

# ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL

## 2010

### JÓVENES AUTORES CHILENOS

ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL / N° 28 / 2010



SOCIEDAD CHILENA  
DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL



**ANUARIO DE FILOSOFÍA  
JURÍDICA Y SOCIAL  
2010**

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA  
JURÍDICA Y SOCIAL  
ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL Nº 28  
2010

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las Facultades de Derecho de las Universidades Adolfo Ibáñez, Austral de Chile, Católica del Norte, Católica de Temuco, Católica de Valparaíso, Católica de la Santísima Concepción, de Antofagasta, de Concepción, de Los Andes, de Chile, y Diego Portales.

Especial mención cabe hacer a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, en cuyo taller de imprenta, "Edeval" se llevó a cabo la impresión de este volumen.

©

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

I. S. B. N. — 0170 — 17881

Diseño Gráfico: Allan Browne Escobar

Impreso en EDEVAL  
Errázuriz 2120 - Valparaíso  
E-mail: edeval@uv.cl

# ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL

2010

## JÓVENES AUTORES CHILENOS

SOCIEDAD CHILENA  
DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA  
JURÍDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO  
(2010 - 2012)

Fernando Atria Lemaitre, Antonio Bascuñán Valdés,  
Rodrigo Coloma, Jesús Escandón Alomar, Joaquín  
García-Huidobro Correa, Fernando Quintana  
Bravo, Pablo Ruiz-Tagle, Agustín Squella Narducci,  
y Aldo Valle Acevedo.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social  
tiene su domicilio en la ciudad de Valparaíso. La  
correspondencia puede ser dirigida a la casilla 3325,  
Correo 3, Valparaíso, o al correo electrónico  
asquella@vtr.net

## PRESENTACIÓN

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social presenta el número 28 de su *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, correspondiente a 2010, pero que aparece en 2011, el año en que nuestra corporación cumple 30 años de existencia. Fundada en Valparaíso el año 1981 por un conjunto de socios fundadores de las más diversas creencias y convicciones filosóficas, políticas y jurídicas, la sociedad se constituyó ese año en dependencias de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso, unidad académica que en 2011 celebra un centenario de vida. Dos efemérides, en consecuencia, e igual número de motivos de justa celebración para quienes se dedican al cultivo y enseñanza de la filosofía jurídica u otras disciplinas próximas o afines.

Este número se titula "Jóvenes autores chilenos" por la sencilla razón de que la casi totalidad de los estudios que contiene, así como la traducción y las recensiones que también forman parte de él, provienen de docentes e investigadores jóvenes de distintas universidades del país. En esa misma línea, y desde el mismo momento de su fundación, nuestra sociedad ha procurado incorporar jóvenes a su nómina de asociados y a las distintas actividades que realiza. Así, por ejemplo, han sido fundamentalmente jóvenes quienes han participado como ponentes en las tres jornadas chileno-argentinas de filosofía del derecho y filosofía social efectuadas hasta ahora, y son jóvenes también los que predominan entre los interesados a hacerlo en la cuarta de dichas jornadas, que tendrá lugar en Valparaíso, en la ya mencionada Escuela de Derecho, a fines de 2011, ocasión en la que se proyecta llevar a cabo la presentación y entrega de este número de nuestro Anuario.

Algunos números anteriores del Anuario pueden ser consultados en el sitio [www.filosofiajuridica.cl](http://www.filosofiajuridica.cl) Los volúmenes que no se encuentren en ese sitio pueden ser solicitados a la Casilla 211-V, Valparaíso.

*Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social*

**ESTUDIOS**

**EL ROL DE LOS MECANISMOS DE DEMOCRACIA  
DIRECTA Y PARTICIPATIVA EN LA DEMOCRACIA  
REPRESENTATIVA: EL DEBATE ENTRE  
KELSEN Y SCHMITT**

FRANCISCO SOTO BARRIENTOS \*

**Resumen**

En este trabajo se contrasta reflexiones de Hans Kelsen y de Carl Schmitt en tres temas: partidos políticos, representación y la relación entre controles constitucionales y democracia directa. De ellas se pueden desprender dos miradas contrapuestas sobre la inserción de mecanismos de democracia directa y participativa en la democracia representativa, que tienen directa relación con la forma de Estado y la forma de Gobiernos que estos autores adscriben.

**Palabras claves**

Kelsen, Schmitt, democracia, representación, referéndum, iniciativa legislativa popular.

**1. La Constitución de Weimar**

Aunque la carta fundamental alemana de Weimar de 1919 no es de las primeras regulaciones que contemplan mecanismos de demo-

---

\* Abogado, Magíster y Doctor en Derecho, Académico del Programa de Doctorado y del Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho de U. de Chile.

cracia directa y participativa, en torno a ella se desencadenó el más intenso y prolongado debate sobre la presencia de estas fórmulas al interior de los sistemas parlamentarios en Europa. Esta discusión la encabezan Carl SCHMITT y Hans KELSEN<sup>1</sup>. Profundizar en este debate nos permitirá comprender además, el origen de otras controversias que dividen al derecho y la ciencia política, donde estos autores tienen un rol protagónico.

MOUFFE ha argumentado, justamente, en lo decisivo que han sido los análisis de SCHMITT y KELSEN en el debate entre liberalismo y democracia. Así las reflexiones hechas por SCHMITT anteceden varias de las críticas comunitarias hechas al liberalismo (como el efecto nocivo de los partidos políticos en el sistema parlamentario y su valoración del pluralismo político, en contraposición de los beneficios de una comunidad orgánica). Mientras que para esta autora KELSEN se presenta como uno de los primigenios defensores del liberalismo, estableciendo las bases de posteriores nuevas apologías<sup>2</sup>.

Lo importante que quisiéramos despejar es que autores contemporáneos a ellos como MIRKINE-GUETZEVITCH y ESMEIN, críticos de la incorporación de mecanismos de democracia directa en los sistemas constitucionales europeos, no tuvieron tanta repercusión en el debate constitucional y en los análisis posteriores<sup>3</sup>. Mientras que, si algo tienen en común SCHMITT, KELSEN y los análisis actuales abordados en esta tesis, es compartir una visión optimista frente a las posibilidades de desarrollo de los mecanismos de democracia directa y

1. LUCAS VERDÚ, Pablo: *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar: La teoría de la constitucional de Rudolf Smend*, Editorial Tecnos, Madrid, 1987, págs. 26 sig.

2. MOUFFE, Chantal: *El retorno de lo político*, Paidós, Estado y Sociedad, Barcelona, 1999, págs. 167 y sig.

3. MIRKINE-GUETZEVITCH, Boris: "Le référendum et le parlementarisme dans les nouvelles Constitutions européennes", en *Annuaire de l'Institut International du Droit Public*, París, N° 2, 1931, pág. 285 y ESMEIN, Adheimar: *Éléments de Droit constitutionnel français et comparé*, vol. I (*La liberté moderne. Principes et institutions*), Recueil Sirey, París, 1927, págs. 436 y sig.

participativa en los sistemas democráticos representativos<sup>4</sup>. Esto nos permite partir de un piso teórico que supone —al menos en la doctrina constitucional europea— que existiría una suerte de consenso en la conveniencia de incorporar mecanismos de democracia directa en los sistemas democráticos representativos. De hecho, podríamos establecer una cierta tendencia de los grandes juristas alemanes posteriores a estos autores por hacer explícito su compromiso con las fórmulas participativas. Esto sucede desde que KELSEN publica su famoso libro *Esencia y valor de la democracia* en 1920. Posteriormente surgen obras de autores como SCHNEIDER, BÖCKENFÖRDE y HÄBERLE, que aunque con énfasis distintos valoran la compatibilidad entre la democracia representativa y los mecanismos de democracia directa<sup>5</sup>.

Esta suerte de consenso por integrar mecanismos como el referéndum o la iniciativa legislativa popular en el sistema representativo tiene sí una diferencia importante en la propuesta de ambos autores: SCHMITT se declara partidario de modelos institucionales que se aproximen lo más posible a una "democracia de identidad", mientras que KELSEN llama a valorar el sistema representativo y no dotarlo de sobre-expectativas. Estas diferencias se harán evidentes en reflexiones particularmente referidas a la regulación de los partidos políticos, al concepto de representación, la relación entre controles constitucionales y democracia directa, entre otras materias. Al menos en estos tres tópicos encontramos posiciones antagónicas que pueden ser también vinculadas desde un origen con las tesis sustentadas por KELSEN y

4. LUCIANI, Massimo: *La formazione delle leggi*, tomo I, 2 Art. 75, *Il referendum abrogativo*, págs. 66 y sig. y PÉREZ ALBERDI, María Reyes: "Democracia y participación", en *RCDP*, Núm. 37, Barcelona, 2008, pág. 359.

