EL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD: PROBLEMAS ÉTICOS Y JURÍDICOS

ACERCA DE LOS CONCEPTOS DE PUBLICIDAD, OPINIÓN PÚBLICA, OPINIÓN DE LA MAYORÍA Y SUS RELACIONES RECÍPROCAS

I. Publicidad

La caracterización de la publicidad de los actos de gobierno como nota esencial del Estado de derecho tiene una larga y bien conocida tradición. Ya Thomas Hobbes afirmaba en sus *Philosophical Elements of a True Citizen*:

> «Pertenece al mismo poder supremo el poder para dictar algunas reglas comunes para todos los hombres y declararlas públicamente, mediante las cuales cada uno pueda saber qué puede ser llamado [...] justo, qué injusto [...], qué bueno, qué malo; es decir, brevemente, qué debe ser hecho, qué debe ser evitado en nuestro curso normal de vida»[1].

La delimitación pública de lo justo y lo injusto, de lo permitido y lo prohibido, es el fundamento de la seguridad jurídica, ya que es ella la que permite a los ciudadanos prever las consecuencias deónticas de sus acciones. Por ello, nada más peligroso para la existencia del Estado de derecho, que la reducción de la publicidad de las medidas gubernamentales, sea dificultando el acceso a la información, sea mediante la práctica de la sanción de medidas secretas o de conocimiento reservado a un grupo de iniciados, tal como suele suceder en los regímenes totalitarios.

Hans Kelsen, al referirse a la relación entre publicidad y seguridad jurídica, afirmaba:

---

[1] Cfr. Thomas Hobbes, *The English Works*, Aalen: Sciencia Verlag 1966, Vol. II, 6, 9, pág. 77.

> «Como la democracia tiende fundamentalmente a la seguridad jurídica y, por tanto, a la legalidad y la previsibilidad de las funciones estatales, existe en ella una poderosa inclinación a crear organizaciones de control, que sirvan de garantía a la legalidad. De estas garantías, la más firme es el principio de publicidad. La tendencia a la claridad es específicamente democrática y cuando se afirma a la ligera que en la democracia son más frecuentes que en la autocracia ciertos inconvenientes políticos, especialmente las inmoralidades y corrupciones, se emite un juicio demasiado superficial o malévolo de esta forma política, ya que dichos inconvenientes se dan lo mismo en la autocracia, con la sola diferencia de que pasan inadvertidos por imperar en ella el principio opuesto a la publicidad. En lugar de claridad, impera en la autocracia la tendencia a ocultar: ausencia de medidas de control -que no servirían más que para poner frenos a la acción del Estado-, y nada de publicidad, sino el empeño de mantener el temor y robustecer la disciplina de los funcionarios y la obediencia de los súbditos, en interés de la autoridad del Estado»[2].

No puede sorprender, por ello, que en casi todas las Constituciones modernas de los Estados democráticos se incluyan disposiciones que hacen referencia expresa a la publicidad del proceso jurídico-político. Así, por ejemplo, la Ley Fundamental alemana establece en el artículo 5, párrafo 1 que «todos tienen el derecho a [...] informarse sin trabas en las fuentes accesibles a todos». Según el artículo 82, párrafo 2, las leyes entran en vigencia tras su publicación en el Boletín de Leyes de la Federación; el artículo 42, párrafo 1 dispone que «las reuniones del Parlamento Federal serán públicas». En el artículo 21, párrafo 1 LF se dice que los partidos políticos «deberán dar cuenta públicamente de la procedencia de sus recursos». En la Constitución española existen disposiciones similares: en el artículo 9, 3 se dice: «La Constitución garantiza [...] la publicidad de las normas [...]»; en el artículo 20, 1. d se reconoce y protege el derecho «a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión». De acuerdo con el artículo 91, «El rey sancionará [...] las leyes aprobadas [...] y ordenará su inmediata publicación».

En su ya clásico libro sobre derecho constitucional alemán, Konrad Hesse afirma:

---

[2] Citado según Jorge R. Vanossi, «Enfoque jurídico de la corrupción en las Américas», en *Propuesta y Control* 23, Buenos Aires, 1992, págs. 2558-2572, 2569.

> «En estas formas de participación y conformación decisiva por parte del pueblo, la democracia vive de la *publicidad del proceso político*. Las elecciones y votaciones pueden cumplir la función que les corresponde sólo si el ciudadano está en condiciones de formarse un juicio sobre las cuestiones que hay que decidir [...] y si con respecto al desempeño de las funciones por parte de los dirigentes políticos sabe lo suficiente como para poder prestarles su aprobación o rechazarlos. La opinión pública presupone el conocimiento de las cuestiones públicas»[3].

Por ello, puede decir que las libertades otorgadas en el artículo 5, párrafo 1 LF son:

> «Elementos constitutivos del orden objetivo democrático y del Estado de derecho. Sin la libertad para expresar la opinión y sin la libertad de opinión [...] no puede surgir la opinión pública y no es posible la formación de la opinión política [...]»[4],

y

> «La contrapartida necesaria de la libertad de expresar la opinión es la libertad de información como fundamento de la formación de la opinión democrática [...] sólo el ciudadano informado está en condiciones de formarse un juicio propio y de colaborar en el proceso democrático en la forma querida por la Ley Fundamental»[5].

