales de la actividad de estos tribunales sobre la oposición parlamentaria. Añadiendo a nuestro análisis el ingrediente garantista, afirmaremos que tal reposicionamiento permite además a la oposición el situarse en un lugar de privilegio para la observación de lo que pudieran representar efectos benéficos o nocivos de la jurisprudencia constitucional hacia su propio interior. El análisis va a permitirnos incluso colocar a estos tribunales en el papel de compañeros de armas de la minoría política, la cual, por virtud de las garantías jurisdiccionales conferidas, queda encargada de ejercer una de las funciones más importantes en el constitucionalismo contemporáneo.

Restringiendo nuestro análisis al contexto del parlamentarismo mayoritario, y tomando como base tanto los textos constitucionales como los reglamentos de las asambleas parlamentarias, señalaremos que las democracias europeas contemporáneas se ocupan en muy raras ocasiones de legislar respecto del trabajo parlamentario inherente a la oposición.¹⁰ Sin embargo, se

⁷ Waldron, Jeremy, "The Integrity of Law: Legislating with Integrity", *Fordham Law Review*, núm. 72, november 2003, pp. 373 y ss.

⁸ Fleming, James E., Congreso del 19 novembre de 2004 "Theories of Taking the Constitution Seriously Outside of the Courts: Judicial Review without Judicial Supremacy", *Fordham Law Review*, núm. 73, marzo 2005, pp. 1377 y ss.

⁹ *Cfr.* Badinter, Robert y Breyer, Stephen, *Les entretiens de Povençe: le juge dans la société contemporaine*, París, Fayard-Publications de la Sorbonne, 2003, p. 383.

¹⁰ Gennusa, Maria Elena, *La posizione costituzionale dell'opposizione*, Milán, Giuffrè, 2000, pp. 93-137.

puede entender, desde otro punto de vista, que el carácter tan marginal de esta protección normativa no representa tampoco un deseo premeditado del legislador en el momento de aprobar las disposiciones respectivas, tal como lo fueron al término de la Segunda Guerra Mundial. Veremos pues que habría sido sobre todo la práctica parlamentaria de los pasados cincuenta años la que delimitaría, hasta nuestros días, el tipo de relación (más bien consensual) al interior de los parlamentos en Europa occidental.

Es entonces a través de este análisis que plantearemos que la intención garantista aludida, cuyos efectos han contribuido a apuntalar la esencia cooperativa de los sistemas parlamentarios, ha permitido a las instituciones del continente establecer ligas (a manera de “tándem”) entre los jueces y los miembros de la minoría política. Para tal efecto, deberemos asumir que las decisiones colectivas son tomadas, cada vez más, enmarcadas en el binomio de *politización/juridicización*.

De lo anterior, apreciaremos que la implantación del espíritu cooperativo en el vértice del parlamentarismo continental europeo habría sido impracticable sin la intervención de los tribunales constitucionales. Fue así como, arropada en una intención que bien podría asociarse al garantismo aludido, la protección de la oposición se fue definiendo como una consecuencia lógica del establecimiento de mecanismos de control de constitucionalidad. Dicho de otra forma, el juego de la alternancia lleva al conjunto de los participantes de la dinámica parlamentaria (incluida aquí la mayoría) a interesarse, tarde o temprano, en garantizar los derechos del polo minoritario I). En tanto las tensiones entre mayorías y minorías se vieran traducidas en el establecimiento de una relación jurídica, los tribunales encargados de fungir de árbitros en tales conflictos terminarían construyendo una dogmática constitucional coherente II) a través de cuyos trazos podrían inclusive pronunciarse con decisión en el sentido de encontrar el justo medio de protección de los derechos de la oposición parlamentaria III). Nuestra participación se dirige finalmente a afirmar que, siguiendo con tal atribución que les convierte en garantes de los derechos de la oposición, los tribunales constitucionales europeos se han inscrito, con cada vez más insistencia, en asumir la tarea de catalizadores de la decisión política.

II. ¿TUTELAR A LA MAYORÍA, O A LA OPOSICIÓN?

Los teóricos del parlamentarismo mayoritario coinciden en afirmar que dentro de las condiciones de eficacia de esta forma de gobierno la tutela de la

oposición es, hoy en día, tan importante como lo es la estabilización de la mayoría. Aunque para llegar a este entendimiento las instituciones debieron transitar por una larga evolución que implicó, al final del camino, que nadie cuestione que ahí donde no hay oposición no puede haber democracia.

En la lógica de los sistemas parlamentarios, la noción de separación de poderes (tal como quedó entendida en términos garantistas) aparece en la actualidad desprovista de sentido cuando su análisis se restringe a entender la liga entre parlamento y gobierno. Esta noción de poder acotado vuelve a encontrar sentido en tanto la liga estudiada se amplía, por un lado, a las tensiones entre la mayoría y el gobierno,¹¹ así como entre las que se generan entre las diversas minorías políticas y la oposición parlamentaria.¹²

Nos enfocaremos en seguida a elaborar un balance acerca de la lectura que la jurisprudencia constitucional europea ha efectuado en torno a esta doble relación conflictiva. Veremos que la respuesta ofrecida por tales jurisdicciones se ha elaborado, de manera predominante, sobre la base de la garantía de igualdad, aunque veremos también que el juez fue ampliando la noción de regulación de la dinámica parlamentaria sobre la base de otros principios constitucionales. Este balance nos dará cuenta de la manera como los jueces europeos se dieron a la tarea de disminuir los excesos de la mayoría, extendiendo al mismo tiempo la esfera de protección jurisdiccional a favor de la oposición política.

1. *La oposición en el sistema parlamentario*

Las ligas de cooperación y de confianza que unen a la asamblea legislativa con el gobierno (este último, siendo emanación directa del parlamento)

¹¹ Tomando como base uno de los postulados fundamentales del parlamentarismo mayoritario, la función primordial del parlamento no es la de gobernar, si no la de criticar. Por consiguiente, el sentido crítico de esta actividad se dirige, no tanto a modificar las decisiones tomadas por el gobierno, pero más bien a la formación de la opinión electoral (a efecto de que esta última sea quien manifieste la aprobación o desaprobación de la mayoría en turno dentro de las próximas elecciones), Jennings, Ivor, *Cabinet Government*, Cambridge, 1959, pp. 15 y 16, cit. por Brazier, Rodney, *Constitutional texts: materials on government and the Constitution*, Oxford, Clarendon Press, 1990, p. 404.

¹² Otro de los postulados centrales de la lógica mayoritaria implica que la oposición deba mantenerse unida (como un bloque organizado, ajeno a la mayoría) a efecto de permitir que la mayoría recientemente formada funcione de manera normal, pero también, de irse entrenando para asumir el papel de mayoría, llegado el día en que el electorado cambie de opinión y vote mayoritariamente por este bloque. Esto significa que la oposición debe estar siempre preparada para tomar el lugar del gobierno; *idem*.

representan hoy por hoy en Europa el sustrato que conduce a todo parlamento a funcionar eficazmente.¹³ Desde el instante mismo en que la mecánica de interacción y de cooperación se posicionan como elementos invitados al juego de la negociación política, y en tanto dichas negociaciones permiten que el polo mayoritario sea capaz de tomar decisiones, el sistema normativo debiera garantizar que del mismo modo, el polo adverso (a saber, la oposición *coyuntural*)¹⁴ actúe bajo la presencia de condiciones mínimas de subsistencia. Por lo anterior, la protección de las minorías se ha convertido también en uno de los valores esenciales que orientan el funcionamiento del parlamentarismo.

Fue sobre todo después de la Segunda Guerra Mundial cuando la necesidad de armonizar la práctica parlamentaria se dirigió a hacer coincidir la necesidad de garantía de los instrumentos procesales atribuidos a cada fracción de la asamblea con las influencias puntuales que las diferentes minorías pudieran introducir en el proceso legislativo. Después de todo, cada uno de estos grupos (aunque de menor importancia) también representaban a un cierto número de electores.