5. KELSEN, Hans: *Esencia y valor de la democracia*, Traducción de segunda edición por LUENGO TAPIA, Rafael y LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, Editorial Nacional, México D.F., 1974, pág. 27; BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang: *Estudio sobre el Estado de Derecho y la Democracia*; HÄBERLE, Peter: *El Estado Constitucional*, Estudio introductorio VALDÉS, Diego, Traducción e Índice FIX-FIERRO, Héctor, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2001; SCHNEIDER, Hans Peter: *Democracia y constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, págs. 262 y sig.

SCHMITT. Las diferencias entre ambos autores, concluiremos en este trabajo, no tienen que ver tanto con la presencia de mecanismos de democracia directa, como con la dimensión que le otorgan a estos instrumentos y la forma de Estado y la forma de gobierno a la que adscribe cada uno. El autor vienés es partidario de establecer el referéndum y la iniciativa legislativa popular subordinados al proceso formativo de la ley, en el contexto de un sistema representativo del tipo parlamentario mientras que el jurista alemán propone entregar estas fórmulas al Jefe de Estado o Presidente de la República para dirimir conflictos con otros poderes constitucionales, se manifiesta proclive al presidencialismo y a la democracia de identidad.

Es importante dejar en claro que, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito constitucional, desde la ciencia política podemos encontrar reflexiones que todavía no dan por superado el debate sobre la conveniencia de reconocer al interior de los sistemas democráticos representativos fórmulas de democracia directa. Esto sin tomar en cuenta que gran parte de las cartas fundamentales del mundo occidental contempla desde hace varias décadas dichos instrumentos<sup>6</sup>.

Analizaremos entonces las posiciones de ambos autores frente a los mecanismos de democracia directa y participativa establecidos en la Constitución de Weimar. Dicha carta contempló cuatro tipos de fórmulas: el referéndum constitucional, el referéndum facultativo, la iniciativa legislativa popular y la revocación de mandato.

En el contexto, de la primera Constitución que reconoce la soberanía popular en Alemania (artículo 1), la carta de Weimar contempla el referéndum constitucional para ratificar reformas a la carta fundamental que no lleguen a contar con los dos tercios del Parlamento (artículo 76). Mientras, el artículo 73 de esta Constitución sistematiza varios casos de referéndum facultativo, el que puede ser solicitado por

6. SANDEL, Michael: "Liberalism and Republicanism: Friends or Foes?: A Reply to Richard Dagger", *Review of Politics*, N°61, 1999, págs. 209 a 214; KATEB, George: *The Inner Ocean: Individualism and Democratic Culture*, Ithaca: Cornell University Press, 1992, págs. 39 y 40 y TAYLOR, Charles: "Algunas condiciones para una democracia viable", en *Democracia y Participación*, RUIZ, Carlos y ALVAYAY, Rodrigo (editores), Editorial Melquíades, Santiago, 1988, págs. 19 a 43.

el Presidente del *Reich* (en un plazo de un mes de votadas las leyes por el Parlamento antes de su promulgación), o bien, por la vigésima parte de los electores (cuando una ley cuya publicación se haya suspendido a instancia de una tercera parte del Parlamento). Otra modalidad de referéndum facultativo se establece en el artículo 74 de la mencionada carta y está referido al derecho de veto del Gobierno contra las leyes votadas por el Reichstag. El Presidente del *Reich* puede, en un plazo de tres meses, convocar a referéndum respecto al objeto de este desacuerdo.

El artículo 73, sección 3 de la carta alemana de 1919, establece un procedimiento de iniciativa legislativa popular que se configura bajo el supuesto que una décima parte de los electores pida la presentación de un proyecto de ley. La iniciativa popular debía tener como base un proyecto de ley completamente redactado y con la limitante que sólo el Presidente del *Reich* podía convocar a referéndum sobre el presupuesto, leyes de impuestos y escalas reguladoras de sueldos. Una ley debía regular tanto el procedimiento para el referéndum y como para la iniciativa legislativa popular.

Finalmente, el artículo 43 de la Constitución de Weimar establece la revocación del mandato del cargo de Presidente del *Reich*. Esto se realiza mediante votación popular, previa propuesta del Reichstag. Dicho acuerdo requiere mayoría de dos tercios y, una vez adoptado, cesará el Presidente en el ejercicio de su función. Si la propuesta de destitución es rechazada por el voto popular, se entenderá que ello equivale a una reelección del Presidente, y el Reichstag quedará disuelto como consecuencia.

En términos generales, SCHMITT orientó su argumentación a partir de una crítica al parlamentarismo como referente principal en Europa del sistema representativo. El autor alemán diferencia la democracia del sistema parlamentario; ambos mecanismos tendrían principios contradictorios y sólo serían asociables en situaciones coyunturales recientes. La democracia se vincula al principio de identidad entre gobernantes y gobernados, mientras el parlamentarismo busca a través del debate y la confrontación de opiniones establecer soluciones racionales para un buen gobierno. Para este autor, el origen del parlamentarismo está inevitablemente ligado al sistema monárquico de gobierno;



justamente de la posterior vinculación con la democracia proviene la crisis de representación que se comienza a percibir en 1920. Por una parte se encontrarían los intentos, a través del sistema democrático, por transformar el debate público en un espacio racional, apartando los temas controvertidos de tipo moral, económico y religioso a la esfera privada. Mientras, en la práctica el Estado irrumpe en la vida privada mediante el aumento de políticas sociales y la consagración en las constituciones de derechos fundamentales, politizando las relaciones sociales. Todo esto llevara una confrontación que imposibilitaría una solución racional de los conflictos.

Los partidos políticos, principales responsables de esta situación según SCHMITT, terminan apropiándose, en definitiva, de la discusión pública, convirtiendo al sistema representativo en un mero instrumento de sus intereses que impiden una participación ciudadana efectiva. Su crítica apunta, en consecuencia, más que al sistema democrático, a una particular manera en que éste se ha implementado. Mediante lo que el autor llama "oscura unión", se asimila esta forma de Estado con la búsqueda insaciable de igualitarismo, deslegitimando en definitiva a la propia democracia. Este vínculo surge de los propios partidos políticos y de su dinámica tendiente a monopolizar el espacio público<sup>7</sup>.

A partir de la mediación de estas instituciones se estaría configurando una creciente distancia entre los ciudadanos y sus gobernantes. De esta manera, el autor concluye que es importante dar un tratamiento preferente a los mecanismos de democracia directa y participativa, pues éstos garantizarían una suerte de control ciudadano a las posibles desviaciones de los partidos políticos y la clase dirigente<sup>8</sup>.

Con todo, SCHMITT participa de la idea *roussonian* de diferenciar la democracia representativa de la directa. En el *Estado legislativo parlamentario*, dice, la ley surge de la voluntad momentánea de la mayoría parlamentaria; mientras en la democracia directa la voluntad

7. SCHMITT, Carl: *Teoría de la Constitución*, Alianza Universidad Textos, Madrid, 2009, págs. 203 y sig.

8. SCHMITT, Carl: *Sobre el parlamentarismo*, Tecnos, Estudio preliminar ARAGÓN REYES, Manuel, traducción Nelson, Thies y Grueso, Rosa, Madrid, 2002, págs. 17 y sig.

circunstancial se expresa por la mayoría popular. Cuando se concilian estas dos fórmulas en un sistema constitucional, la voluntad del pueblo, expresada por votación directa, tiende a ubicarse por encima de toda manifestación mediata de la voluntad popular, por lo tanto, adquiere mayor jerarquía que la resolución del Parlamento en forma de ley. Así una norma aprobada por referéndum o plebiscito no puede ser derogada ni modificada por los representantes. Citando a Rousseau, concluye que en un Estado democrático las consultas directas, son soberanas, o bien "muy próximas a ser soberanas"<sup>9</sup>.

Según este autor alemán, en la Constitución de Weimar no se establecieron estatus diferenciados para la normativa generada a través de un proceso de debate parlamentario o mediante referéndum. Dicha carta fundamental entremezcló ambos modelos, yuxtaponiendo dos sistemas diferentes: el de la "legalidad parlamentaria" y el de la "legalidad plebiscitaria". Los mecanismos de democracia directa que pudieron contribuir al fortalecimiento del sistema democrático quedaron en una regulación atascada "en una oscuridad y una insuficiencia llena de contradicciones"<sup>10</sup>.

