

La democracia continua, un contrasentido que hace sentido

Democracy continues, a contradiction that makes sense

Dominique ROUSSEAU*

RESUMEN: En la teoría de la democracia, para diferenciar la forma política de producción de la voluntad general sin control de constitucionalidad de la forma política con control de constitucionalidad, se propuso que la primera se llame «democracia electoral» porque su principio activo es la elección, y la segunda «democracia continua» porque el control del juez constitucional respecto de la producción de la ley es el principio activo entre dos momentos electorales. Así, dos principios activos diferentes y, por lo tanto, dos denominaciones diferentes. Evidentemente esta propuesta ha dado y da pie al debate sobre dos puntos principales: la posibilidad de hacer de la democracia un objeto de la constitución y la pertinencia de llamar «democracia» a una configuración política en la que un juez participa en la fabricación de la voluntad general.

PALABRAS CLAVE: teoría política; democracia electoral; democracia continua; juez constitucional; voluntad general.

* Profesor de Derecho Constitucional y especialista en el contencioso constitucional, es también Director del Instituto de Ciencia Jurídica y Filosófica, fundó y dirigió el Centro de Estudios e Investigaciones Constitucionales y Políticas Comparadas, todas ellas de la Universidad de París 1 Panteón Sorbona en la que también es profesor de derecho constitucional. Es presidente de la Asociación Francesa de Derecho Constitucional, Miembro de la Academia Internacional de Derecho Constitucional y del Instituto Universitario de Francia. Tiene múltiples publicaciones y actualmente se desempeña como presidente del Tribunal Constitucional de Andorra. Traducción: Dr. Guillermo Teutli Otero
Fecha de recepción: 05/06/2019. Fecha de aprobación: 27/09/2019.

ABSTRACT: In the theory of democracy, in order to differentiate the political form of production from the general will without constitutional control from the political form with constitutional control, it was proposed that the first be called “electoral democracy” because its active principle is election, and the second “democracy continues” because the control of the constitutional judge regarding the production of the law is the active principle between two electoral moments. Thus, two different active principles and, therefore, two different denominations. Obviously, this proposal has given rise to the debate on two main points: the possibility of making democracy an object of the constitution and the relevance of calling a political configuration “democracy” in which a judge participates in the manufacture of the general will.

KEYWORDS: political theory; electoral democracy; democracy continues; constitutional judge; general will.

N del T: A partir de 1958 Francia vive su Va República y un replanteamiento de su orden jurídico. A las dos jurisdicciones surgidas desde su Revolución de 1789, la ordinaria y la administrativa, se agregó una tercera que es la jurisdicción constitucional, responsable de ejercer los controles a priori y a posteriori de la constitucionalidad de las leyes siempre en defensa de los derechos fundamentales. Las leyes siguen siendo la expresión de la voluntad general y por lo tanto son elaboradas por los Representantes populares y, hasta la Va República, sólo una ley podía abrogar otra ley. Con el Consejo Constitucional, nueve consejeros que no son representantes populares pueden abrogar las leyes del Legislativo cuando consideran que no son apegadas a la constitución. Pueden también enriquecer la constitución añadiendo disposiciones por fuera del código formal y a las que otorgan valor constitucional como si fueran parte del texto. De esta manera, la función jurisdiccional de los titulares del Consejo Constitucional los ha convertido, sin ser representantes populares, en un juez que vigila la constitucionalidad de las leyes, que las puede abrogar, y en una fuente de derecho constitucional, en un constituyente, que aumenta las disposiciones constitucionales. Esta evolución jurisprudencial del constitucionalismo francés es lo que el autor de este artículo promueve sea reconocido bajo el concepto de «democracia continua».

I. INTRODUCCIÓN

Alguna cosa¹ ha llegado al Reino de Francia así como a la República francesa: el control de la constitucionalidad de las leyes! Y bajo una forma jurisdiccional, es decir, con la introducción al espacio constitucional de un nuevo actor: el juez constitucional. La producción de la voluntad general² dejaba de limitarse a una deliberación pública entre la institución parlamentaria y la institución gubernamental para abrirse e incluir la institución jurisdiccional. Una fórmula, cincelada como un principio constitucional, que significó un nuevo método de fabricación normativa: «la ley votada no expresa la voluntad general más que en el respeto de la Constitución»³.

Frente a esta novedad, como ante toda novedad, tres actitudes son posibles: La Crítica: acostumbrada a considerar la producción de la ley como resultado de una relación entre solamente dos poderes, el legislativo y el ejecutivo, una parte de la doctrina ve la introducción de un juez constitucional como una anomalía para los más sobrios o conservadores o como un horror político y un retroceso democrático para los más radicales. La Banalización: ya que el control de constitucionalidad en nada cambiaría el modo representativo de la producción de la ley pues el juez constitucio-

¹ N del T: El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española le da varios sentidos de los que retenemos: “En contraposición a persona o sujeto, objeto de las relaciones jurídica” y también “Asunto, tema o negocio.”

² N del T: La Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano (1789) establece que la “ley es la expresión de la voluntad general” y que en su elaboración participan directamente los ciudadanos o sus representantes. Es en este sentido que D. Rousseau emplea expresiones como “la producción (o la fabricación) de la voluntad general”, haciendo referencia tanto a la ley como a los actores en el proceso legislativo (el Congreso y el Ejecutivo).