Pero todavía era necesario en aquel momento generar un debate teórico sobre el significado exacto de la oposición como contrapeso del gobierno. Éste debía entonces acercarse más a la función de un catalizador, y no a la de un elemento que sólo provocara la fragmentación de la representación. En este sentido,

La oposición es la minoría que, sin participar del poder, asume que impugna la forma en que éste está siendo ejercido; [pero también] existen minorías que no se oponen. En éstos, que han sido llamados regímenes de concordancia, como los Estados Unidos, existen ciertamente divergencias, aunque no exista ninguna oposición de carácter permanente.¹⁵

¹³ López Aguilar, Juan Fernando, *Minoría y oposición en el parlamentarismo: una aproximación comparativa*, Madrid, Publicaciones del Congreso de los Diputados, 1988, pp. 15-22.

¹⁴ El constitucionalismo italiano ha formulado una distinción entre las minorías *eventuales* y las minorías *tendencialmente permanentes*. Pero sólo una clase de minoría se encuentra en situación de acceder al poder al cabo de las siguientes elecciones. Solamente cuando dicha fracción se encuentra desde ese momento representada en el parlamento, y en tanto que ésta ha preparado de antemano un programa alternativo al del gobierno actual, es posible de calificar a esta fracción como *oposición coyuntural*, Pizzorusso, Alessandro, *Minoranze e maggioranze*, Torino, Einaudi, 1993, pp. 43-76.

¹⁵ Pimentel, Carlos Miguel, "L'opposition, ou le procès symbolique du pouvoir", *Pouvoirs*, núm. 108, 2003, p. 45.

Bajo los regímenes parlamentarios, el significado de los poderes de control de la oposición se traduce, por una parte, en derechos de información, y por la otra, en una obligación absoluta que consiste en provocar la dimisión del gobierno en el caso de provocar la ruptura de la liga de confianza. Sabemos, sin embargo, que la segunda de estas posibilidades implica una carga de tal magnitud, que la puesta en marcha de los mecanismos de responsabilidad política del gobierno (y su logro efectivo) son fenómenos políticos que se presentan con muy poca frecuencia en Europa.

Por consiguiente, se ha vuelto sumamente claro que el criterio que permite distinguir jurídicamente a la mayoría de la oposición ha sufrido un cambio sustancial de especie, que ya no es numérico, sino funcional. La mayoría ya no se define como el grupo más numeroso, pero como el que sostiene al gobierno. Tal criterio parece tan pertinente que es permitida la existencia de gabinetes minoritarios. Del mismo modo, la oposición ya no se puede definir como minoría, pero como aquél grupo o conjunto de grupos que objetan al gobierno.¹⁶

Es pues en esta perspectiva que la toma de decisiones en el seno de una asamblea parlamentaria aparece (paradójicamente) más estable en la medida en que la oposición pueda presentar abiertamente sus alternativas frente al polo mayoritario. Aunque tal expectativa de derecho debe ser garantizada incluso en periodos críticos, en los que los actores de la mayoría se han volcado a solicitar la disminución de las diferencias entre fracciones partidistas en beneficio de la unidad nacional. De esta manera, en Inglaterra, la importancia de la oposición es tal que, incluso durante la Segunda Guerra Mundial, la instauración de un gobierno de Unión Nacional (donde se buscaba alterar lo menos posible la marcha de las instituciones para salvaguardar así el beneficio colectivo) no impidió a que los actores políticos acordaran la subsistencia del “gabinete en la sombra”. De forma completamente artificiosa, dos diputados laboristas, nombrados por el *Speaker* de la Cámara de los Comunes, se dieron a la tarea aparente de ejercer dicha función.¹⁷

Siendo una entidad cuyo objeto es la formulación de un programa alternativo, la oposición detenta, cada vez más, mecanismos institucionales para defenderse, incluso *a posteriori*. Tratándose de los sistemas bicamerales, una primera confrontación (política) entre los dos polos de la asamblea de-

¹⁶ *Ibidem*, p. 48.

¹⁷ Guilj, Sylvie, *Le statut de l'opposition en Europe*, París, La Documentation Française, 1980, pp. 30 y 49.

bería tener lugar de manera sucesiva, en las dos cámaras del Parlamento. Las deliberaciones subsecuentes son saldadas en cada Cámara por una votación, aunque este resultado puede todavía ser recusado, por vía judicial. Esta expectativa de defensa (transformada en términos contenciosos) tiene que ver con la revisión de la fase política recién concluida. La sustanciación de la misma será entonces efectuada ante la jurisdicción constitucional.

La tutela de la minoría implica, en consecuencia, un proceso en el que se incluye tanto a los jueces constitucionales (en la etapa decisoria) como a los parlamentarios (en la etapa del ejercicio de la acción).

Veremos en seguida qué tanto estos jueces como los miembros la oposición política parecen manifestar un interés dirigido a ampliar el espectro de protección constitucional de la minoría. Esta intención se manifiesta en decisiones jurisdiccionales que plantean la protección de tales minorías con base en criterios que sobrepasan el principio de igualdad. Como responsables de resolver los conflictos entre el parlamento y el gobierno, estos tribunales conocen de conflictos políticos que son un reflejo directo de la relación antagónica que existe entre los sectores de la opinión electoral, y esto, tanto del grupo que se pronunciará en las urnas por la mayoría, o por alguna de las minorías.

2. La oposición vista por la jurisprudencia constitucional

Para nadie es un secreto que frente al principio parlamentario relativo a la protección de la minoría la evolución reciente del concepto de Estado de derecho ha sido garantizada, en gran medida, por la jurisdicción constitucional. La lectura garantista de la separación de poderes exige que la esencia del parlamentarismo mayoritario quede a salvo de las ambigüedades que se generan cuando se presentan diferencias en la asignación de competencias al gobierno.

Al sistema jurídico le concierne, en consecuencia, establecer condiciones que le den solidez a la liga de confianza con la institución parlamentaria (esta última representando el núcleo del sustento de la mayoría). Es así como, en la actualidad, asistimos a la construcción de una fuente única de legitimación de la decisión colectiva; la mayoría no tendría razón de ser si no probara su eficacia.

Jugando el papel del sustento permanente del gobierno, las reglas dispuestas a asegurar el funcionamiento del parlamento deben, en este sentido,

asegurar que la homogeneidad del bloque mayoritario no será debilitada, pues de lo contrario el gobierno quedaría expuesto a la amenaza constante del voto de desconfianza en su contra.¹⁸ A este respecto, debemos sin embargo anotar que la manifestación de la confianza no representa una voluntad inmutable de la asamblea, pero implica más bien una constante negociación entre el gobierno y su propia mayoría. Y es que aunque la confianza esté presente en todas las sesiones del parlamento, nada impide al sistema parlamentario a que la dialéctica gobierno-mayoría pueda dar lugar a mutaciones susceptibles de aportar nuevos elementos de juicio a esta posición, pretendidamente común.¹⁹

En términos de la lectura garantista de la separación de poderes, nada obliga a la mayoría a alinearse como un bloque único que deba representar una posición común frente al bloque adversario. Esta realidad parece aun menos condicionante de la actuación de las minorías de la asamblea.

Contrariamente a lo anterior, la Constitución parece estimar que, en términos del sistema parlamentario, la manifestación de la confianza representa el momento clave a través del cual se mide el grado de conflictividad dentro del binomio mayoría-oposición.²⁰ Es por esto que la confrontación entre mayoría gobernante, por una parte, y oposición parlamentaria, por la otra, implica la necesidad de establecer mecanismos de compensación entre las dos entidades.

El nuevo esquema de la separación de poderes se estructura entonces al interior del propio parlamento, con lo cual se llega a establecer con claridad que la mayoría debe mandar, y la oposición, ejercer funciones de crítica y de control del gobierno, pero también de contrapeso de la mayoría (esto último, desde el momento en que actúa como depositaria de garantías constitucionales que corresponden a las minorías de la asamblea). Es en este sentido que el papel de la oposición se transforma en un medio de límites al poder del Estado, y de garantía de las libertades individuales. El papel jurídico de la oposición se vuelve incluso más relevante cuando sus funciones son ejercidas para controlar al polo mayoritario. Pero la tarea jurídica de los miembros de la oposición no puede ejercerse si no es bajo el formato de una asociación (es decir, bajo la forma de un “tándem”) que tiende a establecerse con cada vez más claridad respecto de las jurisdicciones constitucionales.