Esta confusión se hace patente según SCHMITT al revisar el tratamiento de las fórmulas participativas en la Constitución de Weimar. El conjunto de mecanismos de democracia directa es tratado en el capítulo referido al proceso formativo de las leyes que aprueba el Parlamento, sin establecer ninguna distinción entre estos institutos y la ley. Concluye que si el ordenamiento jurídico concibe a la ley como la resolución momentánea de la mayoría parlamentaria y en ciertos casos también otorga este rango a la mayoría popular, "iguala dos clases de momentaneidad que no son necesariamente congruentes". Esto porque frente a un Parlamento que se elige por un período determinado, las consultas directas a la ciudadanía logran establecer un grado más preciso de la voluntad ciudadana<sup>11</sup>.

9. SCHMITT, Carl: "Los tres legisladores extraordinarios de la Constitución de Weimar", en *Carl Schmitt, teólogo de la política*, ORESTES AGUILAR, Héctor, prólogo y selección de textos, FCE, México, 2001, págs. 288 a 306.

10. *Ibidem*, pág. 307.

11. *Ibidem*, pág. 309.

En definitiva este inadecuado tratamiento entre el modelo parlamentario y los mecanismos de democracia directa hizo competir dos modelos de legitimidad totalmente diversos, del cual el segundo —según SCHMITT— contaba con mayores posibilidades de salir victorioso<sup>12</sup>.

Detrás de la crítica del autor alemán se esconde, a nuestro juicio, un cuestionamiento a la forma de Estado y de gobierno existente en la Alemania de la época. SCHMITT prefiere el referéndum como mecanismo para establecer un contacto directo entre el Jefe de Estado y el pueblo, como una herramienta poderosa de manos de este último frente a otros órganos constitucionales. En ningún caso evitaría, como se puede desprender en su crítica a Weimar, la confrontación de la legitimidad plebiscitaria con la parlamentaria.

En la vereda opuesta aparece la figura de Hans KELSEN, quien sitúa las críticas al sistema democrático, dentro de las cuales se encuentran las fórmulas participativas contenidas en la carta de Weimar, como producto de una desmesurada idea sobre las posibilidades que la democracia puede ofrecer. Dicha fórmula no puede satisfacer todas las aspiraciones de libertad de los individuos, ya que se encuentra restringida a la sola dimensión política. Es a través de la democracia que el ciudadano se hace libre políticamente, mediante la voluntad colectiva manifestada por la idea de la soberanía popular, y expresada mediante el sistema representativo. El logro de crecientes grados de autodeterminación compatible con el orden social democrático dependerá del consentimiento de la mayoría simple de los individuos sujetos a él. Así la discusión entre mayorías y minorías se transforma en el eje de toda democracia. En este sentido democracia y liberalismo político coinciden<sup>13</sup>.

Para este autor, los partidos políticos son un factor clave para que esta libertad política se manifieste, ya que sin su existencia la posibilidad de conformar una voluntad colectiva sería nula. Los partidos

12. *Ibidem*, pág. 328.

13. KELSEN, Hans: *Teoría general del derecho y del Estado*, textos universitarios, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1988, págs. 341 y sig.

políticos permiten unir las opiniones de aquellos ciudadanos que pretenden incidir en la esfera pública, conformando posiciones diversas que deberán ser evaluadas mediante los mecanismos de participación ciudadana previstos por cada sistema institucional<sup>14</sup>.

Esto no quiere decir que un sistema institucional monopolice la acción política a través de los partidos políticos. KELSEN es un entusiasta partidario de hacer compatibles los mecanismos representativos con los de participación directa o semi-directa, como el referéndum y la iniciativa legislativa popular<sup>15</sup>.

De hecho se le atribuye a él la idea de entregar la iniciativa a un número determinado de ciudadanos, que mediante un anteproyecto da inicio al proceso de formación de una ley en el Parlamento. Dicho mecanismo, conocido como iniciativa legislativa popular, surge como una alternativa menos agresiva que el referéndum abrogatorio. Ya no se entregaría la facultad a la ciudadanía para derogar una ley en un proceso de consulta ciudadana, sino simplemente se le entrega la posibilidad de presentar un proyecto de ley para que sea el Parlamento quien en definitiva lo discuta y lo someta al proceso regular de aprobación de una ley<sup>16</sup>.

No obstante, es importante dejar claro que para KELSEN la participación directa de la ciudadanía debe estructurarse fundamentalmente como mecanismo de protección o defensa de los derechos y libertades. Como bien aclara PÉREZ ALBERDI, el jurista vienés forma parte de quienes ponen énfasis en el carácter instrumental de la democracia para la garantía de los derechos y libertades. La ve como un mecanismo de protección o defensa de los intereses privados en la creación de un interés general. Sustenta entonces un concepto procedimental de democracia, al igual que otros autores liberales como Dworkin y Böckenförde<sup>17</sup>.

14. KELSEN, Hans: *Esencia y valor de la democracia*, pág. 27.

15. KELSEN, Hans: *Teoría general del derecho y del Estado*, pág. 355.

16. LUCIANI, Massimo: *La formazione delle leggi, tomo I, 2 Art. 75, Il referendum abrogativo*, págs. 83 y 84; y LARIOS PATERNA, María Jesús: "La participación en la elaboración de la ley", Congreso de Diputados, Madrid, 2003, pág. 39.

17. PÉREZ ALBERDI, María Reyes: "Democracia y participación", *Revista Catalana De Dret Públic*, N° 37, Barcelona, 2008, págs. 343 a 370.

Hasta aquí hemos presentado en términos generales las posiciones de KELSEN y SCHMITT; ahora analizaremos específicamente sus planteamientos en tres temas controvertidos, su incidencia en el modelo de mecanismos de democracia directa a los que ellos adscriben y la evolución del debate doctrinal en cada uno de ellos.

## 2. Participación y partidos políticos

Los partidos políticos son un fenómeno que por más de ciento cincuenta años ha venido articulando la relación entre la sociedad civil y el Estado. Es sin duda un factor determinante en el grado de compromiso y participación que establece la ciudadanía en la actividad pública. No obstante, los partidos desde sus primeras referencias han despertado posiciones tan radicales y diferenciadas como las expuestas por SCHMITT y KELSEN. Gran parte de estas posiciones se origina en diferencias conceptuales. A pesar de su asentada inserción en la práctica pública, los partidos políticos cuentan con un desarrollo conceptual tardío<sup>18</sup>.

Se pueden evidenciar ciertos supuestos vinculados a la existencia de los partidos políticos. En primer lugar, dichas organizaciones requieren formar parte de una comunidad política pluralista conformada por una serie de partes que, sumadas, dan cuenta de un conjunto coherente e identificable. Un partido político debe ser capaz de gobernar en nombre del interés general, de manera no parcial. Además, son conductos de expresión de la ciudadanía y suponen niveles más elabo-

18. Giovanni SARTORI demuestra este desfase a partir de la confusión entre partido político y "facción". Las primeras referencias en la doctrina no distinguen entre ambos términos, y dicha ambigüedad se mantiene hasta adentrado el siglo XX. De hecho, pareciera que el propio SCHMITT hace referencia más a la idea de facción en su crítica al parlamentarismo, que al concepto de partido político en los términos propuestos por SARTORI. La diferenciación es fundamental, ya que mientras la "facción" alude a algo negativo —a la búsqueda de intereses particulares—, el partido político da cuenta no sólo de la defensa de ciertos principios sino de un estado institucional que supone el pluralismo político, elecciones periódicas y sufragio universal. SARTORI, Giovanni: Partidos políticos y sistema de partidos, volumen I, Alianza Universidad, Madrid, 1980, págs. 19 y sig.

rados que otras manifestaciones de carácter espontáneo. Por lo pronto, no sólo se limitan a dar cuenta mecánica de la voluntad de la ciudadanía, como una encuesta o un estudio de opinión, sino que estructuran acciones coordinadas en un programa donde confluyen posiciones ideológicas, doctrinarias y técnicas, entre otras variantes<sup>19</sup>.

El reconocimiento constitucional que hoy gozan estas colectividades en las cartas fundamentales europeas evidencia que los partidos políticos se han transformado en el principal mecanismo de canalización de la participación ciudadana en los sistemas democráticos. La existencia de un sistema de partidos, donde conviven diversas opciones dentro de una institucionalidad que garantice su competencia, permite una fluida comunicación y control de la ciudadanía respecto al Estado<sup>20</sup>.