En el apéndice II de *La paz perpetua,* Kant subraya el carácter trascendental de la publicidad: sin ella «no habría justicia (que sólo puede ser pensada como *públicamente manifiesta*) ni habría tampoco derecho, que sólo se otorga desde la justicia». Y más concretamente:

> «Después de prescindir de todo lo empírico que contiene el concepto de derecho político y de gentes [...] se puede denominar fórmula *trascendental* del derecho público a la siguiente proposición:

---

[3] Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 8º edición, Karlsruhe: C. F. Müller 1975, págs. 62 ss.

[4] Ibídem, pág. 160.

[5] Ibídem, pág. 161.

> 'Son injustas todas las acciones que se refieren al derecho de otras personas, cuyos principios no soportan ser publicados'.
>
> No hay que considerar a este principio como un mero principio ético (perteneciente a la doctrina de la virtud), sino que hay que considerarlo también como un principio *jurídico* (que afecta al derecho de los hombres). Un principio que no pueda manifestarse *en alta* voz sin que se arruine al mismo tiempo mi propio propósito, un principio que, por tanto, debería permanecer *secreto* para poder prosperar y al que no puedo *confesar públicamente* sin provocar indefectiblemente la oposición de todos, un principio semejante sólo puede obtener esta universal y necesaria reacción de todos contra mí, cognoscible, *a priori,* por la injusticia con que amenaza a todos »[6].

El principio de publicidad se convierte en Kant, por razones conceptuales, en principio de legitimidad: por definición, sólo aquellas acciones y propósitos que pueden ser expresados abiertamente son legítimos[7].

También, según John Rawls, como lo ha subrayado Ruth Zimmerling[8], la condición de la publicidad es fundamental para justificar las reglas y las demás instituciones con la ayuda de un consenso hipotético. La idea de consenso presupone el conocimiento de aquello a lo que se consiente. Cuando se trata de un consenso hipotético, como el supuesto por las teorías contractualistas de orientación kantiana, la publicidad es condición necesaria del consenso justificante.

1. Por ello, en los Estados democráticos, toda violación y/o apartamiento de este principio tiene que ser justificado. Las Constituciones modernas suelen prescribir procedimientos especiales para el apartamiento del principio de publicidad. Así, por ejemplo, el artículo 42, párrafo 1 de la Ley Fundamental alemana establece: «Por moción de una décima parte de sus miembros o del Gobierno Federal podrá excluirse la presencia de público cuando así lo resuelva una mayoría de dos tercios. La votación de esa moción se hará en sesión no pública». En la Constitución española, según el artículo 80, «las

---

[6] Cfr. I. Kant, *La paz perpetua*, traducción de Joaquín Abellán, Madrid, 1985, págs. 61 ss.

[7] Con respecto a la vinculación entre publicidad y legitimidad en Kant, cfr. John Christian Laursen, «The Subversive Kant», en *Political Theory*, Vol. 14, núm. 4, noviembre, 1986, págs. 584-603.

[8] Cfr. Ruth Zimmerling, «Öffentliche Meinung, Öffentlichkeit und repräsentative Demokratie», en Werner Krawitz y Georg H. von Wright (comps.), [...].

sesiones plenarias serán públicas, salvo acuerdo en contrario de cada Cámara, adoptado por mayoría absoluta o con arreglo al Reglamento». El artículo 120 1 dispone que «las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento». En este sentido, también el artículo 6 párrafo 1 de la Convención europea de derechos humanos dispone que el público puede ser excluido de una parte o de todo el proceso judicial cuando así lo requiera la protección de la vida privada.

2. En tanto principio, el de publicidad es una norma que exige un grado máximo de realización, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas existentes. Utilizando la terminología propuesta por Robert Alexy[9], puede decirse que el principio de publicidad es un «mandato de optimización» caracterizado por el hecho de que puede ser satisfecho en grado diferente, según las circunstancias fácticas y las limitaciones jurídicas existentes. El artículo 42, párrafo 1 LF que se acaba de mencionar expresa una limitación al principio de publicidad a través de la regla de la mayoría de dos tercios.

3. Pero, el principio de publicidad puede estar restringido no sólo en virtud de la existencia de reglas limitantes, sino que también, al igual que todo principio, puede entrar en colisión con otros. Esto significa que su validez es sólo *prima facie*. A diferencia de lo que sucede en el caso de conflictos de reglas, la colisión de principios y el desplazamiento de uno de ellos no significa que el principio en cuestión pierda validez o quede excluido del sistema jurídico[10]. Ejemplos obvios de colisiones del principio de publicidad con otros son los de la colisión entre el principio de publicidad y el principio de respeto a la intimidad o al desarrollo de la personalidad.

4. Si se admite que, en tanto principio normativo, el de publicidad exige la «accesibilidad» a los actos de gobierno, puede decirse también que la publicidad es una propiedad disposicional del Estado de derecho democrático que se pone de manifiesto cada vez que quienes gozan del derecho de información hacen uso de este derecho.

