

¿LA ACCIÓN COMO UN DERECHO POLÍTICO OBLICUO? JUDICIALIZACIÓN, PARTICIPACIÓN Y REPRESENTACIÓN POLÍTICA

Tania BUSCH VENTHUR*

SUMARIO: I. *El derecho a la acción como un derecho político “oblicuo”: la judicialización.* II. *¿Más o menos democracia? La participación directa de los ciudadanos a través de la judicialización y el problema de la elitización.* III. *Representación, deliberación parlamentaria y sufragio universal: su potencial igualador.* IV. *Crisis de representación y falta de canales efectivos de participación: causa de la utilización de estrategias políticas alternativas.*

I. EL DERECHO A LA ACCIÓN COMO UN DERECHO POLÍTICO “OBLICUO”: LA JUDICIALIZACIÓN

En el desarrollo de la vida política actual se ha vuelto corriente que, frente a una resolución de las autoridades públicas que se estima inadecuada, o a una agenda legislativa que no logra ajustarse a los requerimientos de la ciudadanía, temas altamente controvertidos y de la mayor relevancia política, sean llevados por grupos de ciudadanos descontentos, o minorías políticas que han visto frustradas sus posturas en las instituciones representativas, a ser resueltos en sede jurisdiccional.

A través del ejercicio de acciones judiciales se intenta modificar una decisión política que puede ya haberse tomado por las instituciones políticas formales, como es el caso de los recursos de protección que se presentan para detener proyectos medioambientales aprobados por la autoridad ejecutiva y ampliamente rechazados por la ciudadanía,¹ o bien, se intenta ade-

* Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción; doctoranda en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. E-mail: tvbusch@uc.cl.

¹ Como fueron los recursos de protección interpuestos contra la aprobación del proyecto de la central hidroeléctrica “Hidroaysen”.

lantarse o forzar las decisiones que éstas instituciones pudieran tomar, como es el caso de la solicitud de declaración de inconstitucionalidad de la norma del Código Civil que establece el matrimonio heterosexual,² estando en discusión en el Congreso variadas iniciativas legislativas que buscan regular las uniones entre personas del mismo sexo, y en un contexto en que la ciudadanía se ha manifestado masivamente por el llamado matrimonio igualitario.

El fenómeno del uso estratégico de las acciones judiciales por parte de particulares y organizaciones de ciudadanos que buscan influir en las políticas públicas, obviando a los canales institucionales y a representantes y actores políticos tradicionales, han hecho del derecho a la acción, lo que caracterizaré en este trabajo como un “derecho político oblicuo”.

Los derechos políticos clásicos —que para estos efectos llamaré “lineales”— son aquellos que permiten que cada uno de nosotros concurra a la formación de la voluntad pública. Los más clásicos de todos, el derecho a elegir a los representantes (el sufragio) y a ser elegido como tal (derecho a optar a cargos públicos), hacen posible en democracia la integración de los órganos políticos.

Estos derechos vinculan teóricamente, de un modo lineal, al ciudadano con la voluntad pública de la forma siguiente:

El ciudadano o ciudadana elige representantes o es elegido tal → Se integra el órgano político por quienes han obtenido la mayor cantidad de sufragios → El órgano toma una decisión política → La decisión política se transforma en norma jurídica.

Al menos a un nivel teórico, como se vio en la concatenación explicada, la regla de la mayoría y el sufragio permite hacer una vinculación “recta” entre cualquiera de los ciudadanos, la decisión pública tomada y la creación de una norma jurídica.

En esta forma de pensar la relación entre los ciudadanos y el Estado, la representación es una pieza clave que permite vincular a todos y todas en una relación político-jurídica con el Estado, pues se otorga a todos los ciudadanos por igual, al menos formalmente, derechos y deberes de participación en la vida pública.

² Actualmente en tramitación ante el Tribunal Constitución en causa rol 1881-2010, caratulada “Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por la Corte de Apelaciones de Santiago respecto del artículo 102 del Código Civil, en los autos Rol núm. 6787-2010, sobre recurso de protección interpuesto ante la Corte de Apelaciones de Santiago en contra de Oficial de Registro Civil Adjunto”. Se solicitó pronunciamiento respecto de la constitucionalidad del artículo 102 del Código Civil chileno, que sólo permite el matrimonio heterosexual al definirlo como un “contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear, y de auxiliarse mutuamente”.

Ahora, el fenómeno de la judicialización de la política, es decir, el proceso de expansión del poder de las cortes o jueces a expensas de los poderes políticos tradicionales, donde el juez resuelve asuntos de tipo político-valóricos que acorde con la separación de poderes y las teorías democráticas clásicas debieran ser resueltos el parlamento,³ transforma al derecho a la acción judicial, al derecho a ocurrir a tribunales, en un derecho político “oblicuo”.