El protagonismo de esta fórmula participativa se explica, como fundamentaba KELSEN, en una desigual distribución de intereses sobre los temas de interés público por parte de la ciudadanía. El tejido de relaciones que van configurando los partidos ha sido objeto de estudio a partir de la teoría de las organizaciones. Supone la participación no sólo de militantes y dirigentes que se van estructurando en una relación horizontal y vertical, sino un vínculo entre éstos y los electores, que se conecta por un sutil tránsito de estímulos e incentivos. De lo fluido que pueda ser esta relación depende la subsistencia de los partidos, pero también del compromiso que muchas veces los ciudadanos puedan evidenciar en los temas públicos. Es por esto que para el autor austriaco los partidos políticos se han transformado en un "vehículo esencial para la formación de la opinión pública"<sup>21</sup>.

Es en este contexto donde surgen nuevas críticas al rol que el partido político desempeña como motor e incentivo de la participación ciudadana. Así en el último tiempo los partidos vienen evidenciando una marcada desideologización, a lo que se suma una pérdida del "peso político" de sus militantes y afiliados. Para los líderes políticos es más

19. *Ibidem*, págs. 53 a 60.

20. *Ibidem*, pág. 82.

21. KELSEN, Hans: *Teoría general del derecho y del Estado*, pág. 355.

atractivo trabar vínculos directos con el electorado y los grupos de interés en desmedro de posiciones ideológicas o de principios partidarios. De este modo es cada vez más distante la relación entre los partidos políticos y la ciudadanía; como consecuencia de esto se hace recurrente la disminución de la participación en las elecciones y en la definición de temas de interés público. El actual cuestionamiento se mantiene en el ámbito de la intensidad en que los partidos intervienen en la vida pública<sup>22</sup>. SCHMITT consideraba nociva la excesiva intervención de los partidos; hoy se enfatiza su pérdida de protagonismo y desfilamiento en beneficio de sus caudillos<sup>23</sup>.

No obstante, autores como PANEBIACO creen que estamos ante cambios en el funcionamiento de estas colectividades más que ante una crisis terminal que ponga en riesgo su existencia. Se consolida un nuevo modelo con énfasis en lo electoral y profesional por sobre el tradicional modelo de "partido de masas". Cambios en el sistema de estratificación social y en el ámbito de las comunicaciones han repercutido en la implantación de nuevas estructuras organizacionales que llevan a los candidatos a realizar campañas centradas en temas específicos y de contenido técnico. De esta manera se abandonan las tradicionales propuestas ideológicas, se debilitan las sub-culturas políticas que tanto tiempo dieron estabilidad y coherencia a los escenarios electorales para dar paso a nuevos referentes que se encuentran actualmente en procesos de formación y consolidación. Así resulta prematuro establecer conclusiones; más bien hay que seguir de cerca esta nueva dinámica entre partidos políticos y ciudadanía<sup>24</sup>.

La participación ciudadana en políticas públicas estaba fuertemente determinada por la comprensión y compromiso que las ideologías lograban generar en el elector y, sobre todo, en el militante de los parti-

22. KIRCHHEIMAR, Otto: *Teorías y sociologías críticas de los partidos políticos*, Anagrama, Barcelona, 1980 y DUVERGER, Maurice: "La democracia sin el pueblo", Ariel, Barcelona, 1967.

23. SCHMITT, Carl: *Teoría de la Constitución*, pág. 306.

24. PANEBIACO, Ángelo: *Modelo de partidos*, Alianza Universitaria, Madrid, 1990, págs. 491 y sig.

dos. Esto también repercutía en el estímulo que permitía consolidar crecientes grados de pertenencia colectiva e individual, al establecer mecanismos de selección de candidatos a cargos públicos. No obstante, estas funciones históricamente no siempre han estado relacionadas a los partidos políticos. Por lo pronto, la función integrativa también ha sido desempeñada en otros tiempos por las iglesias o las familias, entre otras instituciones. Perfectamente podemos estar ante la presencia de nuevos actores en el espacio público, con la consecuente restricción o acotamiento del papel que le ha tocado desempeñar a los partidos políticos<sup>25</sup>.

Aunque escape del objeto de nuestro trabajo, resulta importante señalar que la incidencia de los partidos políticos en la actividad pública ha ampliado las materias que sobre ellos las cartas fundamentales regulan, como la exigencia de democracia interna, regulación de su financiamiento, establecimiento de primarias obligatorias para determinar sus candidatos a cargos públicos y relación con el derecho de asociación, entre otras materias<sup>26</sup>. Como evidencia LUCIANI a partir de la experiencia italiana, la vinculación entre mecanismos participativos y sistema de partidos políticos resulta clave para entender el propio paradigma representativo y su aplicación práctica expresada en la particular forma de gobierno y de Estado de cada país<sup>27</sup>.

### 3. Participación y representación

Otro punto de desencuentro entre SCHMITT y KELSEN se genera en torno al concepto de representación y su vínculo con los mecanismos de democracia directa. Según el primero de estos autores, en Europa continental desde el siglo XIX se viene ensanchando la influen-

25. *Ibidem*, págs. 497 a 500.

26. BAUTISTA PLAZA, David: *La función constitucional de los partidos políticos*, Comares, Granada, 2006 y REBOLLO DELGADO, Lucrecia: *Partidos Políticos y Democracia*, Dykinson, Madrid, 2007.

27. LUCIANI, Massimo: "Il Referendum. Questioni teoriche e dell'esperienza italiana", págs. 174 a 178.

cia política de la representación popular electiva. Los parlamentos han ido extendiendo su poder de influencia más allá del terreno de la legislación, estableciendo la creencia que el parlamentarismo representa el dominio del Parlamento, es decir, de la representación popular sobre el Gobierno<sup>28</sup>.

Esta vinculación entre pueblo y Parlamento tiene su base en una serie de supuestos que se resumen en la idea de "representación política". El Parlamento expresaría a la nación como tal, mediante la discusión y el acuerdo público parlamentario. El producto de este proceso son las leyes que tienen como característica principal la de ser generales, razonables justas y reguladoras de todas las dimensiones de la "vida estatal"<sup>29</sup>.

Pues bien, el autor alemán sostiene que en el contexto de los sistemas europeos de los años veinte estos supuestos ideales del parlamentarismo han desaparecido. El Parlamento ha dejado de ser un lugar de controversia racional, ya que la posición de los diputados se encuentra fijada por los partidos. La discusión oral sirve sólo como expresión del cálculo recíproco de las agrupaciones de fuerzas e intereses. Desaparece en consecuencia la publicidad y el carácter representativo del Parlamento, ya que las decisiones son adoptadas fuera de éste. Frente a este escenario, SCHMITT considera válida la opción de enfrentar la "legalidad parlamentaria" con la "legalidad plebiscitaria". Él entiende que en el sistema democrático el pueblo se sitúa antes y por encima de la Constitución. La mayoría las cartas fundamentales europeas desdibuja a las instituciones que hacen posible la expresión popular, que no sea la elección de autoridades, siendo la votación individual y secreta, más que una fórmula democrática, una expresión del individualismo liberal<sup>30</sup>.

SCHMITT plantea que la mejor manera de contrarrestar la desvinculación directa del pueblo con las decisiones públicas es a través de canales institucionales que permitan un vínculo directo entre el pueblo y el Jefe de Estado. Esto, desde la perspectiva comparada, se hace de

28. SCHMITT, Carl: *Teoría de la Constitución*, págs. 294 y sig.

29. *Ibidem*, pág. 305.

30. *Ibidem*, págs. 306 a 309.

tres maneras complementarias: por elección directa del Presidente de la República, por disolución del Parlamento (dispuesta por el Jefe de Estado) y por el establecimiento de un plebiscito que, por parte del Presidente, pueda impugnar acuerdos del Parlamento<sup>31</sup>.

KELSEN argumenta en el sentido contrario. Considera que los mecanismos de democracia directa pueden aportar para que los representantes tomen mejores decisiones y efectivamente interpreten la opinión de quienes los eligieron. Un gobierno es representativo "(...) cuando y en la medida que sus funcionarios reflejan, mientras se encuentran en el poder, la voluntad del cuerpo de electores, y son responsables ante dicho cuerpo"<sup>32</sup>. Él identifica diferencias en las actividades propias del gobierno, del ámbito legislativo o del judicial. Para este autor no es suficiente que el representante sea nombrado o elegido por los ciudadanos, sino que se encuentre jurídicamente obligado a representarlos y que el cumplimiento de esta obligación se encuentre garantizado por el sistema institucional<sup>33</sup>.