Es interesante tener en cuenta que el cumplimiento entusiasta del mandato de optimización puede dificultar o hasta frustrar la puesta en práctica del principio de publicidad. Una avalancha de publicaciones puede entorpecer el acceso a la información.

---

[9] Cfr. Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Francfort del Meno: Suhrkamp 1986, págs. 75 ss.

[10] Cfr. al respecto, Alexy, *op. cit*., págs. 78 ss.

A su vez, el principio de publicidad sirve de fundamento a la máxima según la cual el desconocimiento del derecho perjudica. Su conocimiento es, desde luego, una ficción: la del ciudadano informado. Cuando se trata de tomar decisiones legislativas, la ficción de la democracia representativa y el rechazo del mandato imperativo requieren, de hecho, sólo que los parlamentarios estén debidamente informados.

5. El mandato de accesibilidad se refiere no sólo a la publicación de las medidas legales, administrativas y judiciales, sino al acceso al procedimiento que precedió a la promulgación o dictado de estas medidas. Aulis Aarnio ha puesto de manifiesto la relevancia de la accesibilidad a las fuentes del derecho para la correcta interpretación de las normas jurídicas. Por ello, «la fuente de información puede ser llamada también fuente del derecho»[11].

En el caso de la representación parlamentaria, la publicidad de las discusiones y la exposición de los motivos que condicionan la aprobación de las leyes juegan un papel decisivo para el ejercicio del poder de control por parte de la oposición y del pueblo en general.

6. La «accesibilidad» del procedimiento legislativo y judicial es un elemento fundamental de la justificación de las decisiones si es que se acepta (como creo que es correcto) que toda justificación es un comportamiento dialógico.

En el ámbito del derecho penal, conviene recordar la relevancia de la publicidad del procedimiento penal establecida desde la Revolución Francesa y confirmada por el Código de Napoleón. Y en 1812, Johann Georg Scheffner consideraba que, junto con la humanidad y la popularidad, la publicidad era una de las características fundamentales del «pensamiento liberal»[12].

7. Del principio de «accesibilidad» se infiere el «derecho al acceso» (cfr. art. 5 párrafo 1 de la Ley Fundamental). Pero este derecho puede ser objeto de regulaciones que lo restrinjan a personas cualificadas. (Esto no es sorprendente si se piensa que todos los principios normativos valen *prima facie*).

8. Sin embargo, podría decirse que en un Estado de derecho democrático, todo ciudadano debe tener acceso a la información que

---

[11] Cfr. Aulis Aarnio, *The Rational as Reasonable*, Dordrecht: D. Reidel Publishing Company 1987, pág. 77.

[12] Cfr. Lucian Hölscher, «Öffentlichkeit», en *Geschichtliche Grundbegriffe*, Stuttgart, 1978, tomo 4, pág. 448.

le permita ejercer el derecho de control y participar como elector en el Gobierno. Dolf Sternberger ha acuñado para el acto electoral la plástica fórmula del «ciudadano como funcionario»[13].

9. Justamente porque la publicidad es un principio normativo puede servir como criterio para juzgar acerca de la calidad democrática de un sistema político: cuando está presente se habla de razón de derecho, cuando está ausente, de razón de Estado[14].

10. Sin embargo, si se tiene en cuenta la distinción entre accesibilidad a la información y ejercicio efectivo del derecho de acceso, es obvio que, cuando éste no es ejercido, la publicidad se mantiene como mera propiedad disposicional, latentemente, por así decirlo. Y ello no deja de tener una influencia decisiva en el funcionamiento real de la democracia y en las posibilidades de control de las medidas gubernamentales del sistema político.

II. Opinión pública

0. En 1865, poco antes de asumir la presidencia de los Estados Unidos, Abraham Lincoln afirmaba:

> «Nuestro Gobierno se basa en la opinión pública. Todo aquél que pueda cambiar la opinión pública, puede cambiar también el Gobierno, prácticamente en la misma medida. La opinión pública sobre cualquier tema tiene siempre una 'idea central', de la cual irradian todos sus pensamientos menores. Aquella 'idea central' en nuestra opinión pública fue al comienzo y ha seguido siendo hasta hace poco, 'la igualdad de los hombres'»[15].

1. Como concepto designa la manifestación de una actitud colectiva, no pocas veces difusa y de límites difíciles de precisar; es de naturaleza descriptiva y no normativa. A diferencia de la opinión individual, no es un acto intencional, sino más bien un estado de

---

[13] Cfr. Dolf Sternberg, *Herrschaft und Vereinbarung*, Francfort del Meno: Suhrkamp, 1986, pág. 122.

[14] Cfr. René Marcic, «Die Öffentlichkeit als Prinzip der Demokratie», en Horst Ehmke er al. (comps.), *Festschrift für Adolf Arndt zum 65. Geburtstag*. Francfort del Meno, 1969, págs. 267-292.