³ CC 85-197 DC, 23 de agosto 1985. R. p. 70. (CC: Consejo Constitucional)

nal sólo sería un representante que serviría como un controlador constitucional entre las formas legislativa y reglamentaria de la norma. Y, la tercera: La imaginación: en la que la participación de un nuevo actor en la fabricación de la ley cambia la configuración constitucional tradicional y obliga a renovar el cuadro conceptual de su comprensión.

La propuesta, planteada en el coloquio de Montpellier en 1992, sobre la «democracia continua» se origina en la tercera actitud. No hay que lamentar la edad de oro de la producción de la ley como producto sólo del intercambio entre parlamentarios y ministros, ni manipular los conceptos para que por la fuerza adopten y disuelvan la novedad, es preferible aceptarla y reflexionar sobre ella. De esta manera, para diferenciar la forma política de producción de la voluntad general sin control de constitucionalidad de la forma política con control de constitucionalidad, propuse que la primera se llamara « democracia electoral » porque su principio activo es la elección, y la segunda « democracia continua » porque el control del juez constitucional respecto de la producción de la ley es el principio activo entre dos momentos electorales. Así, dos principios activos diferentes y, por lo tanto, dos denominaciones diferentes.

Evidente, y felizmente, esta propuesta ha dado y da pie al debate sobre dos puntos principales: la posibilidad de hacer de la democracia un objeto de la constitución (I) y la pertinencia de llamar «democracia» a una configuración política en la que un juez participa en la fabricación de la voluntad general (II). Sobre estos dos puntos, yo sigo convencido que la idea de «democracia continua» es una propuesta que tiene «sentido».

II. LA DEMOCRACIA, OBJETO LEGÍTIMO DE LA CONSTITUCIÓN

Afirmar que la democracia es un objeto de la constitución no es válido por sí mismo. Para participar en numerosos foros, colo-

quios, seminarios, debates o comisiones informadas encargadas de reflexionar sobre «la crisis de la democracia» o sobre «el futuro de la democracia», los organizadores espontáneamente deciden invitar a filósofos, historiadores, politólogos, sociólogos; pero no piensan, o lo hacen muy poco, en invitar juristas. En descargo de lo anterior, se debe reconocer que los escritos de los juristas sobre la democracia son escasos. En tanto que cada filósofo, historiador o politólogo se siente obligado a hacer su análisis sobre la situación democrática aquí y en otras partes, los juristas parecieran no tener nada que decir o escribir sobre este tema. Hans Kelsen, en 1932, publicó un libro intitulado «La democracia, su naturaleza, su valor», pero se le atribuye al Kelsen ideólogo, al Kelsen social-demócrata, no al Kelsen jurista y teórico del derecho.

A) LA DEMOCRACIA, UN OBJETO QUE PERTENECE AL PENSAMIENTO CONSTITUCIONAL

I. En un interesante artículo, Stéphane Pinon intentó explicar las razones del desinterés del pensamiento jurídico francés por la cuestión democrática. Una de las primeras explicaciones posibles es el largo dominio, durante del Siglo XX, de la ciencia política sobre el derecho constitucional. Testigo de este periodo, George Burdeau, en 1956, señala el fin del reino de la constitución, «edificio racional construido por seres de razón que no puede continuar en una época en la que los únicos valores dotadas de prestigio social son aquellos que magnifican la vida por sus fuerzas elementales y espontáneas». Una constitución no tiene nada más que decir sobre la vida política de un país que se desarrolla según las reglas de la relación de fuerzas, de estrategias de partidos políticos, de la psicología de los pueblos que hace impotentes, inútiles y atrasadas a las normas constitucionales. La democracia no es más un asunto de instituciones, de equilibrio y forma de poderes; es un asunto de inmediatez, de eficacia y de encarnación política. Ella es «gobernante», escribe Burdeau, es decir, es un sistema en el que la decisión vale por su origen –el político– y no por el del camino

institucional por el que se forma la voluntad general –el derecho. Actor de este periodo, Maurice Duverger, al inicio de los años 1950, revolucionó los estudios de derecho constitucional al invitar a sus colegas a salir de la edad metafísica en favor del positivismo, a abandonar la exégesis escrupulosa e inútil de la constitución y volver la vista hacia la ciencia política, la sociología, la historia social. Pone, en primer término, el estudio de las relaciones entre las fuerzas políticas, las formas del escrutinio, los partidos políticos; renueva la teoría de la separación de poderes eliminando la oposición entre poder ejecutivo y poder legislativo y promueve el poder de la mayoría –al que llama poder del Estado- y el poder de la oposición –al que llama poder Tribunicio. Demuestra que el bipartidismo o la bipolarización es más importante para asegurar la estabilidad gubernamental que la organización jurídica de la responsabilidad ministerial; nos enseña que la alternativa entre el escrutinio mayoritario y el escrutinio proporcional es más importante para diseñar la forma de un régimen político que cualquier disposición constitucional. Así, desacreditado, el discurso político desaparece progresivamente del horizonte intelectual.