¹⁸ Tosi, S., *Diritto parlamentare*, Milán, Giuffrè, 1974, p. 209.

¹⁹ Lavagna, C., *Politica del diritto*, núm. 2, 1974, pp. 244-246.

²⁰ Manzella, Andrea, “Maggioranza ed opposizione in Parlamento”, in *Studi Parlamentari e di politica Costituzionale*, núm. 1, 1969, pp. 49-51.

III. LA TUTELA DE LAS MINORÍAS, ¿TAREA POLÍTICA O JURÍDICA?

Como parte del proceso parlamentario, la tutela de los derechos de las minorías se dirige a garantizar condiciones de funcionamiento que reflejen mínimos de igualdad política y de legitimidad democrática. Pero el establecimiento de condiciones de igualdad no puede ser determinado libremente por las legislaturas. Órganos distintos a la asamblea participan de tal delimitación de las prácticas parlamentarias. Pero la intervención de estos órganos (como lo es el caso de los tribunales constitucionales) se presenta de manera subsidiaria; por regla general, los litigios constitucionales estallan sólo después que los procedimientos parlamentarios internos fueron llevados a cabo hasta la última etapa.

Algunos países han concebido la tutela de las minorías de forma sumamente eficaz y transparente. La constante en estos casos consiste en que para el funcionamiento adecuado de tales mecanismos de protección, se requiere no sólo de la voluntad de la mayoría (en cuanto ésta acepta, sin muchos problemas, la decisión del árbitro) pero también de la oposición (la cual, por el hecho de reclamar razones jurídicas, debe asumirlas el día en que tome el lugar de la mayoría actual). Algunos constitucionalistas franceses estiman en este sentido que en la medida en que se han transferido atribuciones institucionales a la oposición, el parlamentarismo mayoritario ha logrado volverla políticamente responsable.²¹ Los alemanes, por su parte, se han concentrado en retomar criterios teóricos y jurisprudenciales a efecto de asimilar la noción de oposición a la de minoría parlamentaria. Los derechos de las minorías son, por consiguiente, entendidos de ambos lados del Rin como instrumentos que permiten a la oposición conservar un papel propio dentro de la asamblea, volviendo así coercitiva la posibilidad de ejercer controles institucionales.

Ahora bien, puede afirmarse que ahí donde se plantea una cuestión ante el hemiciclo, se echa a andar la maquinaria protectora de los derechos de los parlamentarios. Incluso si no se hubieran formulado pronunciamientos

²¹ En este país, el artículo 10-II del Reglamento de la Asamblea Nacional estableció ciertas limitantes, a efecto de que la mesa directiva reprodujera, tan fielmente como fuera posible, la composición partidista en el hemiciclo. Esta regla fue admitida también en el Senado (aunque no de forma expresa, sino admitida por la práctica parlamentaria), Carcassonne, Guy, "La place de l'opposition: le syndrome français", *Pouvoirs*, núm. 85, 1998, p. 76.

puntuales con carácter definitivo (mismos que serían obligatorios siendo votados por la mayoría), tanto la mayoría como la oposición aceptan quedar sometidos a los efectos jurídicos que emanan de tales mecanismos de protección (en primer lugar parlamentarios; en segundo, jurisdiccionales). Pero la necesidad de estabilizar la acción de los parlamentos (luego, de la mayoría de éstos) implica también el establecimiento de garantías que impidan que la minoría se convierta en un elemento sistemático de bloqueo. Por tal situación, la doctrina parlamentaria hace la distinción entre derechos absolutos y relativos de las minorías.

1. Derechos absolutos y relativos de las minorías parlamentarias

Los derechos relativos de las minorías son aquellos que, como parte de los procesos parlamentarios, condicionan la garantía de la oposición a dejar intocadas las condiciones de estabilidad de la asamblea. Dentro de los reglamentos parlamentarios, la tutela de las minorías aparece algo disminuida con el propósito de dar solidez a la mayoría (al ser esta última el sustento directo del gobierno). La puesta en marcha de estas garantías (dichas “de instancia”, dentro de las que se encuentra la moción de censura, las funciones de control y de inspección, los controles relativos a la aplicación del reglamento parlamentario y, en general, de todo mecanismo que incida en el trabajo parlamentario) quedan entonces encuadradas por filtros impuestos al interior de la propia asamblea.

Dentro de esta clase de filtros establecidos constitucionalmente podemos citar el modelo alemán de “moción de censura constructiva” (artículo 67, LF), que condiciona la procedencia de la moción a un acuerdo (por mayoría absoluta) sobre la propuesta de algún candidato que deba suceder al canciller en turno. Esta modalidad, reproducida en España (artículo 113, CE), busca evitar que la mayoría sea amenazada por una minoría que no busca más que sacar provecho de la caída del gobierno actual.

Los reglamentos parlamentarios también contemplan mecanismos que tienden a garantizar la estabilidad del trabajo parlamentario, tales como la solicitud de sesión a puerta cerrada, la petición de interrupción del debate o la convocatoria de una comisión bicameral (todas estas, susceptibles de ser convocadas por una fracción minoritaria de la asamblea). Sin embargo, frente a estas modalidades, que por conveniencia de ciertas minorías afirman los derechos de la mayoría, los legisladores europeos han creado ga-

rantías absolutas de tutela de la minoría, que repercuten en condiciones de mayor igualdad de oportunidades entre grupos.

Tales mecanismos tienden a reducir los condicionamientos impuestos por la mayoría en el proceso legislativo. El carácter absoluto de éstos deriva de la necesidad de identificarlos con las tareas propias de la oposición. Es así que, al lado de la garantía de organización interna de los grupos parlamentarios, el reconocimiento jurídico de la oposición encuentra reglas de diversas especies dentro de los reglamentos parlamentarios de estos países.

En primer lugar, las garantías de carácter absoluto inciden en el aspecto estructural de la asamblea, al establecer que las minorías formen parte de la mesa de presidentes del *Bundestag*. Por virtud del Reglamento de esta asamblea, este órgano (llamado *Ältestenrat*) queda integrado por el presidente, por el vicepresidente de la misma asamblea, así como por 23 parlamentarios designados de manera proporcional a sus grupos. Es pues empezando por este órgano como, por virtud de las reglas del parlamentarismo, se le otorga un *status* relevante a la oposición.²²

En segundo lugar, el aspecto funcional de la asamblea se ve afectado por tales garantías de la oposición. Tratándose de comisiones de investigación, los integrantes de éstas (incluso siendo minoritarios) pueden, por iniciativa propia, convocar audiencias y recibir informes de los comisarios parlamentarios nombrados por el gobierno. Pueden también convocar a otros funcionarios de la administración que habrían sido encargados de funciones propuestas por la oposición en el marco de las mismas indagaciones. Finalmente, tal minoría puede, por el porcentaje de un tercio de la asamblea, ejercer un derecho de veto ideado para echar abajo medidas ya admitidas por la mayoría de la asamblea, pudiendo cancelar por este medio la declaración de sesión a puerta cerrada, la abreviación de duración del debate en la primera lectura o incluso la derogación de reglas del Reglamento interior.

En tercer lugar, algunas de estas garantías de carácter absoluto (que aunque no atribuidas a la oposición como tal) pueden ser puestas en marcha

²² Además, en virtud de otras garantías de carácter absoluto, la oposición forma parte (de manera también proporcional) de la Comisión permanente y de las comisiones de investigación. Tales fracciones minoritarias intervienen igualmente para la determinación del orden del día; de la definición del tiempo asignado a cada grupo para tomar la palabra en el estrado; en el desarrollo de las lecturas que preceden a la aprobación de una ley así que en las interpelaciones al gobierno. La oposición puede además intervenir en nombre de la minoría dentro de cada una de las Comisiones, formando parte también en las sesiones de preguntas de actualidad al gobierno (*cf.* los artículos 24, 39, 48, 78, 85, 106 y 116, *BTGO*).

por cualquier minoría, por poco representativa que ésta sea. Y aunque la puesta en marcha de tales garantías sea poco frecuente, éstas podrían ser de mayor utilidad en tanto permiten que un solo diputado denuncie cuestiones que, habiendo sido discutidas y aprobadas, no habían sido previstas por el orden del día.