[15] Citado según James H. Rutherford, *The Moral Foundations of United States Constitutional Democracy*, Pittsburg: Dorrance Publishing Co. 1992, pág. 5.

cosas que, a su vez, puede ser objeto de evaluación por parte de cualquier opinión individual, sea ésta científica o no[16].

2. Cuando esta actitud está referida a los actos del Gobierno es de naturaleza eminentemente política. Como es sabido, la expresión *«public esteem»,* como manifestación de la crítica de la sociedad burguesa, jugó un papel decisivo en los escritos de Locke referidos a la Revolución de 1688.

3. La actitud puede ser de aprobación o crítica de los actos gubernamentales o de manifestación de deseos. En su *Essay Concerning Human Understanding,* decía John Locke:

> «Pues cuando los hombres se unen en sociedades políticas renuncian públicamente a disponer de toda su fuerza, de forma tal que ya no pueden utilizarla en contra de ningún conciudadano fuera de los casos que establece la ley del país; sin embargo, pueden conservar el poder de pensar bien o mal, aprobar o desaprobar las acciones de aquéllos entre quienes viven y con quienes dialogan; y por esta aprobación y rechazo establecen entre ellos aquello que llamarán virtud y vicio»[17].

4. El tipo de sistema político (democrático o totalitario, por ejemplo) condiciona las formas como se expresa la opinión pública.

5. En los Estados democráticos de derecho, se garantiza constitucionalmente la libertad de expresión de la opinión pública, una de cuyas formas fundamentales es el acto electoral. Pero, al igual que ocurre con la publicidad, una cosa es el principio de la libertad de expresión de la opinión pública y otra su ejercicio efectivo. Las limitaciones suelen ser aquí de tipo más fáctico que jurídico, como lo demuestran los ejemplos vinculados con la desobediencia civil.

6. De lo hasta aquí dicho, podría inferirse que el concepto de opinión pública:

a) Designa un fenómeno social de fácil identificación.

---

[16] Con respecto a la diferencia entre opinión individual y opinión pública, cfr. José Ferrater Mora, *Diccionario de filosofía*, Madrid: Alianza 1981, tomo 3, pág. 2438.

[17] Cfr. John Locke, *An Essay Concerning Human Understanding*, Londres: J. M. Dent & Sons 1961, 2 vols., Vol. 1, Book II, XXVIII, pág. 297.

b) Que la opinión pública (cuando ella es identificada) juega un papel inequívoco de control de las medidas de Gobierno.

Creo que ambas conclusiones son falsas.

7. Ruth Zimmerling[18] ha expuesto con toda precisión las perplejidades que puede provocar la creencia en la existencia de la opinión pública y subrayado el carácter ambiguo de esta expresión. Como diría Karl Popper[19], estamos aquí frente a una «entidad intangible y vaga». Precisamente esta vaguedad es la que quizá confiere atractividad al concepto de la opinión pública. Sin embargo, ella no deja de ser peligrosa:

> «La opinión pública (sea lo que sea) es muy poderosa. Puede cambiar gobiernos, también los democráticos. Los liberales deben considerar con alguna dosis de desconfianza este tipo de poder. Debido a su anonimidad, la opinión pública es una forma irresponsable de poder y, por consiguiente, particularmente peligrosa desde el punto de vista liberal»[20].

Si se aceptan estas consideraciones, puede inferirse que en el caso de la opinión pública no se trata tanto de una identificación de un fenómeno social cuanto de una imputación de un rango especial a una opinión determinada.

Cuando la opinión pública es considerada como la expresión de la opinión de una sociedad en su conjunto, se la convierte también en una especie de mito político al que puede recurrirse como justificación de las medidas que adoptan quienes la invocan. Ya Ferdinand Tönnies había señalado a comienzos de los años veinte que:

> «[...] la opinión pública (aparece) por así decirlo como un ser pensante y como un poder unitario; a menudo es alabada como un ser pensante y casi como un ser mítico [...]»[21].

Pero, aun suponiendo que tal no sea el caso, podría pensarse que, como consecuencia del principio de publicidad, en los Estados democráticos los ciudadanos están bien informados y, por tanto, su

---

[18] Cfr. *op. cit.*

[19] Cfr. Karl Popper, «Public Opinion and Liberal Principles» en el del mismo autor, *Conjectures and Refutations*, 2ª edición, Londres: Routlege & Kegan Paul 1965, págs. 347 ss., aquí 354.

[20] Ibídem, pág. 349.

[21] Cfr. Ferdinand Tönnies, *Kritik der öffentlichen Meinung*. Berlin: Julius Springer 1992, pág. 134.

opinión proporciona un buen criterio para evaluar los actos del Gobierno. Desgraciadamente el asunto no es tan claro. Para comprender por qué ello es así, conviene recordar la evolución histórica de lo «público» y sus vinculaciones con la publicidad y la opinión pública.

El ideal ilustrado de la publicidad se basaba en la concepción de que una ciudadanía informada y razonante podía servir de freno y de instancia de revisión a las decisiones del monarca. De lo que se trataba era de propiciar la discusión pública.