En este sentido, destaca KELSEN la facultad que puedan tener los representados para revocar el mandato de sus representantes, como lo establecen varios estados en EE.UU., entre ellos California, y la Constitución de Weimar en su artículo 43. No obstante, la generalidad de los sistemas parlamentarios europeos analizados por este autor (situación ideal que se mantiene hasta nuestros días) dispone que sólo pueden ser removidos de sus cargos las autoridades electas por decisión de los tribunales y argumentando la violación de la Constitución y las leyes. En particular, según este autor se ha ido configurando el criterio, explícitamente incorporado en varias cartas, de una cierta independencia de los diputados frente a sus electores, lo que se ha constitucionalizado como la prohibición del mandato imperativo<sup>34</sup>.

31. *Ibidem*, págs. 260 y 261.

32. KELSEN, Hans: *Teoría general del derecho y del Estado*, pág. 355.

33. KELSEN, Hans: *¿Una nueva ciencia de la política?, Réplica a Eric Voegelin*, editado por ECKHART ARNOLD, Katz, Discusiones, Barcelona, 1992, págs. 57 y sig.

34. *Ibidem*, págs. 344 a 345.

Esta disparidad de maneras de abordar la representación entre los distintos sistemas institucionales ha llevado a sistematizar sus usos. El concepto de representación ha tenido una expresión recurrente en el debate político, no obstante, su utilización no se expresa en el desarrollo conceptual de esta institución. Las prácticas detectadas no van aparejadas de una idea clara sobre qué se entiende por representación. Así, según PITKIN, se pueden identificar cuatro maneras de aproximarse a la idea de representación: formalista, descriptiva, simbólica y por analogía. A partir de un análisis detallado se puede constatar que estos usos llevan a equívocos, ya que los derechos y obligaciones cambian para representante y representado según la concepción de representación que se utilice. Suele hablarse de representación, pero no se explica qué se entiende por tal<sup>35</sup>.

La acción del representante puede mantener un importante grado de autonomía mientras no entre en conflicto con la voluntad expresa, manifestada y permanente de su comunidad. Desde este punto de vista, sólo podrían establecerse límites externos a una idea sustantiva de representación. Estos límites dependerían de las características propias de cada sistema institucional, sobre la naturaleza de los intereses, la capacidad de representantes y electores, entre otros factores. No obstante, la efectividad de la representación supone un creciente nivel de control ciudadano sobre la acción de sus representantes. Para que se pueda contar con deliberación de cierto nivel y con procesos electorales que se ajusten a la ley, resulta fundamental una relación dinámica entre autoridad y elector. Aunque se satisfagan todos los estándares formales, si no se contemplan instancias que permitan, aunque sea potencialmente, activar la función propositiva de la ciudadanía, no se llega a constituir un sistema efectivamente representativo<sup>36</sup>.

En este sentido una democracia activa supone importantes grados de sensibilización de la opinión pública sobre las decisiones que le afectan. Esto se encuentra fuertemente determinado por los medios de

35. PITKIN, Hanna Fenichel: *El concepto de representación*, Estudios Políticos, CEC, Madrid, 1985, pág. 233.

36. *Ibidem*, pág. 236.

comunicación, los intereses económicos, los partidos políticos y demás grupos de poder que generalmente buscan que la ciudadanía se quede con simples imágenes positivas o negativas de una propuesta, pero no con el contenido temático de fondo de la misma.

La presencia de organizaciones, a que puede o no pertenecer el elector, enriquece y da crecientes niveles de profundidad a la opinión pública, ofreciendo respuestas "racionales" a los conflictos. Esto último posibilita, en definitiva, que tanto representantes como representados puedan actuar como sujetos activos y con ello se conformen los supuestos de una verdadera representación. En este sentido, la posibilidad de contar con instituciones que permitan resolver conflictos suscitados por representantes y la voluntad manifestada por la ciudadanía se transformaría en una herramienta clave para cualquier democracia representativa<sup>37</sup>.

En la práctica se han ido estableciendo ciertas condiciones que permiten considerar cuándo un Gobierno es representativo: elecciones regulares, genuinas y libres, que la toma de decisiones no sea entregada a un único gobernante y existencia de un cuerpo representativo colegiado con algo más que capacidad consultiva. No obstante, desde esta perspectiva de análisis no sería suficiente la acción dedicada de los gobernantes por actuar a favor del pueblo. El supuesto de que la ciudadanía "actúa a través" de sus representantes parte de la idea de considerar una voluntad mayoritaria, claramente manifestada en el tiempo. Dicha voluntad no requeriría ser expresa ni formulada para ser anticipada por la institucionalidad, pero si llega a manifestarse la voluntad popular, sus deseos deberían ser cumplidos o al menos debieran existir buenas razones para que ocurra lo contrario<sup>38</sup>.

Otro debate que se puede desprender del concepto de "representación" que nos plantea KELSEN es la representación vinculada a las diversas funciones que las cartas fundamentales asignan a los órganos. A partir del creciente protagonismo del Estado, se ha dejado de lado el papel de representación que le cabe al Ejecutivo, centrándose los análisis

37. *Ibidem*, pág. 249.

38. *Ibidem*, pág. 267.

sis únicamente en la representación parlamentaria. Las miradas tienden a concentrarse en la dinámica de *la sociedad sobre el Estado* (sistema de partidos políticos y necesaria estabilidad parlamentaria) y no en la idea del Estado sobre la sociedad (expresado en la implementación de políticas públicas). Esto es particularmente grave, ya que es el Ejecutivo quien tiene actualmente mayor presencia en la configuración del espacio social inmediato de los ciudadanos.

Así la representación quedaría reducida a un simple mecanismo de legitimación respecto a *quién* gobierna, pero no en cuanto a *qué* y *cómo* se hace, elementos entregados a claves autónomas de racionalidad y tecnocracia definidas por el Ejecutivo. Por otra parte, a diferencia del tradicional modelo de representación, es importante ampliar la mirada a otras formas de representación. Como propone PORRAS NADALES, la ciudadanía tendría un rol activo en el diseño, elaboración y control de los programas públicos, asumiendo un estatus de cliente, consumidor o usuario con pautas definidas de inclusión al sistema social<sup>39</sup>.

Aunque esta dinámica participativa tiende a contar con un único actor estatal (determinada agencia o servicio público), existe una tendencia a la generación de órganos de participación consultiva orientados a institucionalizar la participación de los grupos de interés. La influencia de grupos fuertemente organizados que impiden la implementación de decisiones públicas respaldadas por la mayoría ciudadana tiende a ser bloqueada por grupos que no están dispuestos a participar de un diálogo democrático. En consecuencia, la existencia de procesos de decisión previos a la ejecución de políticas públicas, como audiencias u órganos de participación consultiva, legitima la acción gubernamental y la sitúa como un aporte a la acción de los grupos de interés, diferenciando los que están dispuestos a incorporarse a un diálogo democrático de aquellos que no lo están<sup>40</sup>.

Es importante aclarar que sobre la implementación de órganos de participación consultiva y otras instancias destinadas a incorporar

39. PORRAS NADALES, Antonio: *Representación y democracia avanzada*, Cuadernos y Debates, CEC, Madrid, 1994, págs. 16 a 23.

40. *Ibidem*, págs. 87 y sig.

en las políticas públicas a grupos de interés, la teoría constitucional distingue entre *participación política* (expresada a través de mecanismos de representación, participativos y de participación directa) y la *representación de intereses*<sup>41</sup>. En relación a este último tipo de representación, existen varios mecanismos participativos que comprometen la presencia de grupos organizados en instancias extra-parlamentarias como el sistema de *lobbies* norteamericano; los sistemas institucionales que reconocen en su normativa la posibilidad de negociación directa entre la administración y los grandes grupos organizados (llegando a regular constitucionalmente la presencia de sindicatos y organizaciones empresariales); y la creación de órganos de participación consultiva, como los Consejos Económicos y Sociales presentes desde la Constitución de Weimar en adelante en buena parte de las cartas europeas (Francia, Italia, Portugal y España, entre otras)<sup>42</sup>.