Cabe sin embargo ejemplificar esta modalidad a efecto de darle significado más aproximado, ya que a primera vista tales garantías debieran asimilarse a toda regla encaminada a proteger a los parlamentarios en lo individual. Pero en la práctica esta clase de protección encuentra un sentido únicamente si se le relaciona con alguno de los derechos absolutos precitados. Es decir, que rara vez producen efectos por sí mismos. El objeto de tales mecanismos es el de permitir que unos cuantos parlamentarios (incluso no inscritos en algún grupo) se encuentren protegidos por los reglamentos respectivos.

Estos mecanismos han sido empleados en Alemania para discutir cuestiones como las declaraciones de incompatibilidad de los funcionarios (en el caso de acumulación de mandatos), cuestión que en Francia es más bien resuelta directamente por vía jurisdiccional, ante el Consejo Constitucional. Pero tampoco puede afirmarse que en este último supuesto, los tribunales invadan la soberanía de los parlamentos cuando se trata de garantizar, también a través de procedimientos internos, la posición del polo minoritario. Para evitar una consecuencia semejante, el Consejo Constitucional francés ha determinado que la evaluación de tipo contencioso deberá quedar circunscrita al momento preciso de presentación del recurso. En este sentido, el juez constitucional de aquel país ha sido cuidadoso en resolver que sólo el Parlamento sería capaz de evaluar elementos procesales previos a la presentación del recurso.²³ Es por esta razón que con mayor frecuencia, tratándose de juicios de incompatibilidad promovidos ante esta instancia, deba ser el parlamento, y no el juez constitucional, quien interviene para hacer efectiva la solución judicial correspondiente.²⁴

²³ *Cfr.* la decisión núm. 77-5-1 DC, relativa a la acumulación de cargos por el diputado Dassault.

²⁴ En el marco de la decisión l.o. núm. 2000-294 del 5 de abril de 2000, fueron los órganos del Parlamento quienes obligaron a renunciar a un diputado que, después del plazo de treinta días concedido en la sentencia, no corrigió la situación que lo hacía incurrir en supuestos de acumulación de mandatos. Ahora bien, estas sentencias, por espectaculares que parezcan, son bastante inhabituales. Sólo siete decisiones de incompatibilidad han sido dictadas en este país desde 1958. Bergougous, Georges, *Le statut du député*, París, Assemblée Nationale, 2002, pp. 82-85.

Esta última modalidad, que se concentra más en los parlamentarios individuales que en el grupo al que pertenecen, también nos es útil para afirmar que no todas las garantías de la minoría se traducen en garantías para la oposición, pues en ocasiones la mayoría y la oposición se ponen de acuerdo para no obstruir ciertas iniciativas que convienen a ambas partes, no obstante que no hayan sido previstas desde el principio por ambos polos.

Pero no todos los mecanismos de garantía de la oposición se encuentran dentro de las reglas parlamentarias. Trataremos de demostrar que las tensiones entre mayoría y oposición suelen ser más fáciles de observar cuando éstas son llevadas ante órganos ajenos a la asamblea.

Parece además que fueron los propios parlamentos quienes asumían no ser los mejores árbitros para resolver conflictos emanados de las frecuentes rupturas de la igualdad entre los participantes del debate parlamentario. Pues desde el momento en que el bloque mayoritario en el parlamentarismo continental está interesado en inclinar la balanza siempre de su lado, el orden jurídico estaría interesado en dar a la protección de las minoría un sentido de “legitimar [la postura de la mayoría] a través procedimientos”.²⁵ Con esta afirmación, que bien podría asociarse con la garantía mínima para la oposición, es posible comprender lo importante que es para el juego democrático el que esta entidad (minoritaria) del Parlamento pueda gozar de garantías, mismas que debieran ser efectivas dentro del hemiciclo, pero también fuera de él, tratándose de la fase contenciosa ante los tribunales.

Algunos de los efectos que inciden en el estatuto de la oposición provienen directamente de postulados que pueden extraerse de la Constitución (en sentido material). Por esta razón, la eficacia del contencioso constitucional tiene que ver cada vez más con la garantía del desarrollo de la dinámica parlamentaria; esto, no sólo tomando en cuenta a la oposición, pero al conjunto de los actores, sin importar que éstos pertenezcan a la minoría o a la mayoría.

Si bien es cierto, en materia de protección de la minoría, el contencioso suele iniciarse por virtud de una demanda presentada por la oposición, las repercusiones de estas decisiones judiciales impactan no solamente en la esfera de intereses de estos grupos, sino del sistema político en su conjunto. Es posible que buscando defender el interés (jurídico) de la oposición, los tribu-

²⁵ Luhmann, Nichlas, “Theorie der politischen Opposition”, *ZfP*, 1989, pp. 25 y 26, cit. por Mezzetti, Lucca, *Giustizia costituzionale e opposizione parlamentare. Modelli europei a confronto*, Rimini, 1992, p. 79.

nales constitucionales europeos hayan encontrado la circunstancia ideal para introducirse en el análisis de las reglas “soberanas” de los parlamentos. Pero también fue posible a la oposición el utilizar esta vía judicial para difundir la posición ideológica que ésta defendía respecto de ciertos temas.

2. Diversas lecturas jurisdiccionales de la oposición

Los instrumentos normativos de que dispone la oposición para desempeñar su función controladora están contenidos, casi siempre, en las reglas del proceso parlamentario. A la luz de la interpretación constitucional, esta esfera de acción no tiene por qué ser disminuida por los jueces. Al contrario; la tendencia marcada por estas jurisdicciones durante los últimos años da cuenta de una intención que se dirige a hacer paralelos entre las garantías procesales de la oposición con ciertos principios generales contenidos en la Constitución. A falta de regla del proceso parlamentario, el juez europeo no duda entonces en atribuir un estatuto preeminente a la oposición.

Desde las primeras decisiones del Tribunal Constitucional alemán se determinó que la esencia del sistema parlamentario no puede ser otra que la libre confrontación de opiniones. Aceptando sin embargo la necesidad de respeto a prácticas institucionales (como lo es la disciplina de partido, de suma relevancia en aquel sistema), fue el juez constitucional quien determinó que cada parlamentario, en lo individual, no queda ligado permanentemente por el voto que hubiera expresado con anterioridad dentro del hemiciclo. Es perfectamente posible cambiar de opinión en votaciones subsiguientes (pues sobre alguna cuestión controvertida, no es lo mismo, estratégicamente hablando, votar como mayoría que como oposición). Fallando en este caso a favor de la oposición, los jueces de Karlsruhe descartaron la posibilidad de permitir el que un registro de la coherencia de un diputado pudiera servir como razón, para el líder de la mayoría, para echar abajo el sentido de un voto que pudo haber demostrado una incoherencia del voto de algún parlamentario del bando contrario.²⁶ Esta tendencia (que podríamos ubicar más cerca de contenidos propiamente jurídicos) se distingue de otra, donde la idea de proteger a la oposición fue concebida, más que como tarea de jueces, como intención política del legislador.

²⁶ *BVerfGE* I, 372 (394) del 29 de julio de 1952.

En otros casos, como lo podría ser el francés, la evolución de las garantías de la oposición fue planeada desde dentro de las mismas instituciones parlamentarias. Nos referimos concretamente a la reforma constitucional de 1974 respecto del artículo 61, a partir de la cual se otorgaba la acción previa de inconstitucionalidad a sesenta diputados o a sesenta senadores (siendo que con anterioridad todas las actuaciones ante este consejo permanecían restringidas al presidente de la República, al primer ministro o a los presidentes de ambas cámaras). Por si fuera poco, las acciones intentadas serían guardadas en secreto hasta 1982, año en que el texto íntegro de las demandas respectivas podía ya ser publicado. Esta última medida había sido establecida por acuerdo de los propios miembros del Consejo, con la intención de permitir dar mayor claridad a la posición jurídica del polo opositor en el Parlamento. Con esto se trataba de que ya no sólo el ciudadano común, sino también los simpatizantes o los militantes de partidos opositores, pudieran tener elementos para definir sus preferencias electorales.