El concepto de lo «público» tiene su origen en la Europa moderna en instituciones burguesas tales como los conciertos públicos, el teatro y las revistas morales y críticas en las que una burguesía culta entraba en comunicación recíproca. En el siglo XVIII, el desarrollo de un periodismo crítico contribuyó a aumentar la autoconciencia de la burguesía. La función de los periódicos era expresar las ideas a las que llegaba esta burguesía por su propia reflexión. A través del editor del periódico hablaba el propio público, como sostenía Gottsched en 1725. Desaparece poco a poco la idea de súbdito para ser sustituida por la concepción de una sociedad burguesa que ya no se comporta pasivamente como destinataria de las medidas del monarca, sino que activamente adopta una actitud crítica a través del intercambio de opiniones. El periódico se convierte en una especie de tribunal en el que el lector se juzga a sí mismo por lo que respecta a sus vicios y virtudes.

En los últimos cien años, la prensa ha experimentado un cambio radical en el sentido de que, en vez de ser un instrumento al servicio de un público razonante frente a las intervenciones del poder estatal, se ha transformado en un medio de presión que responde a intereses privados que ocultan sus intenciones comerciales bajo el manto del interés público[22].

En la actualidad, no es posible afirmar sin más que se cumpla el ideal ilustrado de una opinión pública esclarecida. Se ha producido una especie de «refeudalización» de la opinión ciudadana, para utilizar la expresión de Habermas:

> «Otrora la publicidad tenía que ser impuesta en contra de la política secreta de los monarcas: procuraba que la persona o las cosas fueran sometidas al razonamiento público y que las decisiones políticas fueran revisables ante la instancia de la opinión pública. Hoy, la publicidad, al revés, se impone con la ayuda de una política secreta de los interesados: confiere a una persona o

[22] Cfr. Jürgen Habermas, *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, Francfort: Suhrkamp, 1990, pág. 289.

cosas prestigio público y, de esta manera, en un clima de una opinión no pública, las vuelve susceptibles de aclamación»[23].

Al fenómeno de la refeudalización de la opinión pública o de la «colonización del mundo de la vida», se agrega otro hecho que merece ser tenido en cuenta. Si se supone que lo que interesa para un control efectivo de los actos del Gobierno es que los ciudadanos adopten una actitud racional por lo que respecta a su comportamiento en sociedad, entonces no cuesta mucho inferir que si son racionales, en sociedades complejas como las modernas, preferirán reducir su información al máximo. En efecto:

Toda obtención de información implica costos, inversiones de tiempo y de esfuerzo cuya ganancia es incierta. A los costos de información se suman las dificultades de comprensión de la información obtenida. Aulis Aarnio se ha referido a la creciente complicación del sistema jurídico y al enorme poder de los expertos en la administración del Estado. Esto ha traído como consecuencia un distanciamiento de los ciudadanos con respecto a la actividad gubernamental:

> «A pesar de que el nivel general de conocimiento ha aumentado esencialmente, el nivel de pericia técnica requerido por la administración ha aumentado más rápidamente aún. Ni siquiera una persona culta puede evaluar siempre las producciones de la administración o los resultados de la producción. Esto conduce fácilmente al hecho de que en la sociedad las actividades administrativas tienen que ser aceptadas sólo porque están de acuerdo con las reglas jurídicas que formalmente guían las actividades administrativas.
>
> Este sistema no permite a los ciudadanos evaluar con argumentos fácticos los contenidos de las decisiones, aun cuando hayan aumentado las facilidades generales para que la gente pueda tomar parte de las decisiones que afectan a sus intereses»[24].

Sobre todo Anthony Downs, en un libro ya clásico[25], ha puesto de manifiesto el conflicto prácticamente inevitable entre racionalidad e información. Conviene recordar algunas de sus tesis:

> i) «En toda sociedad altamente especializada, muchas áreas de decisión plantean problemas literalmente incomprensibles

---

[23] Cfr. ibídem, págs. 299 ss.

[24] Cfr. Aulis Aarnio, *Lo racional como razonable*, Madrid 1991: Centro de Estudios Constitucionales, págs. 37 ss.

[25] Cfr. Anthony Downs, *The Economic Theory of Democracy*, Nueva York, 1957.

para quienes no son expertos. Sin embargo, los no expertos a menudo tienen que tener opiniones con respecto a la aptitud de las políticas seguidas en estas áreas a fin de hacer elecciones políticas importantes»[26].

ii) «En toda sociedad que contenga incertidumbre y división del trabajo, las personas no estarán igualmente informadas, sin que importe cuán iguales sean en otros respectos»[27].

iii) «Ninguna información que la persona recibe es totalmente gratuita. El mero acto de percibirla toma tiempo; y si la asimila o piensa acerca de ella, estos actos toman más tiempo. A menos que el costo de oportunidad de este tiempo sea cero, lo que es improbable, tiene que sacrificar un recurso escaso para obtener información. Este sacrificio es un costo no transferible[28].