A esta lucha entre las disciplinas, hay que añadir, precisa Stéphane Pinon, las representaciones legítimas de la actividad jurídica que dominan en el campo del derecho y constituyen serios obstáculos epistemológicos respecto a cualquier reflexión jurídica sobre la democracia. Bajo la larga influencia del positivismo, el pensamiento jurídico francés se interesó por la norma, por la forma jurídica, por el procedimiento para elaborar normas y rechazó cualquier discusión sobre el contenido, la substancia, los valores defendidos por esas normas. Una parte esencial del trabajo de los juristas consiste –¿consistía?- en separar, distinguir, desunir, aislar, eliminar el derecho de los valores, y estas operaciones quirúrgicas son presentadas como el protocolo necesario para la construcción de la autonomía del objeto «derecho» y a la posibilidad de probar la juridicidad de una norma con la medida de la neutralidad axiológica del derecho. Para los positivistas, el conocimiento jurídico se construye por y en una independencia respecto a todo juicio de

valor –en el sentido de «lo que está bien» y de «lo que está mal» –y por consiguiente, la cuestión democrática es una cuestión de valor, que proviene de la subjetividad indecible, de la moral, de la filosofía, de la política pero no del derecho que los debe hacer a un lado para ser, precisamente, «de derecho». La representación iusnaturalista también excluye del campo de la actividad jurídica legítima a la cuestión democrática, ya sea porque como todos los valores, es una noción confusa, vaga, una «diosa inmaterial, desencarnada» si tomamos la definición de Michel Villey⁴, ya sea porque ella no está a disposición del arbitrio del hombre sino que proviene de las ideas a las que sólo tienen acceso los filósofos o los teólogos.

Sin duda, iusnaturalistas o positivistas, como Norberto Bobbio, han intentado afirmar una concepción positivista o iusnaturalista de la democracia. Pero, eso los ha conducido a acrobacias argumentativas que evidentemente denuncian a los puristas de cada escuela y que, al prevalecer, no llegan a su objetivo. Cualquiera que sea la figura que acepten –el Cosmos, Dios, la Razón... – la Naturaleza no dice nada sobre la democracia. Ella es muda, decía Voltaire. O, lo que significa lo mismo, ella habla mucho: es fuente de convivialidad y de respeto de unos hacia los otros, para Jean-Jacques Rousseau, espacio de gozo absoluto y libre de todos los sentidos, para Sade. Y, sobre todo, «a la Naturaleza le gusta esconderse» según el aforisma de Heráclito brillantemente analizado por Pierre Hadot⁵. Y, de alguna manera de desviar las cosas, un positivista se sale de las reglas de su ciencia si se aventura a evaluar o a prescribir un modo tal de producción de la norma; cuando él describe la democracia como un modo particular de la formación normativa, se mantiene en sus reglas pero a condición de no atribuirle un valor particular y menos aun, bajo pena de caer en la

⁴ VILLEY, Michel, *Préface à la théorie générale des valeurs*, Christophe Grzegorzcyk, LGDJ, 1982, p. 8.

⁵ HADOT, Pierre, *Le voile d'Ísis*, Gallimard, 2004.

metafísica, de diferenciar la democracia de otras modalidades por la idea de « pueblo ».

Desde ahí dos actitudes son posibles. O, considerar que el pensamiento jurídico, para ser jurídico, debe ser y quedar indiferente a la cuestión democrática que es una cuestión de valor, de alternativas, de preferencias políticas indecibles. O bien, considerar que la democracia es una experiencia de pensamiento que revela, en el sentido fotográfico del término, los presupuestos ideológicos del pensamiento jurídico tanto positivista como iusnaturalista⁶ e invita producir un régimen de inteligibilidad que da sentido a esta experiencia. En otros términos, hacer del pensamiento jurídico de la democracia una experiencia más allá del cuadro epistemológico del positivismo y del iusnaturalismo.

2. La posibilidad de una reflexión así se debe al *hecho del razonamiento que asocia constitución y democracia*.⁷ Históricamente, en efecto, la constitución se inventa como un medio para establecer y asegurar la libertad política gracias a las propiedades que la definen. La escritura de las normas del ejercicio del poder permite, primero, ver si su violación merece una sanción. Esto es el proyecto explícito de los hombres de 1789 al afirmar en la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano «a fin de que los actos del poder legislativo y del poder ejecutivo, puedan ser a todo momento comparados con el fin de toda institución política, y sean más respetados». La organización de la separación de poderes, desde entonces, en la que el mecanismo interno –pesos y contrapesos– debe prácticamente impedir a una institución de confiscar todos los poderes, produce un equilibrio institucional favorable a la libertad política de los ciudadanos. En fin, el enunciado de los derechos abre para los ciudadanos el poder de reclamar las acti-

⁶ ROUSSEAU, Dominique, «Etre du Monde» o «sujets d'expérience», in *Le Droit de quelle nature?* Montchrestien, Lextenso, 2010, p. 175.

⁷ Ver por ejemplo, Jean-Marie Denquin, «Quelques réflexions sur l'idée de démocratie par le droit», in *Juspoliticum*.

tudes del poder público. Eso dice también la Declaración escrita en 1789 «a fin de que los reclamos de los ciudadanos, a partir de entonces fundados en principios simples pero incontrovertibles, permitan siempre mantener la constitución en favor de todos». Por estas tres propiedades –escrita, separación de poderes, derechos fundamentales– la constitución es, según la célebre definición de Benjamin Constant, «la garantía de un pueblo». Esta es la experiencia constitucional que hace sentido para la democracia.