Volviendo al garantismo manifiesto en la protección jurisdiccional de la oposición en Alemania, aquel sistema permitió, sin ambigüedades, que el estatuto de la oposición fuera entendido, primeramente, en sentido *negativo*, ya que las garantías impuestas a su favor (en términos del proceso parlamentario) se dirigían con toda claridad a suprimir toda clase de interferencia impuesta por el polo mayoritario. Paralelamente, el Tribunal federal alemán reconocería que el sistema normativo debía establecer un estatuto de protección de la oposición en sentido *positivo*, en la medida en que el carácter participativo de esta entidad minoritaria implicaba necesariamente que la protección a su favor debía ser ejercida de manera completa.²⁷ Dicho de otra forma: esta jurisdicción daba un paso adelante, reconociendo el interés por instaurar no sólo una noción de *garantías de la minoría*, pero de *derechos de una oposición coyuntural*. Es por lo anterior que gracias al juez constitucional la oposición parlamentaria de este país quedaría encuadrada por una *posición jurídica* que la reconoce como tal ante el hemiciclo.²⁸

En el otro extremo, el modelo francés de protección de la oposición (con un contenido mucho más partidista del contencioso constitucional) desembocó en la posibilidad de acomodar los argumentos de la acción de inconstitucionalidad a cuestiones casi propagandísticas. El demandante tendría que demostrar, como oposición, que estaba siendo coherente con una posi-

²⁷ *Idem.*

²⁸ Mezzetti, Lucca, *op. cit.*, nota 25, p. 73.

ción política, sin importar tanto si los argumentos de derecho serían o no tomados en cuenta al final por el tribunal. La construcción de este modelo provocó algunas consecuencias que no dejan de sorprendernos.

En la decisión relativa a la declaración de conformidad de las leyes bioéticas,²⁹ la acción previa fue intentada ante el Consejo Constitucional por dos ramas distintas de un mismo partido; una (redactada por el presidente de la Asamblea) que defendía la constitucionalidad del proyecto, y otra (firmada por sesenta y dos diputados), solicitando su anulación. La ley aprobada, de origen gubernamental, concordaba con las intenciones políticas del presidente de la Asamblea Nacional (quien era Phillipe Séguin, RPR, partido que en ese momento encabezaba la coalición mayoritaria). El interés de éste al intentar la acción consistía en demostrar, ante el electorado, que el contenido de la ley no era susceptible de ser atacado constitucionalmente. Por su parte, una fracción algo conservadora de la misma coalición (RPR-UDF-DL)³⁰ pedía la anulación del proyecto. Es así como, en este modelo de protección de las minorías (al tratarse de la “minoría de la mayoría”), la justicia constitucional corre el riesgo de ser utilizada con el único fin de saldar cuentas entre adversarios políticos del mismo partido.

En ambos modelos, cualesquiera que sean los motivos verdaderos que mueven a presentar una acción de inconstitucionalidad, lo cierto es que el juez queda circunscrito a la neutralidad que el orden jurídico le impone. Proteger fracciones parlamentarias tiene que ver con garantías concretas, emanadas también de los reglamentos parlamentarios. Y aunque en ocasiones la práctica parlamentaria pareciera ser fuente de derecho (en todo caso, tratándose de los acuerdos informales suscritos entre grupos, o entre los jefes de cada bancada), la costumbre tampoco podría derogar las disposiciones de los reglamentos parlamentarios. Pero también ocurre que en cuanto los tribunales constitucionales han tenido que intervenir en aspectos de carácter consuetudinario, la tendencia jurisprudencial instalada hasta la fecha ha sido a favorecer al polo opositor de la asamblea.³¹

²⁹ Decisión núm. 94-343 y 344 DC del 27 de julio de 1994, *Recueil de Jurisprudence Constitutionnelle*, 1994-1997, p. 592.

³⁰ RPR. Rassemblement pour la République; UDF. Union pour la démocratie française; DL. Démocratie libérale.

³¹ Tal como veremos más adelante, así lo estableció el Tribunal alemán al evaluar las garantías de los diputados de oposición ante la asamblea (*BVerfGE 10*, 4 del 14 de julio de 1959). Es posible que, ante la eventualidad que dicho criterio jurisprudencial pudiera

En Alemania, en función del criterio jurisprudencial citado de 1959, la tarea de la oposición debía ser determinada con base en la relación dialéctica entre gobierno y parlamento. La oposición debe desde entonces entenderse como competidora, ya no sólo de su contraparte en la asamblea (como lo es la mayoría) sino del gobierno mismo. Aunque, según lo dispuesto en la misma decisión, tal espíritu de protección de su estatuto no va reñido con la atribución de ciertas ventajas a la mayoría. Según este criterio, los miembros del gobierno pueden hacer uso de la palabra en todo momento, en tanto que los parlamentarios (especialmente los de oposición) pueden manifestarse únicamente después de haber escuchado al gobierno. En la medida en que tal criterio fue retomado a nivel legislativo por el Reglamento del *Bundestag*,³² parecía que la situación no era muy prometedora para el bloque minoritario de esta asamblea.

Pero fue sobre todo por conducto de los partidos que integraban la oposición a nivel federal como los grupos minoritarios se dieron a la tarea de definir una estrategia general para controlar a la mayoría. Aunque no todas estas estrategias eran fácilmente realizables. Las oposiciones regionales en cada uno de los *Ländtage* fueron buscando ligas con sus aliados a nivel de las asambleas federales a efecto de tratar de construir una barrera contra la mayoría gobernante a nivel federal. Así que a pesar de la adversidad, el Tribunal alemán fue definiendo las reglas del juego democrático, actualizando las garantías inherentes a las fracciones parlamentarias, primero a través del principio de igualdad, después, de otros principios.

ser ampliado en decisiones posteriores, los parlamentarios alemanes instauraron, desde aquella decisión, una nueva práctica parlamentaria que consistió en ir extendiendo el tiempo relativo al uso de la palabra a los líderes de cada grupo parlamentario. Tal tendencia a aumentar la esfera de protección de la oposición se ha registrado con tal claridad, que aunque al principio el uso de la palabra era distribuido proporcionalmente al número de diputados, actualmente, se ha llegado hasta el establecimiento de una paridad absoluta entre grupos, Mezzetti, Lucca, *op. cit.*, nota 25, 1992, pp. 81-85.

³² Dentro del proceso conocido como la “pequeña reforma parlamentaria”, de 1969, tal criterio fue inserto en el artículo 33-1 *BTGO*, cuyo texto establece: “después de la intervención de un miembro o de un representante del gobierno federal, debe registrarse una opinión contraria”, por lo que el legislador decidió al final aligerar la decisión judicial, estableciendo así un mecanismo de defensa de la oposición. Por otro lado, el artículo 48 *BTGO* establecía que el debate parlamentario podía ser reabierto en todo momento, después de la intervención del gobierno. Pero la práctica parlamentaria estableció que los oradores de oposición debían hablar en primer y último lugar, abriendo y cerrando el debate parlamentario.

Veremos en seguida que a pesar de ciertas diferencias entre los modos de entender la garantía judicial de la oposición, la evolución de la jurisprudencia parece asimilarse al sentido garantista de la separación de poderes, en el sentido de volver más efectivos los controles al gobierno, pero al mismo tiempo, de favorecer la alternancia. Con el propósito de entender mejor las modalidades de protección de las minorías, haremos mención de lecturas judiciales más concretas, efectuadas por el juez constitucional en los años de consolidación de estas jurisdicciones. A efecto de dejar en clara la relación de “tándem” entre el juez y la oposición, centraremos nuestra comparación en el modelo alemán y en el francés.