Digo que lo transforma en derecho político, pues permite concurrir a la formación de una decisión pública, que resuelve un asunto de relevancia política, y así participar en la formación de la voluntad pública. Pero el ejercicio de la acción judicial, utilizada como mecanismo de participación política, no permite hacer una vinculación directa entre cada uno de los ciudadanos y ciudadanas y la voluntad política que se expresa en la decisión que se toma en sede jurisdiccional. Por eso he caracterizado al derecho a ocurrir a tribunales, como un “derecho político oblicuo”. Según la RAE, oblicuo significa “Sesgado, inclinado al través o desviado de la horizontal”. Quiero decir con esto que la acción judicial permite concurrir a un ciudadano o ciudadana (o a una organización de estos, según veremos) a la formación de la voluntad pública, a través de la obtención de una norma jurídica (la sentencia judicial) que hace vinculante esa decisión. Lo “oblicuo” radica en que en este caso no es posible realizar la vinculación teórica “lineal” entre esa decisión y cada uno de los ciudadanos, y al no poder realizarse dicha vinculación, se rompe con la igualdad política que al menos formalmente, se encuentra en la base del sistema democrático.

En un contexto de judicialización, quien opta por participar en la vida política a través de este “derecho político oblicuo”, reformula los problemas políticos como problemas jurídicos. Esto significa que la controversia política es traducida a lenguaje de derechos fundamentales, y así remitida a tribunales vía recurso de protección o presentaciones ante el Tribunal Constitucional. La decisión del caso significará optar por validar o no la interpretación del derecho que ha planteado la parte que ha optado por la litigación estratégica, y definir cuál es la lectura “correcta” de éste, transformando una opción política en normativa.

Si bien esta vía puede ser altamente efectiva para los activistas de una determinada causa para acelerar (o forzar) la agenda pública, lo cierto es que la judicialización, desde el punto de vista institucional, desplaza la decisión de asuntos de la mayor relevancia moral, política y social, desde el

³ Larraín, Beatriz, “La judicialización de la política en Chile y sus factores causales. Análisis a través de un estudio de caso”, *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, vol. 23, 2005, p. 315.

espacio de deliberación democrática (el legislativo) a un espacio que no posee legitimidad democrática originaria y no responde a lógicas de control de opinión pública ni de deliberación (la jurisdicción). Y desde el punto de vista de los ciudadanos titulares de derechos políticos, quiebra la igualdad política que debe estar en la base de un sistema democrático, pues permite una vía de concurrencia a la formación de la voluntad pública que no otorga a todos por igual la posibilidad de influir sobre el asunto que se decide. Volveré sobre este punto más adelante.

El contexto jurídico político actual en Chile favorece el ejercicio de esto que he dado en denominar derecho político “oblicuo”.

Tate y Vallinder, en una de las obras más relevantes que se han escrito sobre el tema, *The Global Expansion of Judicial Power*, identifican como factores nacionales para el surgimiento de la judicialización los siguientes:

- 1) La existencia de régimen democrático.
- 2) Que individuos y minorías tengan conciencia de ser titulares de derechos que pueden ser defendidos judicialmente.
- 3) El uso de los tribunales por grupos de interés y por la oposición política.
- 4) Existencia de instituciones poco efectivas.
- 5) Una percepción pobre por parte de la ciudadanía de la efectividad de los poderes políticos tradicionales.
- 6) Delegación voluntaria de la toma de decisiones por parte de las instituciones representativas a los tribunales, con el objeto de evitar asumir el costo político de decidir ciertos temas.

Agregando un factor cultural propio del medio chileno, Matías Guillof señala como explicación del creciente número de demandas políticas llevadas a los tribunales, el que la ciudadanía tiene una pobre percepción de la deliberación política, a lo que se suma una visión ciudadana de los tribunales como tribunales de justicia en un sentido hipertrofiado, en que la gente percibe a los jueces como sujetos idóneos para obtener respuestas frente a auténticas y amplias demandas de justicia, y no como aplicadores de normas de derecho. Según Guillof, dentro de nuestra cultura parece más lógico ir a pedir soluciones justas a tribunales que a los actores políticos.⁴

Prácticamente la totalidad de los factores sociopolíticos enunciados se verifican en el sistema chileno.

⁴ Guillof, Matías, “Adjudicación, valores fundamentales y diálogo”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, año 15, 2008, p. 161.