41. Sobre esta distinción el Tribunal Constitucional español se pronunció en la sentencia 119/1995, del 7 de julio, reafirmando la tesis expresada anteriormente (STC 212/1993 y 80/1994), y referida al carácter restrictivo del derecho fundamental de participación establecido en el artículo 23.1 de la CE. La sentencia 119/1995 avanza un paso más y diferencia la participación como derecho fundamental consagrado en la Constitución, de otras formas de participación, en particular de la representación de intereses. Se trataría en este último caso: "(...) de una participación en la actuación administrativa —prevista ya, por cierto, en la legislación anterior a la Constitución—, que no es tanto una manifestación del ejercicio de la soberanía popular cuanto uno de los cauces de los que en un Estado social deben disponer los ciudadanos —bien individualmente, bien a través de asociaciones u otro tipo de entidades especialmente aptas para la defensa de los denominados intereses «difusos»— para que su voz pueda ser oída en la adopción de las decisiones que les afectan. (...) El hecho mismo de que muchas de estas formas de participación se articulen, como se ha dicho, a través de entidades de base asociativa o corporativa pone de relieve su diferente naturaleza respecto de la participación política garantizada por el artículo 23 CE; ésta, según tiene declarado este Tribunal, es reconocida primordialmente a los ciudadanos".

42. GARCÍA RUÍZ, José Luis: "La representación de intereses en las democracias avanzadas: experiencias de la Unión Europea y de sus Estados miembros", en *Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, Directores: MORODO, Raúl y DE LA VEGA, Pedro, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional de México y Servicios de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2001, págs. 291 a 395; ESTE-

Pero volviendo a la relación entre fórmulas participativas y de representación, para LUCIANI su complementariedad en las cartas europeas resulta ser, más que un elemento dinamizador de sistemas democráticos, una fórmula desarrollada al interior de los propios sistemas representativos con propósitos tan relevantes como: protección de las minorías, contralímite al "principio proporcionalista", remedio a la "partidocracia", fórmula para hacer efectiva la responsabilidad política de parlamentos y gobiernos, entre otros. Para este autor, la doctrina ha tendido a confundir el sentido de las consultas ciudadanas con figuras que se alejan de la democracia representativa. En la tesis más extrema, se llega a negar la convivencia entre parlamentarismo y fórmulas como el referéndum<sup>43</sup>.

Se configuraría así un "prejuicio antiparlamentario" en contra el referéndum, vinculándolo con la pérdida de facultades del Legislativo en beneficio de una relación directa de la ciudadanía con el Gobierno. LUCIANI argumenta justamente en contrario. Las fórmulas participativas son producto del propio sistema parlamentario, y no tienen sentido en una democracia directa. Son instancias institucionalizadas de legitimación de medidas adoptadas por los representantes, de corrección de la tendencia "aristocratizante" de los partidos políticos, incorporando nuevos contenidos a la agenda parlamentaria y, en definitiva, articulando un mayor pluralismo de las decisiones emanadas desde la autoridad. Todos estos efectos son en suma favorecedores de la actividad parlamentaria<sup>44</sup>.

Así LUCIANI, de manera más directa que KELSEN, no sólo contradice la tesis de la existencia de dos tipos de legitimidad en los sistemas parlamentarios (que contemplan mecanismos de democracia directa o participativa), sino que asume que al interior del propio concepto de "representación" se encuentran momentos donde los repre-

BAN, Jorge: "La representación de intereses y su institucionalización: los diferentes modelos existentes", *REP*, Núm. 155, septiembre a octubre, 1976, págs. 43 a 74.

43. LUCIANI, Massimo: "Il Referéndum. Questioni teoriche e dell'esperienza italiana", págs. 166 a 174.

44. *Ibidem*, pág. 175.

sentados pueden incidir directamente en las decisiones que adoptan sus representantes sin alterar la esencia de dicha institución, como expresión de ello son la iniciativa legislativa popular y las audiencias en la elaboración de la ley.

#### 4. Control de constitucionalidad y mecanismos de democracia directa

Los constitucionalistas que analizaremos han pretendido influir en las respectivas regulaciones a través de diversos criterios sobre el sentido de la democracia y el rol que le cabe a la ciudadanía. A partir de este debate se ha llegado a plantear que la propia idea de Constitución no puede ser entendida sin una presencia activa y directa de la ciudadanía en el funcionamiento cotidiano de las instituciones reguladas por ella<sup>45</sup>.

No obstante, esta idea de Constitución democrática (en que la soberanía radica en el pueblo, se reconocen derechos fundamentales y existe equilibrio entre los órganos constitucionales) es una consecuencia de un largo proceso que, al menos en el nivel de Europa continental, supuso una pugna entre la idea de soberanía popular y el establecimiento de instancias de control de constitucionalidad. A diferencia de la lógica contractualista medieval, que suponía la conquista de la ciudadanía de estatutos de garantía frente al Monarca, la Constitución moderna se funda en una idea de concentración absoluta de los poderes en el soberano. Se da inicio con esto a un nuevo modelo de Constitución, estructurado a partir de un acto de voluntad caracterizado por ser perpetuo, absoluto e indivisible. Esta idea de carta fundamental acompañará el debate doctrinario continental por más de dos siglos. Las constituciones sólo deben orientarse, desde esta perspectiva, a regular poderes subordinados y delegados por el pueblo, el cual cuenta con la facultad de asumir directamente la definición de asuntos considerados relevantes en cualquier momento<sup>46</sup>.

45. ARAGÓN REYES, Manuel: *Constitución y democracia*, Tecnos, Madrid, 1989, pág. 26.

46. FIORAVANTI, Maurizio: *Constitución, de la antigüedad a nuestros días*, Editorial Trotta, Madrid, 2001, págs. 73 y sig.



Es en el contexto del siglo XVIII cuando surge el constitucionalismo, justamente como fórmula de recuperación de límites al ejercicio absoluto de la soberanía popular. Autores como Madison, Jefferson, Paine y Sieyès reflexionaron sobre el rol que le cabe a la ciudadanía el resguardo de la constitucionalidad, particularmente en el contexto del debate que antecedió a la Constitución de EE.UU.<sup>47</sup>. Es justamente en este debate cuando Madison —junto a otros— propone entregar competencia a los jueces para declarar nulos los actos del legislador contrarios a la Constitución y no entregar dicha facultad a otra instancia que comprometa de manera más directa la participación de la ciudadanía. Este criterio, por lo demás, se ha mantenido hasta la actualidad, convirtiéndose en una característica del sistema institucional norteamericano.

ACKERMAN justifica de una manera particular el modelo antes expuesto. El papel del control jurisdiccional surge, según este autor, en la dificultad de poder contar con un pronunciamiento ciudadano de manera habitual. Dichas definiciones populares sólo aparecen en momentos de "excitación en política constitucional". Por tanto, no bastaría con el establecimiento de mecanismos de democracia directa, sino de un particular momento de convicción constitucional de la ciudadanía. La regla general es que esto no suceda. La ciudadanía se encuentra habitualmente más preocupada de intereses particulares que de definir criterios constitucionales. Es por esto que dicho autor considera oportuno que de manera cotidiana se cuente con un órgano facultado para resguardar el orden constitucional. En situaciones regulares son justamente los tribunales de justicia, la institución llamada a defender la voluntad declarada por el pueblo en la carta fundamental cuando la autoridad legislativa aparezca excediendo sus atribuciones. Por tanto, hay dos lógicas distintas entre la garantía política que se resguarda a través de los mecanismos participativos y la garantía jurídica resguardada por los tribunales<sup>48</sup>.

47. TARR, Alan: "Federalismo y protección de los derechos en los Estados Unidos". En *Derechos y libertades en los Estados Compuestos*. APARICIO, Miguel Angel (ed.), CASTELLÁ, Josep María y EXPÓSITO, Enriqueta (coords.), Atelier, Barcelona, 2005, págs. 39 a 62.

48. ACKERMAN, Bruce: *We the people*, Cambridge, Mass, Belknap Press of Harvard University Press, 1991.

Por su parte, en Europa con el establecimiento de la Constitución de Weimar en 1919, no sólo se introdujo una de las apuestas más ambiciosas en el reconocimiento de fórmulas participativas, como hemos analizado hasta el momento, sino que también se origina un debate sobre la regulación de controles de constitucionalidad en Europa continental<sup>49</sup>. Esto a partir de la no prohibición expresa de la Constitución de Weimar al control judicial, que dio lugar a una de las más importantes polémicas del período y fue el germen del modelo de control de constitucionalidad continental<sup>50</sup>. No obstante, existen dos precedentes: en la revolución francesa SIEYÈS plantea crear un Tribunal Constitucional en 1792 para enfrentar los abusos de la Asamblea y el otro es el modelo institucional suizo, donde se busca compatibilizar el control jurídico (incompleto) y el político (en el contexto del federalismo).