IV. UN JUEZ ARTÍFICE, PERO TAMBIÉN LIMITADOR DE GARANTÍAS

Los tribunales constitucionales europeos han tratado, no sin dificultades, de encontrar el justo medio en materia de protección de la oposición parlamentaria. Y es que políticamente hablando, la afirmación sistemática de los derechos de la oposición (con la consiguiente anulación de lo decidido al final por la asamblea) puede repercutir en la legitimidad del gobierno (en tanto este último es la emanación directa del polo mayoritario del Parlamento).

Tomando como caso central el desarrollo de la jurisprudencia alemana dentro de la construcción de la mencionada “posición jurídica de la oposición”, este tribunal debió ir urdiendo un entramado protector susceptible de mantener estables los mecanismos de estabilización de la mayoría política al mismo tiempo que inyectaba funcionalidad a las garantías procesales a la oposición. Antes de empezar a elaborar esa urdimbre, dando por hecho que el punto de partida para evitar atropellos dentro de la relación conflictiva entre mayoría y oposición debía ser asegurada con base en principios constitucionales.

1. *La oposición y los principios constitucionales*

Como responsable de proteger a la oposición por las vías analizadas hasta este momento, el juez constitucional se dio a la tarea de elaborar un estatuto especial para la oposición. No es remoto que tal interés haya sido

inspirado en la necesidad de replantear la noción de separación de poderes, de tal suerte que parecía ser entendida por estos jueces en términos garantistas.

En cuanto al principio de libertad, el orden constitucional alemán promovió, a favor de la oposición, la posibilidad de encuadrar todo un abanico de proyectos políticos distintos a los de las formaciones políticas tradicionales, como SPD y CDU/CSU (siendo estas últimas las candidatas naturales a integrarse en gobierno). Pero llegado el momento, el juez alemán advirtió la necesidad de dar a las minorías mencionadas la posibilidad de adquirir la calidad de verdaderas oposiciones coyunturales. Tal como lo establece la LF, al ir desarrollando lo dispuesto por el artículo 21-II de este texto,³³ que el Tribunal federal erigió la garantía de la oposición como uno de los principios fundamentales del orden liberal y democrático. Fue incluso este tribunal quien, frente a otras de las partes de los procesos parlamentarios, atribuyó a la oposición una jerarquía constitucional semejante a la de la responsabilidad política del gobierno, del multipartidismo o de la igualdad en materia de competencia partidista.

Por virtud de esta evolución jurisprudencial, la garantía de la oposición iba a ser definida en un primer momento como limitación del poder reglamentario del parlamento. En este sentido, cualquier precepto de tales ordenamientos que fuera contrario a la intención de proteger a la minoría debería ser declarado inconstitucional. Tales argumentos, que desembocaron en un “derecho fundamental a la libertad de actividad política” del ciudadano (cuya garantía abarca la libertad genérica de la oposición), fueron presentados desde el momento de declarar la inconstitucionalidad de los partidos SRP y KPD, respectivamente en 1952 y 1956.³⁴ En la segunda de estas sentencias, el Tribunal de Karlsruhe consagraría uno de los postulados teóricos que serían retomados en los años sesenta, primero por Carl Otto Apel y luego por Jürgen Habermas, para fundar el concepto de condiciones ideales de debate. Según esta sentencia, para garantizar el funcionamiento adecuado del orden constitucional, la LF debía encarnar un sistema de reglas del juego que deberían entenderse como preestablecidas o presupuestas.

³³ Artículo 21-II. Los partidos que por sus fines o por el comportamiento de sus adherentes tiendan a desvirtuar o eliminar el régimen fundamental de libertad y democracia, o a poner en peligro la existencia de la República Federal de Alemania, son inconstitucionales. Sobre la constitucionalidad decidirá el Tribunal Constitucional Federal.

³⁴ Respectivamente, *BVerfGE* 2, 1 del 23 de octubre de 1952 y *BVerfGE* 5, 85 del 17 de agosto de 1956.

Tales reglas debían asegurar no sólo la libertad de debate entre todas las fuerzas reales e intelectuales de la sociedad, pero también la libertad de expresión y de discurso (*diskurs*), así como la libertad de asociación. Fue entonces cuando, al garantizar la normalidad de estos elementos (dependientes todos del principio de libertad) el sistema normativo iba a sentar las bases para el desarrollo de un sistema pluripartidista consolidado, así como de garantías suficientes a favor de la oposición política.

Ante el reestablecimiento de las prácticas parlamentarias alemanas hacia el final de la Segunda Guerra Mundial, la noción de igualdad de oportunidades, de por sí fruto de la jurisprudencia constitucional incipiente, implicaba que todos los partidos (tanto los mayoritarios como los minoritarios) estaban interesados en que la eficacia de la oposición estuviera garantizada (esto, evidentemente, en un marco de respeto al texto constitucional federal). Fundado en este principio, el tribunal federal entendía los derechos de las minorías como reflejo de la igualdad de oportunidades consagrada en la Constitución.³⁵ Es así como la minoría podía tener la seguridad de actuar frente a la mayoría, no obstante carecer de la organización y de la implantación de las que gozaba esta última.

En una sentencia dictada a los pocos meses, el mismo tribunal se referiría a la garantía de igualdad dentro del hemiciclo, en concreto, de las condiciones del debate parlamentario. Desde entonces, como se entendía que el predominio de la regla de la mayoría implicaba necesariamente tomar en cuenta opiniones de contenidos opuestos, entonces, debería por lo menos permitírsele a las minorías expresarse, por conducto del líder de cada uno de los grupos parlamentarios, con objeto de influir en la votación final, o al menos, de dejar registrada la postura de sus correligionarios frente al voto.³⁶

Ahora bien, a fines de los años sesenta, una vez más con el rasero de la garantía de igualdad, el Tribunal federal siguió trazando las líneas básicas de las funciones de la oposición. Según este nuevo criterio, esta entidad

³⁵ Haciendo alusión al carácter pluralista de la Constitución, el Tribunal Federal tardaría poco tiempo en afirmar que la existencia de la oposición implicaba la garantía de un estatuto jurídico que, como tal, permitiera a esta fracción del parlamento para actuar en un plano de igualdad de condiciones frente a la mayoría (*BVerfGE 2, 1 (13)* del 23 de octubre de 1952). Años después, insistía sobre esta noción, afirmando que sólo un estatuto de igualdad como ése permitiría a la oposición el remplazar al gobierno actual si ésta obtenía la mayoría en las siguientes elecciones (*BVerfGE 44, 125 (145)* del 2 de marzo de 1977).

³⁶ *BVerfGE 2, 143 (162)* del 7 de marzo de 1953.

parlamentaria debía quedar limitada a criticar a la mayoría, aunque no al control directo del gobierno, pues esta función debía ser entendida como atribuida a la Asamblea, como tal. Fue entonces por vía jurisdiccional que, volviendo a sumar importancia al valor de la estabilidad mayoritaria (y por tanto, reasumiendo un rol garantista, ahora del gobierno), definió al Parlamento como “órgano legislativo y órgano de control supremo”.³⁷

Parecía entonces que la conveniencia de diferenciar lo que debía entenderse por “minoría” contra lo que representaba la “oposición”, dejaba de ser relevante, según el juez constitucional alemán. En este sentido, el Tribunal Constitucional español retomó la lectura hecha por el alemán, aunque agregándole un ingrediente adicional: el de la carga competitiva de todo sistema parlamentario (mayoritario). Sólo que en lugar de negar la relevancia de distinguir “oposición” y “minoría”, el juez español invirtió la formulación de su colega alemán, de tal suerte que en su entender, la dinámica parlamentaria entre los dos polos debía concebirse como una especie de liga de competencia política. Por virtud de esta representación impuesta por el juez español, encontramos, por un lado, un binomio formado por “minorías y oposición” susceptible de ser confrontado a una “mayoría gobernante”. La confrontación entre bloques (no obstante que las opiniones de las “minorías tendencialmente permanentes” no fueran tomadas en cuenta necesariamente) no tendría que ver con un atentado a las instituciones democráticas, pero debía “corresponder a la esencia misma de la democracia representativa”.³⁸ Siguiendo con la misma decisión, la jurisprudencia española indicaba que a pesar de respetar los valores de la Constitución y las reglas del juego democrático, tales minorías (ya sea que pertenecieran a la oposición coyuntural o a una minoría tendencialmente permanente) debían ser aisladas de la posibilidad de transgredir al orden constitucional.