En relación con los factores jurídico-institucionales, Chile presenta un escenario propicio para la judicialización. La Constitución chilena en su artículo 20 establece el llamado recurso de protección, técnicamente acción de protección, que permite a cualquier persona, frente a una vulneración de los derechos constitucionales que en el artículo se señalan, solicitar a la Corte de Apelación respectiva que adopte las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado. Esta acción constitucional es ampliamente utilizada, y se ha llegado incluso a proteger mediante este arbitrio derechos que no se encuentran contemplados como justiciables por esa vía, a través de lo que se ha denominado “propietarización de los derechos”, esto es, argumentando que se tiene un derecho de propiedad (sí amparado por el recurso de protección) sobre un determinado derecho que ha sido afectado, pero que no se encuentra bajo el amparo de la acción que comentamos. A lo dicho se suma que hoy el Tribunal Constitucional constituye una importante vía para influir en las decisiones, pues tiene importantes y extendidas facultades de revisión de constitucionalidad, que se consagran en el artículo 93 de la Constitución. Sin extenderme en la descripción de las competencias del tribunal, diré sólo que éste puede llegar a revisar la legislación como control preventivo obligatorio de constitucionalidad, a requerimiento de los órganos constitucionales legitimados, a petición de particulares que sean partes en un litigio, o a solicitud del juez que conoce de éste, y hasta de oficio o a través de acción popular en caso que el Tribunal Constitucional haya ya declarado inaplicable una norma.

Estos factores, culturales e institucionales, se ven acompañados con una transformación de la cultura judicial chilena. La justicia chilena, tradicionalmente reticente a interferir en decisiones políticas, y aislada de la vida política y social, hoy se muestra más dispuesta a desafiar a los poderes electos en orden a proteger los derechos fundamentales a través de las formas de control de constitucionalidad que ofrece el ordenamiento. Couso y Hilbink sostienen que en los últimos años los jueces chilenos han transitado “del quietismo a un incipiente activismo”⁵ e identifican como factores que explican este cambio la realización de reformas institucionales a la judicatura ordinaria y al Tribunal Constitucional, así como un cambio en el contexto ideológico, que hace énfasis en los derechos humanos y el constitucionalismo.

⁵ Couso, Javier y Hilbink, Lisa, “From Quietism to Incipient Activism: The Institutional and Ideational Roots of Rights Adjudication in Chile”, disponible en: <http://www.juecesypolitics.caenamericalatina.cide.edu/papers/hilbink.pdf> (fecha de consulta: 20 de mayo de 2011).

II. ¿MÁS O MENOS DEMOCRACIA? LA PARTICIPACIÓN DIRECTA DE LOS CIUDADANOS A TRAVÉS DE LA JUDICIALIZACIÓN Y EL PROBLEMA DE LA ELITIZACIÓN

Este contexto favorable a la judicialización de los problemas políticos otorga la posibilidad de que personas que no forman parte de las estructuras formales de toma de decisiones participen de un modo relevante y decisivo en los asuntos públicos.

La estrategia jurídica permite a ciudadanos, movimientos sociales y organizaciones no gubernamentales (ONG) monitorear las políticas públicas a través de estrategias judiciales, ejerciendo *accountability* social.⁶ Se ha llegado a señalar que en tanto la actividad legal permite a los ciudadanos y a las organizaciones de la sociedad civil apelar y eventualmente usar los poderes coactivos del Estado para perseguir sus intereses y proteger sus derechos, la misma constituye la forma paradigmática de participación política ciudadana en democracia.

El sistema legal está obligado a dar algún tipo de respuesta a las controversias, toda vez que está impedido de excusarse de dar un pronunciamiento,⁷ lo que constituye a las demandas judiciales en un mecanismo con el que la ciudadanía cuenta que, en caso de ser invocado, obliga a una decisión de la autoridad pública, en contraste con otros modos de participación o control ciudadano, respecto de los que la autoridad puede escoger hacer oídos sordos, o permiten sólo una sanción “simbólica” y costos en términos de reputación. De esta suerte, la movilización legal puede, eventualmente, permitir a los actores sociales obtener resultados políticos concretos, sin la intervención de los representantes.⁸

Autores como Alec Stone Sweet han señalado que este sistema es más “participatorio”,⁹ pues permite una mayor cantidad de actores en la formación de la voluntad pública, y dado que, según este autor, garantiza de

⁶ Control de tipo vertical, no electoral, de las autoridades políticas.

⁷ El artículo 76, inciso segundo, de la Constitución chilena señala el principio de inexcusabilidad para el Poder Judicial. Respecto del Tribunal Constitucional este principio se contiene el artículo 30., inciso segundo, de la Ley Orgánica Constitucional núm. 17.997 del Tribunal Constitucional.