Por estas mismas propiedades acontece que la constitución nombre al «pueblo». El hecho podría sorprender. «una constitución es el genio de un pueblo», «una constitución es el acto por el cual un pueblo expresa su soberanía», estas definiciones y otras parecidas ofrecen una representación cronológica de las relaciones entre pueblo y constitución. O, aun más, de la existencia de un pueblo como condición previa a la constitución, como causa de la constitución. Siéyés consagró páginas de su célebre «¿Que es el Tercer Estado» a estudiar «que se debe entender por constitución política de una sociedad y a observar sus relaciones con la nación misma». Y, con fuertes afirmaciones, –«si ella (la nación) tuvo que esperar para llegar a ser nación, de una manera de ser positiva ella nunca lo hubiera sido. La nación existe antes que todo, ella es el origen de todo»– desarrolla el encadenamiento lógico de las cosas que, «en una primera época», la nación está formada sólo por el derecho natural, en la «segunda época», la constitución nace de la voluntad de la nación para organizar «su manera de ser», y, en una «tercera época» los representantes ejercen, mediante el voto de las leyes y en el marco de la constitución, la «voluntad de la Nación». «Si se sale de esta secuencia de ideas simples, escribe Siéyés, sólo caeremos de absurdos en absurdos». Reconociendo en Siéyés al padre de la teoría del pueblo como sujeto del poder constituyente, Carl Schmitt, en su célebre *La teoría de la Constitución*, reactualiza y refuerza las ideas del Abad al considerar que si el pueblo es el sujeto del poder constituyente y si la constitución es el acto de un pueblo capaz de actuar políticamente, «es porque el pueblo existe y se presupone como una unidad política». La noción de «pueblo»

sin duda no es la misma para Siéyés; el segundo la reenvía a un origen y una homogeneidad étnica, el primero al derecho natural. Pero los dos expresan la misma idea de pueblo, cualquiera que sea su identidad, antes y después de la constitución. Se debe aceptar que esta representación erudita de las relaciones entre pueblo y constitución tiene el inmenso mérito de «hacer verdad» al hacerse espontáneamente eco del lenguaje común que considera al pueblo como al autor de la constitución. La eficacia de ambas posiciones, sabias y comunes, produce así una verdad evidente, de sentido común que como previno Siéyés es absurdo discutir. Y sin embargo, sin rechazar la afirmación y sostener que el «genio de la constitución es el pueblo» se puede adelantar algunos pasos legítimos en esta dirección.

«Pasos legítimos» también porque el camino de la historia reencuentra el del derecho. La fuerza propia del derecho es de instituir, es decir, de hacer existir, de dar vida a eso que nombra pueblo. Lo que transforma una miríada de pueblos en pueblo francés, retomando el propósito de Mirabeau, es la Declaración de 1789 que, al nombrar al pueblo francés, lo hace existir y crea, al mismo tiempo, la categoría, el «concepto jurídico» dirá el Consejo en su decisión del 9 de mayo de 1991⁸, por la que es percibido otorgando progresivamente a esta creación jurídica la extraña sensación de ser el reflejo de una cosa que ella misma ha creado «en realidad»! ¿Mágico poder del derecho? Sin duda. Pero un mágico poder eficaz. ¿Quién afirma, por ejemplo, que la soberanía pertenece al pueblo? El artículo 3 de la constitución de 1958! Dicho de otra manera, es la constitución la que dice y hace al pueblo soberano. Y este enunciado constitucional, con todo lo mágico que pueda ser, no es menos eficaz al producir comportamientos, normas, instituciones que le son afines. Es un *Segundo hecho del razonamiento constitucional que da sentido a la democracia ya que la constitución fabrica la categoría «pueblo»* que le sirve de referente.

⁸ N del T. el autor se refiere al Consejo Constitucional.

Un hecho de la experiencia constitucional es la presencia de la palabra «democracia» en los textos constitucionales. Limitándonos aquí a Francia, está presente desde el artículo primero de la constitución de 1958 que hace de Francia una «República democrática»; También está presente en la jurisprudencia del Consejo Constitucional del 11 de enero de 1990, al afirmar que «la exigencia del pluralismo en las corrientes de ideas y opiniones constituye el fundamento de la democracia»⁹.

La democracia, por lo tanto, no está fuera del campo de la reflexión constitucional; pertenece a él, tiene su lugar en él y más que eso, ocupándolo, y extendiéndolo, provoca una mutación de este campo.