iv) Si el ciudadano no quiere sucumbir bajo la avalancha de información, tiene que recurrir a información filtrada. Y quienes filtran la información son los recolectores profesionales de datos, los grupos de intereses, los partidos políticos y el propio Gobierno. Sólo si tiene un contacto superficial con el Gobierno, el ciudadano puede salvarse de perecer bajo la avalancha de datos. Pero el contacto superficial puede hacer que no tome en cuenta datos menos publicitados, pero importantes[29].

v) «Todo concepto de democracia basado en un electorado de ciudadanos igualmente informados es irracional, es decir, presupone que los ciudadanos se comportan irracionalmente»[30].

vi) El principio de igualdad -que se supone es el núcleo de la democracia- queda fatalmente afectado: sólo las personas que posean tiempo suficiente (es decir, también recursos materiales suficientes) podrán estar medianamente informadas; pero, aun cuando todas las personas recibieran el mismo

[26] *Op. cit*., pág. 230 ss.

[27] Ibídem, pág. 221.

[28] Ibídem, pág. 222.

[29] Ibídem, pág. 227.

[30] Ibídem, pág. 236.

cuantum de información no todas podrían utilizarla con la misma eficacia, dada la dificultad de su comprensión y las diferentes aptitudes de los ciudadanos[31].

La legislación recibe, pues, una aprobación pasiva basada únicamente en la confianza en el sistema. Se llega así a lo que Luhmann llama «legitimación por el procedimiento». Cuán fatales pueden ser las consecuencias de esta actitud para la legitimidad del sistema político lo he expuesto en otro trabajo y no he de entrar aquí a considerarlas[32]. Ahora me interesa tan sólo subrayar que si se admite que todo ser racional tiende a minimizar sus esfuerzos, no habrá de invertirlos en el intento de comprensión de medidas con respecto a las cuales sabe de antemano que para comprenderlas necesitaría una preparación especial. Por tanto, renuncia a este esfuerzo y prefiere no informarse. Adopta así una actitud diametralmente opuesta a la del ideal ilustrado.

8. Esto trae como consecuencia que los dirigentes políticos (también racionales) simplifiquen la información. Con razón observa el conde Peter Kielmansegg:

> «La lucha competitiva por la aceptación (de los electores) provoca en los políticos la tentación de adoptar, al menos en la discusión política pública, un nivel muy bajo de racionalidad (y esto significa también no pocas veces buscar las propuestas de solución a este nivel), mientras que la constelación de problemas se vuelve más bien cada vez más complicada, es decir, debería ser considerada en un alto nivel de racionalidad»[33].

Este descenso de racionalidad suele manifestarse en la formulación de ideologías, cuyos costos de acceso son ínfimos.

9. Esta ideologización facilita, desde luego, la manipulación de los ciudadanos. Jürgen Habermas ha llamado a este fenómeno «colonización» del «mundo de la vida (*Lebenswelt*)» por el sistema (económico).

---

[31] Cfr. ibídem, *loc. cit.*

[32] Cfr. «El problema de la legitimidad en Niklas Luhmann», en Ernesto Garzón Valdés, *Derecho, Ética y Política*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales 1993, págs. 509-517.

[33] Cfr. Peter Graf Kielmansegg, «Demokratieprinzip und Regierbarkeit», en Wilhelm Hennis *et al.* (comps.), *Regierbarkeit. Studien zu ihrer Problematisierung*. Stuttgart: Klett-Cotta 1977, págs. 118-133, pág. 129.

10. La colonización del «mundo de la vida» equivale a reimplantar una suerte de «inmadurez» que se manifiesta en la reducción del espíritu crítico de la opinión pública. Esta deja de estar en condiciones de ejercer su función de control y de poder participar efectivamente en la conformación del orden social. Si la función de control o *principio de control* como lo llamara Kelsen, es considerada como elemento esencial del sistema democrático[34], no es difícil inferir que esta situación pone en peligro la legitimidad del sistema democrático. Dicho con otras palabras, se produce una especie de «inmunización del Estado frente a la crítica, las fundamentaciones se vuelven superfluas y el control, imposible»[35].

Si se recuerdan las frases de Hesse mencionadas al comienzo y se toman en cuenta las observaciones de Downs, puede concluirse que el ciudadano actual no está en condiciones de cumplir, por ejemplo, las funciones que le atribuye la Ley Fundamental alemana. Y hasta podría valer este veredicto:

> «Cada uno de nosotros, también el político profesional, no tiene ninguna otra posibilidad que la de comportarse apáticamente frente a la mayoría de las decisiones políticas traspasando su responsabilidad a los otros »[36].

Esta frase de Fritz Scharpf es instructiva e inquietante: si cada cual (también el político profesional, es decir, el representante parlamentario) traspasa la responsabilidad al otro y así sucesivamente, cabe preguntarse ¿quién decide? El fenómeno generalizado del desencanto político en las democracias occidentales tiene no poco que ver con este traspaso apático de responsabilidades.

III. Opinión de la mayoría

1. Se trata también de un concepto descriptivo; pero el hecho que designa tiene límites precisos y puede sin dificultad ser expresado con exactitud aritmética.

---

[34] Cfr. René Marcic, «Die Öffentlichkeit als Prinzip der Demokratie», *cit*., pág. 290.