Es así como, interpretando de manera sumamente amplia la aplicación de la garantía de igualdad debía extenderse a la totalidad de los procesos políticos, desde la inscripción del ciudadano en las listas electorales, pasando por las condiciones del debate parlamentario, y llegando incluso hasta la asignación de recursos financieros a cada partido y a cada grupo parlamentario. En cuanto a la jurisprudencia alemana (no obstante los aparentes vaivenes), ésta ha hecho alusión a la garantía de igualdad de los ar-

³⁷ *BVerfGE* 24, 300 (348) del 3 diciembre de 1968.

³⁸ STC 32/1985/3.

títulos 3-I y 21-I de la LF en prácticamente todas las decisiones relacionadas con el estatuto de las minorías parlamentarias. Sin embargo, ciertas variables dan muestra de un necesario enriquecimiento de la interpretación constitucional a partir de los intentos por delimitar esta garantía.

La cuestión anterior la afirmamos en la medida en que, basado sobre criterios de igualdad, el juez alemán se ha dado a la tarea no sólo de delimitar los derechos de la oposición, sino también de definir el campo de acción de entidades extraparlamentarias cuyo funcionamiento podría ser ligado al de la oposición parlamentaria. Es así que la única vía para que los partidos representados en el Parlamento pudieran extender sus prebendas (por ejemplo, de financiamiento público) tendría que ser la jurisdiccional. Más tarde, tal exclusividad protectora fue trasladada al ámbito de otras entidades no parlamentarias, estas últimas en su mayoría asociaciones constituidas sobre la base del artículo 9o., LF (tal como sindicatos u otras organizaciones con incidencia en el ámbito político). Tal progresión culminó cuando en 1961, otra sentencia del Tribunal estableció que él mismo sería el que tendría el monopolio de las declaraciones de inconstitucionalidad aplicables a cualquier tipo de asociación política.³⁹

Ahora bien, en cuanto a la tendencia paralela a circunscribir la actividad de la oposición, el Tribunal de Karlsruhe también ha restringido la expectativa de derecho de las minorías. Fue entonces, por vía jurisprudencial, cuando se determinó que la igualdad de oportunidades exigía que la asignación de recursos públicos debía ser otorgada en idéntica proporción entre los candidatos de las diferentes minorías.⁴⁰ Años después, tal criterio fue una vez más delimitado, al imponerse también por vía jurisprudencial que la igualdad relativa de estos financiamientos debía condicionarse a que la fuerza política que competía por escaños debía haber presentado un programa de gobierno. La asignación de tales recursos quedaba, de esta forma, condicionada a la difusión efectiva del programa propuesto por cada uno de ellos.⁴¹ Fue de esta manera como el Tribunal alemán cimentó, desde entonces, la intención fundamental de volver políticamente responsable a la oposición parlamentaria.

En los años subsecuentes, otras de las sentencias sustentadas sobre criterios de igualdad han ido dando renovados bríos a la garantía de las fuerzas

³⁹ *BVerfGE* 12, 296 (304) del 23 de marzo de 1961.

⁴⁰ *BVerfGE* 8, 51 (65) del 24 de junio de 1958.

⁴¹ *BVerfGE* 20, 56 (113), del 19 de julio de 1966.

minoritarias en el parlamento. Una vez más, en 1977, el Tribunal Federal estableció restricciones importantes a las atribuciones financieras del gobierno. En esta ocasión, se pretendía que el gobierno no aprovechara su peso específico preeminente con el propósito de conservar su posición mayoritaria en el marco de elecciones subsecuentes.

En un Estado liberal, donde predomina la voluntad de la mayoría, es necesario encuadrar a ésta en los límites del Estado de derecho. Los grupos de minoría deben tener la posibilidad de volverse [algún día] mayoritarios. La igualdad democrática exige que, tanto hacia la mayoría, que ejerce el papel de gobierno, como a la minoría, que ejerce el de oposición, deban ser atribuidas las mismas oportunidades, sobre todo tratándose del periodo electoral, de las campañas dirigidas a buscar la agregación de votos [para cada candidato].⁴²

Luego, en 1986, la misma jurisdicción estableció que la protección de las fracciones minoritarias en el Parlamento no debía restringirse a la sanción de la inconstitucionalidad una vez las leyes aprobadas por el polo mayoritario. Por virtud de la garantía de igualdad, la minoría debía estar en situación de poder manifestar sus puntos de vista durante todo el proceso de formación de la voluntad parlamentaria. En este sentido, el tribunal estableció que todo órgano parlamentario cuyo funcionamiento estuviera confiado a una lógica colegial debía asegurar la presencia de, cuando menos, un grupo de diputados de oposición.⁴³

Pero las asambleas parlamentarias debieron ceñirse también a los límites que tales intenciones protectoras del tribunal contemplaban. En la misma resolución, el tribunal desestimó (no sin generar debates al interior) un recurso presentado por el grupo de diputados de los Verdes que negaba la elección de uno de ellos en la integración de la comisión de investigación formada especialmente para controlar ciertos créditos que habían sido acordados a los servicios secretos de aquel país.⁴⁴

⁴² *BVerfGE* 44, 125 (145), del 2 de marzo de 1977.

⁴³ *BVerfGE* 70, 324 (363) del 14 de enero de 1986.

⁴⁴ Dentro de la decisión precitada pueden entonces leerse las opiniones disidentes de los jueces Mahrenholz (366-380) y Böchenförde (380-388), in Grewe, Constance, "Subjectivité et objectivité dans le contentieux de la Cour de Karlsruhe", *Droits*, núm. 9, 1989, p. 136.

2. *Un juez que atiende a los límites de su propio control*

Acabamos de constatar que establecer un marco normativo que otorgue garantías a la oposición no se reduce únicamente a las competencias del legislador. Hemos podido comprender que la determinación de los límites a la mayoría ha sido fruto más de la actividad de los tribunales que de la propia legislación. Tomando en cuenta una lectura particular que el Tribunal federal alemán ha efectuado del principio democrático,⁴⁵ los mecanismos de protección de la oposición implicarían, desde el restablecimiento de las instituciones en la posguerra, tres pilares fundamentales. Estos tres tienen que ver con la tutela de la minoría; la garantía de estabilidad inherente a un gobierno políticamente responsable, así como la organización de un poder alternativo al del gobierno actual.⁴⁶

La tutela de las minorías debe adaptarse, en primer lugar, de acuerdo con el tiempo limitado que dura la legislatura. Así que desde el momento en que la oposición representa una alternativa (léase amenaza) permanente al gobierno actual, la periodicidad de las legislaturas acentúa la posición estratégica de los grupos minoritarios. La lógica del sistema parlamentario tiende entonces a favorecer el debate para que, llegado el momento de las elecciones, la presencia de estas alternativas implique, para el electorado, que la mayoría política (como titular de la función de gobierno) deba estar obligada a escuchar y responder a las propuestas elaboradas en el seno de las formaciones políticas rivales.⁴⁷

De esta forma, la línea trazada por el juez constitucional pretende también establecer un contenido normativo capaz de intensificar la responsabilidad política de la mayoría. En el momento en que la negociación partidista entre derecha e izquierda (léase, entre mayoría y oposición) parece insuficiente para controlar la acción del gabinete, la oposición dispone de otra clase de mecanismos para poner en entredicho la decisión mayoritaria.

No se puede negar tan fácilmente que la garantía de igualdad entre polos sea una precondition básica de la lógica cooperativa de los parlamentarismos. En esta perspectiva, la jurisprudencia constitucional es, hoy por hoy,

⁴⁵ De los que además del artículo 20-I y II, el artículo 28-I LF.