B) LA DEMOCRACIA, UN OBJETO QUE ACTUALIZA EL PENSAMIENTO CONSTITUCIONAL

1. Desde hace algunos años, el derecho constitucional cuestiona su identidad bajo el efecto de las transformaciones de su objeto. De ser una noción clara y simple, la constitución se ha convertido en un objeto incierto, flotante y nadie sabe exactamente qué conjunto de leyes y de textos la conforman¹⁰. Durante mucho tiempo, la constitución fue definida como el texto que organiza al Estado y el derecho constitucional como el derecho de las instituciones políticas. La enseñanza y la investigación estaban lógicamente dominadas por cuestiones institucionales e históricas: reparto

⁹ Lydie Doré, *La notion de démocratie dans la jurisprudence constitutionnelle*, thèse Montpellier 1, 2003.11

¹⁰ Ver por ejemplo, LUCHAIRE, François, *De la méthode en droit constitutionnel*, RDP, 1981, p.275; ROUSSEAU, Dominique, *Une résurrection, la notion de constitution*, RDP, 1990, p. 5 y la respuesta de Pierre Avril, *La constitution, Lazare ou Janus?*, RDP, 1990, p. 949; FAVOREU, Louis, *Le droit constitutionnel, droit de la constitution et constitution du droit*, RFDC, 1990, p.71; RIALS, Stéphane, *Les incertitudes de la notion de constitution sous la Vème République*, RDP, 1984, p. 587.

de competencias entre el Ejecutivo y entre el Ejecutivo y el Legislativo, número de asambleas parlamentarias, organización de la responsabilidad gubernamental, derecho de disolución, sistemas electorales... De manera simple –a la constitución, el Estado; al código civil, la sociedad– esta definición del Decano Carbonnier daba al derecho constitucional un objeto –el Estado– y una identidad –ser el derecho del político.

Todo se «desarregla» en los años 1980 cuando Francia descubre el control constitucional de las leyes. Enano institucional hasta el principio de los años 1970, el Consejo Constitucional se impone progresivamente como un actor determinante en el proceso de fabricación de la ley ya que, por su decisión de 1971, la Declaración de 1879 y el Preámbulo de la de 1946 adquirieron un valor constitucional por el que se imponen al legislador ordinario. En este aspecto, dos acontecimientos mayores afectan el estado de derecho: el voto parlamentario deja de ser suficiente para expresar la voluntad general, ahora la ley no debe contrariar los derechos constitucionales y, la constitución no se limita más a sólo organizar al Estado, ahora ella enuncia los derechos de los que disponen los hombres en las diferentes esferas sociales –política, económica, social, cultural, ...– que deben ser respetados por los órganos del Estado bajo pena de ser sancionados jurisdiccionalmente. De un golpe, la constitución, que no tenía función jurisdiccional, se establece como un juez encargado de hacerla respetar como es el caso del código civil con la Corte de Casación y del derecho administrativo con su juez especial que es el Consejo de Estado. Se crea así una jurisdicción constitucional, un derecho del contencioso constitucional en el que la figura del juez se sobrepone a la figura del diputado, en la que los derechos fundamentales se imponen a la separación de poderes, en la que, retomando la expresión de Hauriou, la constitución « social » se impone sobre la constitución «política».

La CPC –QPC (Question Prioritaire de Constitutionnalité) o en español CPC (Cuestión Prioritaria de Constitucionalidad) es el control de constitucionalidad del que, con ciertas condiciones,

indirectamente cuentan los ciudadanos— creada por la reforma constitucional de julio del 2008, evidentemente ha acelerado y amplificado el deslizamiento del derecho constitucional institucional hacia el derecho constitucional jurisprudencial ya que, desde entonces, todo justiciable puede apoyarse en la constitución para combatir ante un juez, que con motivo de un litigio, la constitucionalidad de la ley que le está siendo aplicada. Y, como consecuencia necesaria de esta innovación constitucional, los objetivos de la constitución, según el tipo de los asuntos que le son presentados al Consejo, la detención provisional, el ingreso de manera oficiosa en un hospital psiquiátrico, la apertura de tiendas el domingo, la tauromaquia, (...); hacen que la constitución se ocupe de cuestiones de la vida social y cotidiana de la «gente».

Este deslizamiento de objetivos ha provocado en el seno de la disciplina y al parejo de otras disciplinas discusiones intensas, controversias y polémicas pues, cuando una disciplina se mueve, todas las demás se sienten concernidas y llamadas a redefinirse en relación a la evolución de una de ellas. Para unos, el derecho constitucional se ha convertido en el derecho-maestro, en el que daría forma y sentido a todas las otras ramas del derecho, público y privado; al familiar y al derecho penal, al derecho laboral y al derecho fiscal, al derecho mercantil y al derecho municipal, todos estos derechos se ligarían a la constitución por medio de los principios que ella enuncia –la libertad contractual, el derecho de propiedad, el derecho a la salud, la libre administración local, los derechos de defenderse, ...¹¹ Para otros, la jurisprudencia constitucional y en particular la CPC «matan al derecho constitucional». Y esto porque los derechos civil, mercantil, social, penal, familiar tendrían por objeto a la sociedad (con s minúscula) y se ocuparían de la «gente» en sus actividades cotidianas, en tanto el derecho

¹¹ Esta escuela de pensamiento está construida a partir de los trabajos de Louis Favoreu: ver por ejemplo, «L'influence de la jurisprudence constitutionnelle sur les différentes branches du droit», in *Mélanges Léo Hamon*, *Economica*, 1982.