⁸ Smulovitz, Catalina, “Judicialización y *accountability* social en Argentina”, Washington DC, septiembre de 2001, p. 5, artículo presentado en XXII International Conference de la Latin American Studies Association. Disponible en: <http://lasa.international.pitt.edu/Lasa2001/Smulovitzcatalina.pdf> (fecha de consulta: 30 de mayo de 2011).

⁹ Stone Sweet, Alec, *Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe*, Oxford University Press, 2000, p. 94.

mejor manera la vigencia de los derechos fundamentales, no se justifica cuestionar su legitimidad desde una perspectiva de separación de poderes puesto que este esquema estaría ya obsoleto.¹⁰

No obstante, la utilización de la acción judicial como derecho político oblicuo presenta problemáticas dignas de consideración, no siendo suficiente apelar a su carácter “directo” o facilitador de la “participación ciudadana” para poder deducir una legitimación democrática a raja tabla de esta estrategia política, y celebrar su utilización creciente como un signo de profundización democrática. Como señala Catalina Smulovitz, “si bien la estrategia judicial permite a los actores sortear alguno de los escollos que encuentran para la organización de una acción colectiva, en la misma les exige participar en su carácter de ciudadanos atomizados, su uso recurrente condena a la acción política colectiva a su paulatina desaparición”.¹¹

De las variadas cuestiones que se suscitan frente al fenómeno de la utilización de acciones judiciales como vía oblicua para concurrir a la formación de la voluntad pública, quisiera hacerme cargo en especial de la incidencia que esta vía de participación tiene en lo que yo observo como una progresiva elitización de la democracia, proceso que erosiona la igualdad política que debe estar siempre en el centro de la participación democrática de los ciudadanos, y que no debe ser ignorada al momento del análisis por el solo hecho de estar frente a cuestiones de derechos fundamentales.

La acción judicial como derecho político “oblicuo” incide en este proceso, pues se trata de un mecanismo de participación política que supone una doble elitización.

Por un lado, se trata de una estrategia de participación política sofisticada, que implica un nivel de capital cultural y económico que permita tanto el idear una estrategia a fin de conseguir un resultado político por la vía de los tribunales, como sostener los gastos del litigio. De este modo, si bien es una forma en que la ciudadanía puede influir directamente, no es cualquier

¹⁰ Dice Stone Sweet: “Si conceptualizamos la protección de los derechos como un proceso social extendido, que incorpora a múltiples actores estatales y a particulares litigantes, nos damos cuenta de que los modelos ortodoxos de la autoridad legislativa y judicial, y de la relación entre las normas constitucionales y de otros rangos, no dicen nada de valor sobre el cómo los jueces y legisladores se comportan en los hechos y sobre sus interacciones. Por una parte, la historia reciente revela una creciente capacidad de la judicatura para construir y re-construir el significado mismo de la autoridad legislativa, y para influir directamente respecto de cómo ha de ejercerse el poder de crear la legislación. Por otra parte, los modelos tradicionales de legitimación —doctrina de la separación de poderes, teorías jurídicas del Estado, etc.— aparecen cada vez más insuficientes, si es que no irrelevantes”. *Ibidem*, p. 126, traducción propia.

¹¹ Smulovitz, Catalina, *op. cit.*, p. 19.

ciudadanía, no se trata del ciudadano común y corriente. Lo dicho es particularmente cierto en el caso chileno, donde las condiciones de acceso a la justicia de la población menesterosa son precarias, y las organizaciones y fundaciones que otorgan asesoría jurídica gratuita son bastante reducidas. Por lo general, la litigación de interés público se realiza por asociaciones u ONG que se integran por personas de elite, tanto intelectual como económica.

A mayor abundamiento, las organizaciones que hacen uso esta forma de participación política suelen ser grupos ideológicamente minoritarios o de posturas alejadas del centro, con dificultades para instalar su causa o agenda en la arena política tradicional. Esto puede observarse en la experiencia chilena. Algunos casos bullados de litigación estratégica que han suscitado gran polémica e interés en la opinión pública han sido llevados a tribunales por asociaciones o particulares con posiciones ideológicas marcadas. Como ejemplos podemos poner el caso de la censura a la película “La última tentación de Cristo”,¹² el intento de prohibir la distribución de la anticoncepción de emergencia,¹³ o el caso de la solicitud de declaración

¹² En 1996 el Consejo Nacional de Calificación Cinematográfica resolvió levantar la prohibición, decretada en 1988, de exhibir la película “La última tentación de Cristo”. Esto motivó que siete abogados: Sergio García Valdés, Vicente Torres Irrazábal, Francisco Javier Donoso Barriga, Matías Pérez Cruz, Jorge Reyes Zapata, Cristián Heerwagen Guzmán y Joel González Castillo, por sí, a nombre de la Iglesia católica y de Jesucristo, recurrieran de protección argumentando que la exhibición de la cinta era atentatoria contra el honor y dignidad de la persona de Jesús. La Corte Suprema, por sentencia rol 519-1997, acogió el recurso, dejando sin efecto la resolución que aprobó la exhibición de la película “La última tentación de Cristo”. Esta sentencia, a su vez, motivó la intervención de la asociación de abogados Libertades Públicas A.G., que interpuso el 3 de septiembre de 1997 una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, señalando que el fallo de la Corte Suprema significaba una tentado contra la libertad de expresión. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sentencia del 5 de febrero de 2001, declaró que se violó el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, condenado al Estado chileno (Caso Olmedo Bustos y otros).