[35] Cfr. Hans Herbert von Arnim, *Demokratie ohne Volk*, Munich: Knaur, 1993, pág. 357.

[36] Cfr. Fritz Scharpf, «Demokratie als Partizipation», en Frank Grube y Gerhard Richter (comps.), *Demokratietheorien*, Hamburgo: Hoffmann und Campe, 1975, págs. 169-175, pág. 171.

2. El hecho designado está referido a una decisión gubernamental pasada o futura. Cuando se trata de decisiones pasadas, suele ser el criterio más seguro para verificar el rechazo o aceptación de una medida gubernamental.

3. Pero la opinión de la mayoría tomada sin más puede convertir a la democracia en una «casualidad de la aritmética», como temía Kelsen[37] o en una «superstición basada en la estadística» como sostenía Borges con escéptica ironía[38].

4. Por ello, tiene razón Robert A. Dahl cuando afirma:

> «El principio según el cual cualquier grupo más numeroso tiene derecho a dominar a cualquier otro grupo menos numeroso no es deducible [...] de las ideas democráticas o de ningún principio moralmente razonable»[39].

5. Por ello, también en los Estados democráticos de derecho, la opinión de la mayoría está sujeta a la limitación del respeto a la opinión de la minoría. Se suele hablar entonces del «principio de la mayoría», para distinguirlo del «dominio de la mayoría»[40].

6. Esta distinción entre principio de la mayoría y dominio de la mayoría es relevante por lo que respecta al problema de la legitimación y legitimidad de los sistemas políticos. Precisamente porque la opinión de la mayoría se mueve en el ámbito del ser, no puede sin más servir de fundamento justificatorio de las decisiones del Gobierno. Aun en el caso extremo en el que la opinión de la mayoría se convierte en la opinión de todos, de aquí no puede inferirse la corrección de lo sostenido por el consenso fáctico. La mayoría o la totalidad de una sociedad puede aprobar las más aberrantes disposiciones.

7. El concepto de legitimidad, entendido como coincidencia de los principios y reglas de un sistema político con los principios y reglas de la ética, requiere algo más que la opinión de la mayoría y puede, en algunos casos, hasta contradecirla.

---

[37] Cfr. Hans Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Tubinga: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1929, pág. 55.

[38] Cfr. Blas Matamoro (comp.), *Diccionario privado de Jorge Luis Borges*, Madrid: Altalena, 1979, pág. 82.

[39] Cfr. Robert A. Dahl, *Dilemmas of Pluralist Democracy, Autonomy vs. Control*, New Haven/Londres: Yale University Press, 1982, pág. 87.

[40] Cfr. Hans Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, cit., págs. 53 ss.

8. Si se acepta la idea de un «coto vedado» a la decisión parlamentaria como condición necesaria para el cabal funcionamiento de una democracia parlamentaria, la opinión de la mayoría puede referirse sólo a la satisfacción de los deseos secundarios de los ciudadanos.

9. Esto significa que la opinión de la mayoría es relevante en el ámbito de la negociación y el compromiso. Por ello, la opinión mayoritaria no puede nunca ser expresión de «verdades políticas», como suponía Carl Schmitt.

10. La opinión de la mayoría puede ser falsificada: basta tan sólo con alterar el resultado del cómputo de votos. Es el caso del fraude electoral.

IV. Relación entre publicidad, opinión pública y opinión de la mayoría

1. No existe ninguna relación necesaria entre publicidad y opinión pública. Esta última existe aunque no exista publicidad. Nadie negaría que en sistemas como los de Stalin o Videla había una opinión pública, pero nadie afirmaría que en estos regímenes se practicaba el principio de publicidad.

2. Tampoco existe relación necesaria entre publicidad y opinión de la mayoría. No es aventurado afirmar que la opinión de la mayoría era contraria a Videla.

3. Cuando se habla de la «opinión pública dominante», se establece una relación necesaria (conceptual) entre opinión pública y opinión de la mayoría.

Esta opinión pública dominante y su tiranía es la que tenía John Stuart Mill, ya que:

> El término medio de la humanidad no sólo es limitado en el intelecto, sino también en sus inclinaciones: no tienen gustos o deseos lo suficientemente fuertes como para inclinarlos a que hagan algo insólito y consecuentemente no entienden a aquéllos que los tienen [...]»[41].
> En las latitudes rioplatenses, a comienzos de este siglo, José

[41] Cfr. José Enrique Rodó, *Ariel*, México: Porrúa, 1979, pág. 27.

Enrique Rodó, tenía los mismos temores cuando se refería al odio de lo extraordinario y a la «falange de Prudhommes feroces»:

> «Ellos llamarán al dogmatismo del sentido vulgar, sabiduría; gravedad, a la mezquina aridez del corazón; criterio sano a la adaptación perfecta a lo mediocre [...]»[42].