constitucional tendría por objeto la Política (con una P mayúscula), el Estado (naturalmente con una E mayúscula) y se ocuparía de los Representantes populares (siempre con una R mayúscula); el derecho constitucional se distinguiría radicalmente de las otras ramas del derecho por la nobleza de su objetivo. Así, la introducción e hiper desarrollo del control de constitucionalidad conduciría al derecho constitucional a convertirse en un derecho «como los otros»: es decir, las grandes construcciones teóricas del Estado, la soberanía o los partidos políticos dejarían de ser su objeto y su lugar sería ocupado por asuntos cotidianos de la vida común que son sometidos a las decisiones del Consejo Constitucional y el análisis de la vida política, parlamentaria y legislativa al estudio de los jueces. En este escenario, la cuestión prioritaria de constitucionalidad, evidentemente, vendría a acabar con la nobleza del derecho constitucional al abrir a todo justiciable –a todo justiciable!– la posibilidad de utilizar la constitución en cualquier proceso ordinario –ordinario! Antes de que sea muy tarde, antes que la CPC haya terminado de matar al derecho constitucional, convendría con toda urgencia defender y rehabilitar el verdadero Derecho constitucional, convendría alegar en favor de un renovado Derecho constitucional como Derecho político.

El campo constitucional estaría, así, compartido por dos campamentos radicalmente opuestos: de un lado, el derecho constitucional político fundado en el estudio de los principios, de las instituciones y de los mecanismos de la representación política y configurando la *democracia por elección*; del otro, el derecho constitucional jurisprudencial fundado en el estudio de la génesis, del significado y de la garantía de los derechos fundamentales y configurando la *democracia por el derecho*. Cada campamento movilizaría redes, revistas y posiciones de poder académico para intentar imponer su visión legítima del derecho constitucional de hoy.

2. Al Igual que la disputa entre dos amigos «Por un si, por un no»¹² que se genera por la manera como uno le dice al otro «está bien, eso», al anunciarle el éxito de su libro, la controversia entre los dos campamentos se alimenta y toma sentido en esta exclamación de los partidarios del derecho político ante los nuevos objetivos del derecho constitucional: «no es derecho constitucional, eso». Es justo lo que se necesita, la manera de pronunciar «eso» para demostrar la bajeza con la que los constitucionalistas han llevado, perdido y traicionado su noble y distinguida disciplina. Esta voz ligeramente condescendiente articula una tesis deliciosamente aristocrática y habría que ser Burdieu para descifrar las lógicas sociales contenidas en la alocución, para identificar las transformaciones morfológicas de los constitucionalistas que expresa, la sociología y las trayectorias, sociales y universitarias de quién la dice, de las posiciones que ocupan en el campo y los recursos académicos y editoriales de los que disponen,... Pero, al no ser Burdieu y, por lo tanto, bajo el riesgo de hacer una crítica «de jurista», es posible analizar de manera intensa la pertinencia intelectual de esta oposición derecho político/derecho jurisprudencial.

Esta oposición se desarrolla, para empezar, en un contexto general muy crítico respecto del Derecho y en particular de la constitución y de sus jueces: uno y otro «incomodan». Critica que no sólo viene de los políticos sino también de los intelectuales. Según Marcel Gauchet, por ejemplo, la crisis contemporánea de la democracia encuentra una de sus explicaciones en la omnipresencia de los derechos¹³. La democracia se compone, para Marcel Gauchet, de tres elementos: el político, es decir, el marco en el que una colectividad de hombres traza y controla su destino; el derecho, es decir, el principio de legitimidad de ese marco; y, como tercero, la historia, es decir, la intención de llegar a ser esa colectividad. Y la situación de la democracia depende de la calidad y de la arti-

¹² Pièce de théâtre de Nathalie Sarraute.

¹³ GAUCHET, Marcel, *L'évènement de la démocratie*, t.1: la révolution moderne, Gallimard, 2007.

culación de esos tres elementos. Si se equilibran, la democracia va bien, si uno de ellos se impone la democracia va mal. Ese fue el caso, dice él, de la primera mitad del Siglo XX en la que el dominio del elemento político provoca una « crisis del liberalismo » con el fortalecimiento de los poderes del Estado y reduciendo, incluso reprimiendo bajo la figura unitaria de la Nación, la diversidad social y humana. Hoy es el caso del dominio del elemento derecho, que provoca una « crisis de la democracia » al fortalecer de los derechos subjetivos del hombre estrechando sin cesar el papel del Estado y significando por su universalidad el fin de la discusión. « Ya no son los delirios de poder los que debemos temer, resume Marcel Gauchet, son las sinrazones del no poder ». El contencioso constitucional viene a recordarle al político que él no puede hacer todo y los constitucionalistas que se maravillan de esta protección constitucional de los derechos fundamentales serían, evidentemente, los responsables de esa « crisis de la democracia » y, por su parte, los partidarios de la rehabilitación del Derecho Político inscriben sus reflexiones en la defensa de la democracia. El razonamiento es seductor; sin embargo no puede anular la convicción. En las sociedades post-metafísicas, en efecto, sin derecho no hay política y no hay historia; solamente el vacío y la anomia. El derecho y particularmente los derechos del hombre se basan en lo político ya que ponen a los hombres en relación los unos con los otros – libertad de expresión, libertad de tránsito, ... – y también en la historia pues se mantienen siempre vigentes – proclamado en 1789, el principio de igualdad sigue siempre como un pendiente a realizar. La constitución-garantista de los derechos no elimina al político ni lo debilita; le ofrece el espacio y la palabra que permiten a los hombres reunirse en asambleas para crear las leyes de la Ciudad.