¹³ La cuestión de la anticoncepción de emergencia o “píldora del día después” fue objeto de una importante y dilatada batalla judicial, primero ante los tribunales del Poder Judicial, y luego ante el Tribunal Constitucional. Esta verdadera “cruzada antipíldora” comenzó el año 2001 con la interposición de una acción de protección presentada por grupos conservadores que querían impedir su comercialización, unidos en una asociación de ONG que agrupaba a organizaciones como el Frente por la Vida y la Acción Solidaria, Centro Juvenil Ages, Movimiento Nacional por la Vida Antukuyen, Movimiento Mundial de Madres, Centro Internacional para la Vida Humana, Organización de Desarrollo par la Investigación, Formación y Estudios sobre la Mujer. Este fue el primero de numerosos procesos judiciales sobre la materia, pronunciándose al respecto la Corte Suprema en diversas ocasiones. Lo mismo se puede decir del Tribunal Constitucional, quien conoció en dos oportunidades de

de inconstitucionalidad del matrimonio heterosexual,¹⁴ ya mencionado al principio de este trabajo.

La elitización es doble, puesto que la estrategia judicial de participación política no sólo es elitista en cuanto a su puesta en marcha, sino que traslada la decisión del asunto a otro grupo que constituye una elite, la de los jueces, quienes deciden sin tener legitimación democrática que provenga directamente del pueblo. Sobre la falta de legitimidad democrática de la judicatura y su carácter contramayoritario la literatura es abundante y sobrepasa el objeto de este trabajo. No obstante, la dificultad que implica legitimar desde la teoría democrática el que asuntos política y valóricamente controvertidos sean decididos en sede judicial ha sido ampliamente tratada,¹⁵ habiéndose llegado a plantear incluso que nos encontramos hoy frente a una “juristocracia”.¹⁶

A estas consideraciones que surgen del ejercicio de la acción judicial, como lo que he denominado derecho político “oblicuo” en cualquier sociedad, se suma un problema particular del medio chileno. No sólo deciden estas controversias políticas (reconvertidas a lenguaje de derechos) jueces que no se encuentran legitimados popularmente para tomar decisiones políticas, sino que en el caso chileno la argumentación de los fallos en estos casos suele ser bastante pobre. Así lo han señalado por ejemplo los trabajos de Eduardo Aldunate, Jorge Contesse y Matías Guillof.¹⁷ De modo que

requerimientos presentados a raíz de este asunto, fallos rol 591 del 11 de enero de 2007 y 740 del 18 de abril de 2008. Finalmente, y luego de una década de batallas judiciales a nivel de judicatura ordinaria y constitucional, la cuestión fue zanjada por el Poder Legislativo a través de la ley núm. 20.418 que fija normas sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad, y además autoriza la entrega de la “píldora del día después” en el sistema público de salud, publicada el 28 de enero de 2010.

¹⁴ Véase nota 2. Esta causa ha sido impulsada desde el Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (Movilh). A la fecha de elaboración de este trabajo el caso no ha sido resuelto por el Tribunal Constitucional.

¹⁵ Entre los autores que han tratado este tema en el ámbito latinoamericano destacan los trabajos de los argentinos Roberto Gargarella y Sebastián Linares. En la doctrina chilena el punto ha sido tratado lúcidamente por Fernando Atria.

¹⁶ Así lo señala Ran Hirschl en su libro *Towards Juristocracy*, 2004.

¹⁷ La crítica realizada por Aldunate a la argumentación del Tribunal Constitucional se encuentra en variadas publicaciones. Se destaca por reciente y completa la obra *Jurisprudencia Constitucional 2006-2008*, Santiago, Editorial Legal Publishing, 2009. Contesse y Guillof centran sus críticas en la deficiente argumentación que presentan los fallos provenientes de Cortes de Apelaciones y Corte Suprema en la resolución de acciones de protección. Véase Contesse, Jorge, “Las instituciones funcionan. Sobre la ausencia de diálogo constitucional en Chile”, *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, núm. 26, 2008, pp. 335-374 y Guillof, Matías, *op. cit.*, pp. 159-182.

no sólo hay problemas en torno a la legitimidad de quien decide, sino que tampoco podemos saber porqué decide como decide. Esto tiene relevancia, pues impide que se produzca un “diálogo constitucional” entre los poderes políticos y las cortes, y de este modo, un desarrollo democrático del contenido y alcance de las normas constitucionales y de derechos fundamentales.