⁴⁶ Mezzetti, Lucca, *op. cit.*, nota 25, pp. 42 y 50.

⁴⁷ Schneider, Hans Peter y Zeh, W., *Parlamentsrecht und Parlamentspraxis in der Bundesrepublik Deutschland*, Berlin, 1989, pp. 1063 y 1064, *cit.* por Mezzetti, Lucca, *ibidem*, p. 43.

un elemento capaz de fomentar acuerdos entre posiciones políticas divergentes. A falta de consenso, la solución del parlamentarismo mayoritario vuelve necesaria la presencia de mecanismos jurisdiccionales, misma que se acentúa en los momentos en que el espíritu de cooperación es puesto en dificultad. Al garantizar la expresión y la escucha de todas las opiniones del espectro partidista, la jurisprudencia constitucional europea ha contribuido a permitir que algún día la oposición se convierta en mayoría.

Esta expectativa de alternancia, al ser uno de los motores del parlamentarismo democrático, implica tensiones entre los poderes (cuya existencia se cuenta en función de la duración de la legislatura) y la necesidad de eficacia o estabilidad de tal entidad gubernamental. En el momento en que aquellas tensiones se vuelven francamente conflictivas, el sistema normativo tiende a establecer mecanismos institucionales capaces de restablecer la estabilidad. El garantismo se entiende entonces fluctuante, a veces a favor de la oposición, pero en ocasiones también, de la estabilidad de la mayoría.

V. CONCLUSIONES

Hemos dedicado este trabajo a mostrar la forma en que la jurisprudencia constitucional europea repercute directamente en la garantía de la oposición parlamentaria. Habiendo intentado disociar el análisis de las limitaciones a la mayoría de la esfera individual de las garantías constitucionales,⁴⁸ para entender la defensa de la oposición como parte de un todo institucional, hemos comprendido que el juez no puede actuar en solitario.

⁴⁸ “Lo que la democracia política no puede restringir, aun sostenida por la unanimidad de los consensos, son precisamente los derechos fundamentales, que se estipulan así contra la mayoría, al ser establecidos como inalienables e inviolables, contra cualquier poder y en tutela de todos”, Ferrajoli, Luigi, *El garantismo y la filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 174. Dejando a un lado la cuestión de los derechos fundamentales (concebidos de esta forma como derechos establecidos *contra* la mayoría), nuestra contribución pretendió enfocarse en las garantías constitucionales con las que debe contar toda fracción minoritaria al interior de un parlamento. No obstante que Ferrajoli centra su concepción de defensa de la democracia menos como formas de limitar a la decisión mayoritaria pero más como las limitaciones que debieran imponerse a tales decisiones a efecto de respetar el ámbito de las garantías individuales, la necesidad de nuevas explicaciones nos llevó a correr este riesgo; en este sentido, Salazar, Pedro, “Los límites a la mayoría y la metáfora del contrato social en la teoría democrática de Luigi Ferrajoli. Dos cuestiones controvertidas”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (eds.), *op. cit.*, nota 4, pp. 431-436 y 441.

Corresponde sobre todo a la oposición parlamentaria el desencadenar esas competencias jurisdiccionales de control de la mayoría. Es por esto que una especie de complicidad entre aquella fracción minoritaria de la asamblea y un tribunal encargado de evitar que la mayoría se vuelva tiránica.

Al analizar el desarrollo jurisprudencial de estos conflictos, también hemos podido apreciar que la protección de la minoría no es ilimitada. Demasiada protección puede dotar a la oposición de un pernicioso poder de bloqueo. Es así que las decisiones del juez constitucional han sido cuidadosas en no causar el inmovilismo de la dinámica parlamentaria. Esto nos remite de nuevo a plantear la lectura garantista de la separación de poderes como un modo de asegurar, no sólo al polo opositor, sino también al mayoritario.

Puede concluirse además que el desarrollo paralelo de politización de la justicia constitucional y de juridización de la legislación tiende a expandirse (más aún, a volverse complementaria). Tal trayecto simultáneo es operado a través de procedimientos donde, al oponerse la mayoría a la minoría del parlamento, se puede garantizar la juridización de postulados que legitiman adicionalmente la decisión colectiva.

Bajo la forma de un aparato inductor (o *surgénateur*), la ciencia política francesa ha presentado a los tribunales constitucionales europeos como fuente de efectos diversos sobre el sistema político, y cuyas repercusiones se manifiestan muy por encima de la acción intentada, léase del conflicto permanente entre parlamentarios de la oposición y de los que pertenecen al polo mayoritario. En el mismo sentido, la lógica disuasiva de la jurisprudencia puede incluso convertirse en decisión de gobierno.⁴⁹ Sin embargo, esta tendencia gubernamental consistente en retomar criterios jurisdiccionales tampoco significa profetizar el condicionamiento generalizado de esquemas jurídicos y constitucionales ante la noción de competencia política y de definición de estrategias propias a dicha actividad. El entrecruza-

⁴⁹ En Francia, más de un primer ministro ha acudido a criterios jurisprudenciales para disciplinar a su mayoría. En una circular del 22 de mayo de 1988, el gobierno de Michel Rocard indicaba a los diputados de la mayoría a “hacer todo por desentrañar y eliminar los riesgos de inconstitucionalidad, susceptibles de manchar los proyectos de ley, las reformas y las proposiciones de ley inscritas en el orden del día”. Por su parte, al mismo momento de asumir el cargo de primer ministro, Lionel Jospin precisaba también a los miembros de su gobierno de “ordenar que los respectivos servicios jurídicos de los ministerios estudien los aspectos de constitucionalidad que podría implicar un texto, así como de pedir la intervención de la Secretaría General del gobierno con suficiente anticipación para permitirle dedicarse al mismo análisis” (circular del 7 de junio de 1997).

miento de efectos políticos y jurídicos en la toma de decisiones colectivas supone una constante en los ejemplos analizados con anterioridad. No es sino ante la necesidad de sanear los vicios de una ley que acaba de ser votada, que la jurisprudencia constitucional puede avanzar. Es por esto que dicha formación en “tándem”, en la que participan el juez constitucional y la oposición parlamentaria, es fuente de nuevos criterios interpretativos.

Desembocando a un efecto de espiral, esta actividad en dos tiempos aparece como complementaria, en tanto la entidad encargada de presentar el recurso puede también incluir en sus agravios lecturas novedosas (que en específico para el caso francés, estarían contenidas el recurso presentado por la minoría). La presentación de tales acciones posiciona, cada vez más, a estos tribunales en el núcleo de la dinámica “politización-juridización”.⁵⁰ La posibilidad de contar con un mecanismo jurídico para objetar la decisión de la mayoría ubica a la jurisprudencia constitucional en el lugar de un elemento fundamental de armonización y pacificación de la competencia partidista.

Sin embargo, tal complicidad no está exenta de cuestionamientos, que en ocasiones llaman la atención de actores políticos o de teóricos del derecho. Esta tendencia es entonces benéfica para el estudio de las instituciones en tanto permite flexibilizar el dogma de la soberanía parlamentaria, de tal suerte que la legitimidad de la decisión mayoritaria parezca avanzar en términos de racionalidad de la Constitución.

En este sentido, nuestro recorrido incluyó la manera en que la jurisprudencia constitucional se ha dedicado a interpretar el contenido normativo de las garantías constitucionales (como la libertad y la igualdad) a efecto de replantear el lugar de la oposición dentro del sistema político. A partir de la solución de los conflictos entre la mayoría y las minorías, los tribunales constitucionales europeos han instaurado una práctica bastante aceptada, que consiste en replantear la garantía de la oposición parlamentaria. Para afianzar este contenido garantista de la separación de poderes (a veces concebido a favor de la oposición, aunque otras, de la mayoría), estos jueces se han visto auxiliados por los miembros del Parlamento que forman parte de minorías políticas.

⁵⁰ François, Bastien, “La perception du Conseil constitutionnel par la classe politique, les médias et l’opinion”, *Pouvoirs*, núm. 105, 2003, p. 136 y 137.