Esta era la «mediocridad colectiva» de Mill. Sólo que Mill consideraba, con razón que:

> «En ninguna parte (excepto en algunas instituciones monásticas) se deja de reconocer la diversidad de gustos; a cualquier persona puede gustarle o no, sin ser por ello reprochada, remar, *fumar*, practicar música o ejercicios físicos, jugar al ajedrez o a las cartas o estudiar, porque tanto aquellos a quienes les gustan estas cosas como aquellos a quienes les disgusten son demasiado numerosos como para ser sometidos»[43].

[Como fumador que suele sufrir la tiranía de la mayoría no fumadora y por considerar que no es bueno imponer «instituciones monásticas» al todo de la sociedad, so pena de caer en un perfeccionismo antiliberal, no he podido contener la tentación de invocar en mi defensa las sabias reflexiones de Mill.]

4. El objetivo de la manipulación de la opinión pública es lograr la aprobación concreta que se manifiesta en la opinión de la mayoría. Es decir, convertir una opinión pública difusa en una opinión de una mayoría bien determinada, como afirmaría Ruth Zimmerling.

5. Por ello, una manipulación exitosa de la opinión pública vuelve innecesario para el «sistema» (Habermas) falsificar la opinión de la mayoría.

Manipular es una acción cuyo éxito o fracaso se mide por el resultado alcanzado en la actitud del (o de los) destinatario(s). En este sentido, pertenece a la misma familia de acciones tales como persuadir, convencer, ofender. Calificar a una acción de manipulación es emitir un juicio negativo; por ello, el juicio (valorativo) de manipulación no es formulado nunca por quien manipula sino por el (los) destinatario(s) o por un observador. Quien manipula dirá siempre que forma pero no deforma la opinión pública.

---

[42] Cfr. José Enrique Rodó, *Ariel*, México: Porrúa, 1979, pág. 27.

[43] Cfr. John Stuart Mill, *op. cit*., pág. 262, subrayado de E. G. V.

Si ello es así, para el observador la manipulación es una forma degenerada de formación de la opinión pública.

6. Se logra entonces una situación que es justo lo opuesto a lo que se proponían los partidarios de la democracia representativa:

i) se mantiene en el texto constitucional el principio de publicidad; pero,

ii) la conjunción de los factores de racionalidad de los ciudadanos (minimizar costos) y de la persecución coherente de los intereses del «sistema» traen como consecuencia que

iii) la opinión pública manipulada se manifieste en una opinión de la mayoría que aprueba los objetivos del sistema.

7. El grado de manipulación de la opinión pública es inversamente proporcional a la importancia de los intereses públicos percibidos que están en juego. A medida que esta última aumenta se vuelve más difícil la manipulación.

8. Pero, dificultad no significa imposibilidad. Es concebible la manipulación de una sociedad hasta un punto tal en que descuide la atención de sus intereses primarios. La historia presenta no pocos ejemplos de casos de manipulación ideológica o religiosa en los que voluntariamente se renunciaba a la atención de las necesidades más básicas y elementales.

9. Manipulación o fraude parecen ser las dos vías alternativas que puede elegir el sistema dominante, según las características de la respectiva sociedad, cuando desea ignorar los «auténticos» deseos de los ciudadanos.

10. Una democracia representativa debe asegurar el acceso efectivo a la información exigida por el principio de publicidad a fin de que de esta manera, sin manipulación y sin fraude, la opinión de la mayoría pueda negociar con la minoría la imposición de sus deseos secundarios. El resultado de esta negociación es lo que podría llamarse la «opinión pública dominante» sobre el tema objeto de discusión.

* * *

Jorge Luis Borges afirmó alguna vez:

> «Me parece raro que se permita a todo el mundo opinar sobre política. Se supone que cualquier changador de la

> esquina o cualquier analfabeto puede discurrir sobre política. Sin embargo, no se supone que tenga opiniones muy inteligentes sobre la teoría de los conjuntos o el cálculo infinitesimal»[44].

Dejando de lado el dejo de soberbia intelectual (o clasista) que encierra esta frase, ella contiene mucho de verdad: cuando las decisiones políticas presuponen un conocimiento similar al de la teoría de los conjuntos, es obvio que la inmensa mayoría de los ciudadanos nos convertimos en analfabetos. Y este analfabetismo político no puede ser superado manteniendo tan sólo el principio de publicidad. Si, por otra parte, la democracia ha de estar basada en la participación responsable de cada ciudadano, el gran desafío con el que se ven enfrentadas las democracias liberales es el de la reconciliación de la igualdad política con la deliberación. Utilizando una fórmula de James S. Fishkin podría decirse:

> «Parece que estamos obligados a elegir entre masas políticamente iguales, pero relativamente incompetentes y élites políticamente desiguales, pero relativamente más competentes»[45].

Como la democracia aspira a la participación activa, también de los maleteros (o «changadores» si se prefiere el argentinismo), la solución de este dilema es fundamental si se quiere restablecer la relación adecuada entre los principios democráticamente irrenunciables de la publicidad y de la formación responsable de la voluntad política expresada a través del gobierno de la mayoría.

---

[44] Cfr. Blas Matamoro, *loc. cit.*

[45] Cfr. James S. Fishkin, *Democracy and Deliberations*, New Haven/Londres: Yale University Press 1991, págs. 1 ss.