El discurso sobre la renovación necesaria del derecho político descansa, a menudo, sobre el postulado que LA doctrina constitucionalista habría hecho del contencioso constitucional y de los derechos fundamentales el único objeto o el objeto esencial del derecho constitucional. Pero, a excepción de considerar que el de-

recho constitucional moderno se reduce a la presentación hecha por Louis Favoreu, este postulado no es aceptable. Sin duda es un concepto útil para la demostración pero es inaceptable. Louis Favoreu ha ciertamente contribuido a introducir el contencioso en la enseñanza y la investigación del derecho constitucional y a darle, mediante una política de tesis, de publicaciones, de coloquios y de concursos, un lugar importante en el seno de la disciplina constitucional. En el fondo, al insistir, no hizo más que sacar las consecuencias para la disciplina constitucional del desarrollo de esta actividad jurisdiccional inédita en Francia hasta los años 1970¹⁴. Pero sobretodo, talentoso e hiper activo, Louis-Favoreu no tenía para sí mismo EL derecho constitucional ni LA doctrina constitucionalista. El éxito editorial de los manuales del Decano Pactet o del profesor Gicquel son testigos; como igualmente son testigos las posiciones de los profesores Jean-Claude Colliard, Bernard Chantebout, Michel Troper o Dimitri Lavroff ; y, aun sobre el contencioso constitucional, otras presentaciones que como esa de Aix, fueron propuestas a Nancy o en Montpellier. Y debemos recordar la figura constitucional del Decano Vedel que tranquilamente afirmaba «la insostenible autonomía del político» o que «las leyes escritas conforman al derecho civil, al derecho penal, al derecho mercantil pero no son, ni por su existencia ni por su esencia, productos de deducciones jurídicas a partir de los axiomas constitucionales». Louis Favoreu no tenía el monopolio del derecho constitucional¹⁵.

¹⁴ Favoreu retomó una decisión del Consejo Constitucional que creó el “bloqueo de la constitucionalidad” por el que la constitución se ve enriquecida con disposiciones que no están en el código pero a las que el Consejo da valor constitucional, entre ellas, a las Resoluciones del mismo Consejo y que hacen jurisprudencial al derecho constitucional. Fue Favoreu el que consolidó doctrinariamente este concepto.

¹⁵ En realidad, Louis Favoreu nunca negó la parte institucional del derecho constitucional: ver por ejemplo «el derecho de la constitución, la constitución del derecho» en RFDC, n° 1, 1990.

Porque esta disciplina no conocía, a falta de un juez competente, el contencioso constitucional, una vez que se desarrolló, le dio una importancia que pudo hacer creer que hacía a un lado lo institucional y lo conceptual. Ilusión óptica. Como sucede en todas las disciplinas que descubren nuevos objetivos, los constitucionalistas mantuvieron un permanente interés y privilegiaron al contencioso constitucional porque había un vacío, un retraso de entendimiento/comprensión que había que llenar; y todos, cualquiera que fuese su posición doctrinal, aceptaron al contencioso como un objeto que se añadía a los otros y no que se sustituía a ellos. Lógica elemental: una disciplina busca siempre a extender su campo añadiendo nuevos objetos, nunca a reducirlos o reducirse abandonándolos!

El discurso de la renovación necesaria del derecho político subestima, al fin, el aporte y el significado del contencioso constitucional para el derecho constitucional. La nueva parte jurisprudencial del derecho constitucional es tan política, teórica e institucional como las «antiguas» partes. En efecto, es gracias a esta novedad jurisprudencial que el derecho constitucional ha descubierto que estaba hecho de palabras y no de normas, que el interprete jurisdiccional era el que les daba «efectividad» y que los constitucionalistas se interesaron por las teorías de la interpretación, de la hermenéutica, aceptando la lingüística y el pragmatismo; es gracias a esta novedad jurisprudencial que el derecho constitucional se interesó por la figura abandonada del juez y le restituyó su lugar y su papel en la configuración constitucional que produce la voluntad general; es gracias a esta novedad jurisprudencial que el derecho constitucional ha retomado la discusión sobre conceptos como soberanía, democracia, separación de poderes, ... Sin duda, el derecho constitucional no tiene más como objeto único al Estado y la separación de poderes ejecutivo y legislativo : pero tampoco es menos «político». Porque es «político» un derecho que tiene por objeto a la sociedad, que tiene por objeto confrontar/enfrentar el corto plazo de la actividad legislativa con el largo plazo de los principios constitucionales y desvela

el papel determinante de los jueces en la determinación por interpretación de las palabras de la constitución y de la ley. El derecho constitucional jurisprudencial no ha matado al derecho político; lo ha renovado al abrirle nuevos campos y nuevas relaciones con otras disciplinas. Los constitucionalistas deberían, como ejemplo, interesarse a separar los poderes de la sociedad, el poder económico del poder mediático, el poder del dinero del poder médico o universitario,... y no pensar que su trabajo ya terminó una vez que separaron el poder ejecutivo del poder legislativo.