Atendidas las cuestiones desarrolladas, que se pueden sintetizar en que se trata de un mecanismo de participación política de elite, puesto que sólo una elite está capacitada para ponerlo en marcha y es una elite la que decide, donde la decisión política es tomada sin legitimación popular y, para el caso chileno, con frecuencia sin justificación suficiente, sostengo que no es posible aplaudir irreflexivamente el ejercicio creciente de la acción judicial como derecho político “oblicuo” como una profundización de la democracia, por la sola razón de que este permite una participación directa.

Creo, además, que cabe hacer una reflexión y algunas advertencias sobre la esperanza desmedida puesta en la participación directa de la ciudadanía como “redentora” de la política. Frente a la crisis de la representación política y de legitimidad de los partidos a la que asistimos, hoy el discurso dominante desprecia el sistema representativo, y pone todas las esperanzas en la participación del “ciudadano de a pie” y en estrategias políticas alternativas, como la del forzamiento de la agenda pública a través de la ocurrencia a tribunales, en vista de que los actores políticos tradicionales no logran asumir los temas con la diligencia, oportunidad o dirección que se esperaría.

La sociedad civil se refiere a las instituciones sociales que están fuera del control directo del Estado, como mercados, asociaciones voluntarias y el mundo de la opinión pública. Como señala Adela Cortina:

Desde la década de los 80 del siglo XX es la sociedad civil la que ha subido al pódium de la consideración social, mientras que el Estado, reverenciado en décadas anteriores, ha perdido muchos puntos en el aprecio de los ciudadanos, porque ha demostrado su incapacidad para llevar adelante proyectos éticos que parecían estarle encomendados en exclusiva.¹⁸

Los grupos que conforman la sociedad civil perciben problemas específicos, los trabajan como “causas” y llevan estos temas al debate público, funcionando como una conciencia moral del poder político. Pero no lo sustituyen: los movimientos “ciudadanos” o de la “sociedad civil”, que son quienes

¹⁸ Cortina, Adela Cortina, “Sociedad Civil”, en Cortina, Adela (dir.), *Diez palabras claves en filosofía política*, Navarra, Verbo Divino, 1998, p. 353.

hacen uso de estrategias políticas “alternativas” como es la litigación de interés público, malamente podrán superar en representatividad y legitimidad a quienes cuentan con el respaldo del sufragio universal.

Es importante, frente a este discurso “redentor”, tener presente que la sociedad civil se organiza en torno a agendas específicas que pueden o no corresponder al interés general de la colectividad: tanto son sociedad civil grupos católicos conservadores, fundamentalistas protestantes, asociaciones vecinales, organizaciones del movimiento de mujeres, ambientalistas o animalistas. Las organizaciones de la sociedad civil se mueven por “causas” y no por el país en su conjunto, por lo que no tienen, ni tendrían por qué tener, en consideración todos los aspectos a evaluar cuando se toma una decisión que afecta a la totalidad del país.

III. REPRESENTACIÓN, DELIBERACIÓN PARLAMENTARIA Y SUFRAGIO UNIVERSAL: SU POTENCIAL IGUALADOR

La falta de confianza que existe hoy en la deliberación política como forma de generar mejoras efectivas en la calidad de vida de las personas, y el *boom* de los derechos fundamentales tanto en el discurso jurídico-académico, como en la justificación ética del discurso político, han dejado de lado la reflexión sobre la importancia de la deliberación y discusión pública.

La discusión política que debe darse en el Parlamento debe estar prece-dida de un equitativo debate en el que todos los potencialmente afectados por un asunto a decidir puedan expresar y confrontar sus puntos de vista con otros ciudadanos.

La participación de la ciudadanía, como las manifestaciones, foros e instituciones intermedias deben ser alentadas y consideradas, en tanto son formas privilegiadas de expresión en el debate público, que permiten a todos informarnos y discutir sobre las distintas posiciones y problemas que existen respecto de un determinado asunto de interés público. Siguiendo una concepción de democracia deliberativa, lo que provee a una mejor democracia no es la mera agregación de actores, ni la sola posibilidad de que más gente participe, o que la participación de esta sea directa y no mediada por los representantes. No se trata de “sumar”, sino de “incorporar” la mayor cantidad de puntos de vista a un debate inclusivo, riguroso y reflexivo.