Nos encontramos ante un tema que confrontó explícitamente a los autores que nos ocupan. SCHMITT publicó en 1931 *La defensa de la Constitución*, estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución, generando observaciones y críticas inmediatas de KELSEN a través de *¿Quién debe ser defensor de la Constitución?*<sup>51</sup>.

KELSEN es un entusiasta defensor de la convivencia del sistema representativo, complementado por fórmulas participativas y por la existencia de un Tribunal Constitucional. Así lo plantea en su proyecto de Constitución austriaca aprobada en 1920, integrando desde sus ini-

49. FIORAVANTI, Maurizio: *Constitución, de la antigüedad a nuestros días*, pág. 150.

50. Aunque dicha discusión surge, antes a partir del debate generado al interior de la comisión constituyente en la "enmienda Ablass" que contenía una propuesta de articulado sobre control de constitucionalidad. CRUZ VILLALÓN, Pedro: *La formación del sistema de control de constitucionalidad (1918-1939)*, CEC, Madrid, 1987, págs. 71 a 125.

51. SCHMITT, Carl: *La defensa de la Constitución, estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución*, prólogo de VEGA, Pedro, Tecnos, Madrid, 1998 y KELSEN, Hans: *¿Quién debe ser defensor de la Constitución?*, Estudio preliminar Guillermo Gasió, Traducción y notas Roberto J. Brie y Supervisión técnica de Eugenio Bulygin, Segunda Edición, Tecnos, Madrid, 1999.

cios el Tribunal Constitucional. Tan convencido se encuentra de la conveniencia de esta triple combinación de instituciones que llega a argumentar que mientras más se democratiza un sistema institucional más fortalecido debe ser el control jurisdiccional<sup>52</sup>.

Por su parte, el jurista alemán se manifiesta contrario a toda suerte de control jurisdiccional de la constitución desde el primer capítulo de su trabajo. Entre otros argumentos considera que esto significaría subordinar la vida política al control de los tribunales. Propone entregar la defensa de la carta fundamental al Presidente del *Reich*, electo de manera directa y que contaría por tanto con la "legitimidad plebiscitaria"<sup>53</sup>.

KELSEN contraargumenta que el carácter político de la justicia es innegable, ya que si la política se mira como "decisión" (hablando en terminología de Schmitt), entonces ésta se encuentra en cada sentencia y se incrementará cuanto más amplio sea el poder discrecional de la legislación. La idea de que sólo la legislación es política, dice, es tan falso como pensar que la jurisdicción es sólo reproductora de derecho. En conclusión, cuando el legislador autoriza a un juez a actuar con cierta discrecionalidad, le otorga facultad de crear derecho y le entrega de verdad un poder "político". La diferencia entre el carácter político del legislador y de la jurisdicción es, según este autor, sólo cualitativa<sup>54</sup>.

Frente a la alternativa de dotar al Presidente del *Reich* de facultades de control constitucional, el jurista vienés considera que ninguna instancia es menos idónea para establecer límites jurídicos al ejercicio del poder que aquella que la propia Constitución le da: nadie puede ser juez y parte dice KELSEN<sup>55</sup>. Además, pretender que el Jefe de Es-

52. KELSEN, Hans: *La Garantía Jurisdiccional de la Constitución (la Justicia Constitucional)*, pág. 98.

53. SCHMITT, Carl: *La defensa de la Constitución, estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución*, págs. 45 y sig.

54. *Ibidem*, págs. 18 y 19.

55. KELSEN, Hans: *¿Quién debe ser defensor de la Constitución?*, pág. 5.

tado pueda en los hechos representar la unidad del pueblo más que cualquier otro órgano constitucional es sólo una ficción incapaz de concretarse. Los actos de esta autoridad no surgen individualmente y se encuentran mediatizados por la colaboración de sus ministros y su responsabilidad ante el Parlamento. La voluntad de esta autoridad tampoco puede ser objetiva, ni unitaria, ya que a lo más representa el interés de uno u otro grupo parcial. Por lo demás, este grado de identidad con la voluntad popular no se lograría, según KELSEN, ni siquiera a través de dotar al Jefe de Estado de facultades para convocar plebiscitos. Estos últimos se inscriben dentro de las mismas deficiencias de lo que el sistema representativo llama "voluntad general del pueblo", mediatizada por la acción de los partidos políticos y no puede representar intereses antagónicos<sup>56</sup>.

La evolución del derecho de participación y el control de constitucionalidad va tomando caminos distintos en Alemania. Este proceso, que diferencia el control político que puede ejercer de manera directa el pueblo del control jurídico, queda de manifiesto en la ley fundamental de Bonn. Esta última deja de lado el reconocimiento constitucional de los mecanismos de democracia directa, mientras que en materia de control jurídico de la constitucionalidad introduce derechamente la institución del Tribunal Constitucional<sup>57</sup>.

En definitiva, pensamos que detrás de este debate sobre el control político y el control jurídico de la Constitución se encuentra, en definitiva, la posibilidad de compatibilizar la democracia con el constitucionalismo. No obstante, los ordenamientos constitucionales tienden a concentrar en el Parlamento el control político, con diferentes énfasis para la participación de la ciudadanía, diferenciándolo derechamente de control jurídico de los Tribunales. Así la función otorgada a los mecanismos de democracia directa y participativa puede ser vinculada primordialmente con fórmulas cuyo objetivo es limitar el poder

56. *Ibidem*, págs. 60 y sig.

57. GOMEZ ORFANEL, Germán: "La defensa de la Democracia en la República de Weimar", *Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, págs. 327 a 346.

de representantes. Con todo, las tensiones entre el modelo de democracia mayoritaria, que busca dejar a los órganos políticos las decisiones o bien, la democracia constitucional, en que son los jueces o el Tribunal Constitucional quienes ejercen el control de la constitucionalidad.

Con estas definiciones constitucionales, pareciera que la relación entre participación y control de constitucionalidad queda al menos en el plano teórico claramente establecida. No obstante, en otro nivel de análisis, encontramos nuevos enfoques de esta relación planteados recientemente por HÄBERLE y HABERMAS. Estas perspectivas pueden ser vistas como un intento de explicación al fenómeno que FIORAVANTI ve como “experimental” en las actuales cartas europeas, que buscan conciliar la soberanía popular con mecanismos de control constitucional, o bien cómo este autor señala para simplificar, vincular Constitución y democracia.

El primero ve la Constitución como un conjunto de procesos institucionales y sociales que se encuentran generalmente indeterminados. Por tanto, la práctica constitucional consistiría en una interpretación de dos tipos: amplia y estricta. La segunda es la que conscientemente hacen los jueces para aplicar una norma, mientras que la de tipo amplio supone que participe el ciudadano común, los grupos sociales y también los otros órganos estatales. Así HÄBERLE habla de una “sociedad abierta a la Constitución”. En definitiva, ambas formas de interpretación son interdependientes y no actúan de manera autónoma; por tanto, del sentido y alcance que establezca tanto la justicia constitucional como los restantes agentes externos se configura el orden constitucional<sup>58</sup>.

HÄBERLE participa de un modelo institucional donde las minorías cuenten con canales de expresión y puedan en ocasiones dar reconocimiento institucional a sus posiciones. La democracia consiste, desde este punto de vista, en establecer mecanismos que permitan la configuración de las diversas alternativas presentes en la sociedad. Es

58. HÄBERLE, Peter: *El Estado Constitucional*, págs. 149 y sig. y *El Tribunal Constitucional como tribunal ciudadano, el Recurso Constitucional de Amparo*, traducción y estudio preliminar BRAGE, Joaquín, FUNDAP, Colección Derecho, Administración y Política, México D.F., 2005, págs. 15 y sig.

por esto que habla de “la teoría constitucional de alternativas”. La labor de la justicia constitucional frente a casos complejos es establecer la fuerza integradora de la Constitución, interiorizando en el sistema los distintos disensos. Para esto, dicho tribunal deberá velar por el carácter equitativo de la participación, tomando en cuenta los intereses que no han sido representados o que no son representables<sup>59</sup>.

HABERMAS también argumenta a favor del vínculo entre justicia constitucional y participación ciudadana. Para este autor la relación entre ambas se construye en torno al concepto de opinión pública. Se entiende por tal una red de comunicaciones de contenidos y toma de posturas, a través del filtro de opiniones. Existirían para este autor dos tipos de opiniones en la esfera pública: la de actores autónomos (son los que en definitiva contribuyen con la elaboración de la opinión que se confronta en la esfera pública) y usufructuarios (que se valen de este espacio de opinión para instrumentalizar al público). Se conformaría la primera por la acción de la sociedad civil, entendiendo por tal el conjunto de asociaciones de carácter voluntario que identifican, abordan y tematizan conflictos, transformándolos en problemas públicos y permitiendo la renovación del debate. Además, la sociedad civil, como un conjunto de agentes autónomos, permite la ampliación y renovación de aquellas libertades y derechos que conforman la esfera pública, estableciendo esta defensa como su objetivo y la razón de subsistencia<sup>60</sup>.