Ahora, el espacio de la deliberación y decisión privilegiado debe ser el Parlamento, por dos razones esenciales:

Primero, porque es en ese lugar donde se deben presentar las instancias institucionales necesarias para recoger en forma racional todos estos pun-

tos de vista diversos que provienen de la sociedad civil y de los potenciales afectados. Estoy pensando en que el Congreso tiene posibilidad de recibir informes de expertos, invitar a exponer su punto de vista a las organizaciones de la sociedad civil, etcétera.

Y, segundo, y más importante, porque es ahí donde encuentra expresión la condición igualitaria basal de la democracia: el voto. Es este derecho la expresión directa de los ciudadanos, cuyo potencial igualador, del rico con el pobre, del académico con el analfabeto, del joven con el viejo, no encuentra símil en ningún otro derecho político. Sólo el sufragio universal (y obligatorio) tiene ese potencial igualador.

En el ejercicio del sufragio nos podemos reconocer todos en el Estado, pues no sólo manifestamos nuestra voluntad como individuos —la dimensión del voto como derecho— sino que al votar cumplimos con un deber y ejercemos una función pública. Francisco Zúñiga, recordando la idea planteada por Dahl, señala:

La democracia política moderna implantada en un orden capitalista está marcada por la desigualdad, excepto en un plano, la igualdad de derechos políticos en el contexto de una ampliada ciudadanía merced el sufragio universal, importante conquista del movimiento social democrático de los siglos XIX y XX. Así en la construcción del Estado desde el principio democrático cumple un rol toral el sufragio universal, que deviene junto a la amplia participación política en la piedra angular de la democracia constitucional, haciendo efectiva la soberanía del pueblo y la igualdad política de los miembros de una comunidad.¹⁹

El ejercicio de otras formas de derechos políticos, como el que hemos perfilado en este trabajo, no satisfacen a la igualdad de base que supone la democracia, donde todos y todas podemos sentirnos parte de la voluntad pública. Sólo una representación fuerte, material, es capaz de cumplir con el ideal democrático en plenitud. El ejercicio de la política a través de la acción judicial conduce a una elitización del sistema, en la que terminan decidiendo unos pocos privilegiados, provocando que el debate político no se dé entre todos los ciudadanos, sino entre corporaciones, centros de estudios y ONG, pertenecientes a elites intelectuales o económicas, que sirven a sus propias agendas, y no necesariamente al interés general.

Hasta acá lo dicho podría calificarse de ingenuidad. Insistir en la representación, frente a un sistema de partidos con una crisis de legitimidad que

¹⁹ Zúñiga, Francisco, “Derecho de sufragio: la debatida cuestión de su obligatoriedad”, *Estudios Constitucionales*, vol. 7(1), 2009, p. 369.

ralla en la tragedia, y representantes que se perciben como radicalmente desconectados con la ciudadanía, puede parecer intentar tapar el sol con un dedo.

Pero es que como he explicado, la sola multiplicación de las ocasiones de participación no produce necesariamente una ganancia en la calidad del proceso. Las modalidades de la representación política evolucionan y pueden ser complementadas con mecanismos participativos de los más diversos tipos, incluida la litigación estratégica por parte de organizaciones de la sociedad civil, sin embargo, estos mecanismos son suplementos y no reemplazos de las instituciones formales de la democracia moderna. Como señala Greppi:

Es verdad que la participación es imprescindible para asegurar la estabilidad de las instituciones democráticas; pero también que los mecanismos complementarios de participación no surgen por generación espontánea y no se administran solos. Requieren el respaldo de instituciones comprometidas con su desarrollo, y éstas, a su vez, es deseable que estén sujetas a formas efectivas de control. Eso nos devuelve al punto de partida. Más participación, sin precauciones, no es garantía de una mejora en el déficit de legitimidad democrática. Cuando se oye reivindicar con tanto entusiasmo la gran novedad de los experimentos participativos, a veces da la impresión de que se está intentando comenzar la casa por el tejado. Se pretenden reparar las grietas del viejo edificio sin antes haber comprobado si los pilares son bastante sólidos para aguantar la obra.²⁰

Sobre el punto, resulta interesante la reflexión que hace Böckenförde, quien explica que la democracia, como concepto propio de una forma de Estado no puede ser entendido en el sentido de la democracia directa, de la sola participación, pues de cara a este concepto cualquier forma real de democracia se convierte en una mala realidad, en algo deficitario o incluso ilegítimo, permanentemente incumplida.²¹ Debe comprenderse que la participación no puede jamás sustituir a la representación. Y eso no sólo porque es imposible desde un punto de vista fáctico, sino porque los mecanismos de participación directa en sí mismos tampoco son la esencia de la democracia,

²⁰ Greppi, Andrea, “Derechos políticos, constitucionalismo y separación de poderes”, *Arbor*, vol. 186(745), 2010, pp. 809-820. Disponible en: http://www.lluisvives.com/servlet/SirveObras/doxa/01361620813462839088024/cuaderno6/Doxa6_07.pdf (fecha de consulta: 30 de mayo de 2011).