Tanto HÄBERLE como HABERMAS consideran dicha defensa de los derechos fundamentales por parte de la sociedad civil como un mecanismo de control de la constitucionalidad. Los derechos fundamentales, junto con intentar garantizar el libre desarrollo a las personas, contarían con una función social. HÄBERLE piensa que en particular el derecho fundamental de libertad es la base de la función democrática, ya que es un mecanismo de defensa frente al Estado y permite

59. HÄBERLE, Peter: *Teoría de la constitución como ciencia de la cultura*, Traducción e Introducción de MIKUNDA, Emilio, Tecnos, Madrid, 2000, págs. 44 y sig.

60. HABERMAS, Jürgen: *Factibilidad y validez, sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Editorial Trotta, Madrid, 2008, págs. 350 y sig.

el ejercicio de los derechos políticos, convirtiéndose en un requisito indispensable para someter a control a los gobernantes. En palabras de HABERMAS, es la forma con que los sujetos autónomos contienen la acción de los usufructuarios de la esfera pública. Ambos autores consideran que la justicia constitucional tiene mucho que decir en el resguardo de este proceso. De esta manera se establece una natural relación entre control constitucional y participación ciudadana, entre democracia y Constitución<sup>61</sup>.

Esta acción de resguardo de la constitucionalidad que realiza la sociedad civil a través del desarrollo de los derechos fundamentales supone un mínimo reconocimiento institucional. Muchas veces las organizaciones se ven subordinadas a los entes estatales y no cuentan con mecanismos que garanticen la protección de su labor dentro del sistema normativo. HÄBERLE propone dos niveles de intervención en este sentido: ver la Constitución como proceso, vale decir, como apertura de los procedimientos estatales al aporte de agentes externos a través de instancias participativas, y entender al juez constitucional como garante en la apertura de dichos procesos; para ello se debe dotar a la justicia constitucional de mecanismos que permitan incorporar la opinión pública en sus decisiones<sup>62</sup>.

##### 5. Dos visiones sobre los mecanismos de democracia directa y participativa

Con todo, a pesar de lo argumentado por SCHMITT, las referencias y autores analizados tienden a subordinar estas fórmulas participativas al sistema representativo; las consideran como mecanismos correctivos del sistema de gobierno, pero en ningún caso como alternativa que puede reemplazar la acción habitual de los órganos constitucionales<sup>63</sup>.

61. ESTÉVEZ ARAUJO, José Antonio: *La constitución como proceso y la desobediencia civil*, Editorial Trotta, Madrid, 1994, págs. 107 y 137.

62. *Ibidem*, págs. 142 y 143.

63. ARAGÓN REYES, Manuel: *Constitución y democracia* y BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang: *Estudio sobre el Estado de Derecho y la Democracia*.

Esto sin duda es avalado por la práctica constitucional. Desde una perspectiva comparada, en la medida en que los regímenes democráticos se han ido desarrollando se hace más difícil reducirlos a un modelo que busque la mayor identidad entre gobernante y gobernados. La complejidad de los problemas hace cada vez más inoperante la aplicación del principio del autogobierno del pueblo a través de la decisión directa de la ciudadanía en los asuntos públicos. Una clara consecuencia que se puede desprender del debate de estos autores es, a nuestro juicio, la imposibilidad de situar a los mecanismos de democracia directa como un factor determinante de una forma de Estado y de gobierno específicas.

Tanto para KELSEN como SCHMITT la idea de pueblo es difusa y siempre requiere de mecanismos que le den concreción. En este sentido, estas fórmulas aparecen como instrumentos de difícil utilización. Suponen un órgano que tenga facultad de conducir la iniciativa de las consultas (Parlamento o Gobierno). Además, implican presentar una propuesta en condiciones de ser rechazada o aprobada por la ciudadanía. Ello contrasta con el proceso legislativo realizado a través del debate parlamentario, donde pueden converger diversos grupos y sectores, junto a la necesidad de consensuar posiciones en períodos más prolongados de tiempo. Hoy la democracia, como elemento integrante de una forma de Estado, no puede ser entendida en el sentido de democracia directa; requiere siempre contar con unidad de decisión que permita dar expresión a la voluntad popular. Esto fue reconocido por los autores que se analizan en este trabajo al punto que, detrás de sus críticas al sistema alemán vigente en esa época, podemos desprender dos miradas sobre mecanismos de democracia directa y la democracia representativa.

Por una parte SCHMITT ve en los mecanismos de democracia directa y en particular en la "legitimidad plebiscitaria" una fórmula para corregir las desviaciones que los partidos políticos y el Parlamento han generado a través de sistema parlamentario. Las fórmulas participativas son entendidas como un instrumento que otorga una legitimidad al gobernante para que resuelva conflictos con el Parlamento. En consecuencia, se aproxima a una forma de gobierno presidencialista, que entrega mecanismos institucionales para que el Presidente de la

República interpele directamente al pueblo en desmedro de los otros órganos representativos. Por lo demás, su opción por dicha forma de gobierno se hace explícita al referirse al Presidente de la República como defensor de la Constitución.

Por su parte, KELSEN tiene una mirada asentada en el sistema parlamentario y es desde esa perspectiva que analiza y valora instituciones como el referéndum y la iniciativa legislativa popular. La expresión de estas dos miradas en el desarrollo del derecho constitucional parece orientarse a favor del autor vienés debido a la prolongación del modelo parlamentario en Europa. No obstante, el uso plebiscitario en mano del Presidente de la República es una herramienta que ha tenido cierta práctica en los sistemas presidencialistas latinoamericanos. Así, en lo que respecta a los mecanismos de democracia directa y representativa las dos miradas presentes en las percepciones de KELSEN y SCHMITT continúan vigentes, generando nuevas polémicas y debates hasta nuestros días<sup>64</sup>.

64. CRISTI, Renato: "Carl Schmitt y la destrucción del Constitucionalismo chileno", en CRISTI, Renato y RUIZ-TAGLE, Pablo: *La República en Chile, Teoría del Constitucionalismo Republicano*, LOM, Ciencias Humanas, Santiago, 2006, págs. 145 a 160.

## LA INTERPRETACIÓN DEMOCRÁTICA EN EL LIBERALISMO IGUALITARIO DE JOHN RAWLS \*

ALEJANDRO ROBLEDO RODRÍGUEZ \*\*

SUMARIO: 1. Resumen. 2. Introducción. 3. Interpretación Democrática. 3.1. Principios de justicia y orden lexicográfico. 4. Una propuesta de construcción. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

\* La primera parte de esta tesis fue presentada mediante ponencia presentada la II Jornada Chileno Argentina de Filosofía Jurídica y Filosofía Social. Universidad Diego Portales, Santiago de Chile. 21 de octubre de 2006, de título: "Notas de Relación: El liberalismo igualitario y la interpretación democrática", cuyo texto íntegro se encuentra publicado en el *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, 2007 pp. 373 a 392. La actual corresponde a ponencia actualizada y sistematizada para su presentación en la "Jornada de Ciencias del Derecho y Del Derecho Privado: Interpretación Jurídica y Desarrollo en el Derecho", Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Central de Chile, Santiago, 28 de octubre de 2008. A esta versión, como adelantaba, he arribado después de reflexionar muchos aspectos cuyo entendimiento estaba falto de prolijidad y profundización, en virtud de los cuales responde el título que se le ha dado actualmente, de modo tal, que se perfila su lectura y comprensión de manera más adecuada. Agradezco profundamente, en este sentido, los comentarios críticos que el Prof. Dr. Jorge Fabra Rodríguez (COL), ha realizado tanto al fondo como a la forma en que mis ideas sobre las tesis rawlsianas han sido expuestas, y las agudas y muy esclarecedoras conversaciones que al efecto he sostenido con el Dr. Manuel Manson Terrazas, ayudas sin las cuales, este texto no habría arrojado resultado alguno.

\*\* Escuela de Derecho, Universidad Católica del norte, Coquimbo, se ha desempeñado como Profesor Ayudante de las cátedras de Fundamentos Filosóficos del Derecho, Filosofía del Derecho y Ética General en la Escuela de Derecho de la