²¹ Böckenförde, Ernest Wolfgang, “Democracia y representación. Crítica a la discusión actual sobre la democracia”, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2000, p. 142.

como parece desprenderse del discurso “redentor” de la participación de los “ciudadanos de a pie”.

Explica el autor que el Estado, para actuar, requiere de órganos de dirección que actúen por sí mismos y, en esta medida, necesariamente deben tener un carácter representativo. Estos órganos deben someterse a la legitimización en un proceso abierto de formación de la voluntad democrática, vincularlos a la responsabilidad y a controles, de modo que su acción pueda valer como una acción autorizada por el pueblo y a nombre de éste. Añade que, respecto del significado de la representación para la democracia se distinguen dos conceptos. Un concepto formal de representación, que alude a la autorización, el nexo de legitimación y de imputación que obtienen del pueblo los órganos de dirección. Pero también existiría un concepto material de representación, que se refiere a que la acción de los órganos de dirección, autorizada y legitimada por el pueblo, se configura de tal forma que los individuos y los ciudadanos en su conjunto pueden reconocerse en esa acción. Ambas formas son necesarias pues sólo verificándose la representación material existen las condiciones para que la democracia, a pesar de su estructura representativa formal, no degenera en un dominio individual o de grupos ejercido por delegación, o en un absolutismo cambiante de la mayoría; sólo esta representación material hace que la democracia sea la realización del dominio del pueblo y de la participación política de los individuos.²² La acción se orienta, entonces, desde un punto de referencia que no son las voluntades individuales del representante, sus intereses o ideas particulares, ni son las de grupos que, como se dijo, responden a sus agendas particulares.

Pareciera que el problema al que nos vemos enfrentados hoy es que la representación se ha entendido sólo en su concepto formal, y que existe un importante déficit de representación material, lo que genera la desafección de los “ciudadanos de a pie” de su representante y escinde el nexo que debe existir entre ciudadanía, representantes y voluntad pública.

El representante entonces debe tener presente que la representación no se agota en la autorización que obtiene con el hecho de haber sido electo, no se agota en la representación formal, y aunque no es un mandato directo, tampoco es una suerte de “cheque en blanco” o “mandato libre” que le entrega la ciudadanía.

²² *Ibidem*, p. 147.

IV. CRISIS DE REPRESENTACIÓN Y FALTA DE CANALES EFECTIVOS DE PARTICIPACIÓN: CAUSA DE LA UTILIZACIÓN DE ESTRATEGIAS POLÍTICAS ALTERNATIVAS

El error, a mi entender, está en un discurso que sitúa a la participación ciudadana “informal”, “no militante” o políticamente amateur, como enfrentada a los actores tradicionales o “políticos profesionales”. Una democracia vigorosa requiere de una participación activa de ambos “bandos”, como pareciera entenderlos el discurso dominante.

Por cierto, la sociedad civil debe hacer todos los esfuerzos para poner en la agenda los temas que estima de relevancia, y entre estos esfuerzos está legítimamente la estrategia judicial. Pero se debe tener cuidado con evaluar a estas estrategias políticas “alternativas” como una expresión de una mayor y/o mejor democracia. No puede olvidarse que la decisión de los asuntos que conciernen a todos tiene como lugar privilegiado el parlamento, y jamás los tribunales.

Lo que sucede es que cuando los canales se bloquean, y las diversas posturas existentes sobre un determinado asunto público no logran tener expresión en la discusión, ya sea por asimetrías de información, por exclusión de algunos actores, por falta de apertura a los diversos puntos de vista, por un sistema electoral excluyente o por la sobrerrepresentación a la que ciertos grupos pueden acceder por su capacidad económica (todos vicios que podemos observar en nuestra vida política), el Parlamento falla en su tarea de recoger las diversas visiones, su debate se empobrece y los grupos minoritarios se ven forzados a buscar estrategias alternativas. Pero estas deficiencias no pueden hacernos perder de vista que la representación democrática no es sustituible.

En síntesis, si bien en el escenario político actual y dadas las condiciones político-institucionales, estamos frente a lo que he venido en bosquejar como un nuevo derecho político “oblicuo” que permite a los ciudadanos insertar sus demandas en un sistema representativo que es deficitario, este fenómeno debe ser evaluado con prudencia y en perspectiva democrática, teniendo plena conciencia de que su ejercicio no está exento de riesgos.