III. LA DEMOCRACIA CONTINUA, PROYECTO POSIBLE DE LA CONSTITUCIÓN

El trabajo del jurista debe parecerse al de Seurat o de Signac: yuxtaponer los colores y no mezclarlos. Si un jurista quiere aportar su contribución a la comprensión de la democracia, no lo debe hacer mezclando los elementos que le conoce con otros de otras disciplinas y menos aún a fundirlos, a disolverlos o a fusionarlos. Él lo hará dándoles su toque personal, reposando la parte propia del derecho cuya complementariedad con las otras partes –social, política, histórica, económica,...– diseñará, con la magia de la ilusión óptica, la figura de la democracia. Y la parte propia que un jurista puede aportar sólo puede encontrarse en la brecha entre gobernantes y gobernados que manifiestan, que ponen en la escena las calidades –en el sentido de atributos– de la constitución, brecha constitutiva de la «democracia continua» (A). Es así que la denominación «democracia continua» se mantiene, a pesar de las controversias, como una propuesta «con sentido», es decir, «un contrasentido que hace sentido» (B).

A) LA DEMOCRACIA CONTINUA, PRODUCE CALIDADES PROPIAS DE LA CONSTITUCIÓN

1. La primera calidad de una constitución, que proviene del artículo 16 de la Declaración de 1789, es la de crear y organizar las instituciones de la representación política lo que conduce a hacer, desde el punto de vista del derecho, un lazo necesario entre democracia e instituciones en tanto que esas dos palabras, instituciones y democracia, podrían, desde otro punto de vista, parecer contradictorias. «Institución» nos lleva a marco, orden, obligación, inmovilismo; «democracia» hacia desbordamiento, desorden, libertad, movimiento. Una institución no puede ser más que «totalitaria» en el sentido de Goffman –la familia, el ejército, la prisión, el hospital, ...– y por consecuencia, la democracia para ser, no puede más que ser «anti-institucional». Esta alocución es conocida, aun por un jurista que la puede aceptar seriamente y extrañarse de que la alianza de dos palabras contradictorias se piense como imposible a considerar y deba necesariamente concluir con el divorcio y la obligación de escoger entre la institución y la democracia. La democracia, ¿no está hecha con contradicciones, preguntas, enigmas y pensar en ella no es ocuparse de las contradicciones, las preguntas, los enigmas? ¿Pensar no es pensar en uno y otro más que en el uno y el otro? En este sentido, la institución es la tragedia de la democracia porque ella es a la vez la que la permite y la que puede ahogar. Es la que la permite porque la institución es la que saca al hombre de la barbarie y de la instantaneidad para participar en la civilización y la duración. La que la puede ahogar porque un movimiento «natural» la conduce a invadir todo el espacio social y a convertirse en un instrumento de enajenación política. Se debe pensar en esta tensión constitutiva para enfocar, para aceptar sin destruirla, la alianza «institución y democracia». De ahí la separación de las instituciones exigida por el artículo 16 de la Declaración de 1789 que implica necesariamente su autonomía, la de la institución legislativa en relación a la institución ejecutiva y a la institución judicial y recíprocamente. Pero esta «lección» de

Montesquieu no se limita a las instituciones de la esfera estatal; ella puede ser entendida y extendida para las instituciones de la esfera social. Ella garantiza el pluralismo que, según el Consejo Constitucional, es «el fundamento de la democracia». Es el mismo Consejo quien precisa que para proteger la libertad de los lectores, oyentes, telespectadores, la prensa escrita y audiovisual debe estar organizada de tal manera que «ni los intereses privados ni los poderes públicos puedan sustituir sus decisiones ni que tampoco las puedan hacer objetos de mercado». Y que, para los partidos políticos, verifique con toda atención que el mecanismo de ayuda pública no lleve a establecer un lazo de dependencia de un partido político respecto del Estado o a comprometer la expresión democrática de las diferentes corrientes de ideas y de opiniones. En todo momento, la preocupación es la misma: proteger la institución y la función que ella realiza de la influencia, la injerencia de otras instituciones. La apuesta es, en efecto, determinante para la democracia. En otros términos, los de Michaël Walzer por ejemplo, una sociedad está hecha de diferentes esferas y cada una reposa sobre un principio que le es propio y que la distingue de las otras. La exigencia constitucional es impedir que una de las esferas domine a las otras y/o que el principio de una esfera se imponga como el principio de todas las demás esferas. Y, para evitar esta situación, se debe asegurar la autonomía de cada esfera; y como cada esfera se mueve por una institución que le es propia, se debe organizar la autonomía de las instituciones de unas en relación con las otras. Esta autonomía es la garantía de que cada institución podrá cumplir la función que es suya en la dinámica democrática. Sin duda, una institución tiene también una lógica «totalitaria»; pero ella ofrece a la capacidad de actuar de los hombres una estructura en la que el futuro se funda en la experiencia, una institución no está nunca completamente cerrada a la idea democrática. En este sentido, el ataque a la democracia comienza a menudo por suprimir o debilitar las instituciones a fin de crear un lazo directo entre el pueblo y su jefe.

La segunda calidad de la constitución, que igualmente deriva igualmente del artículo 16 de la Declaración de 1789, es la de organizar «la garantía de los derechos» y lleva, siempre desde el punto de vista del derecho, a tender un lazo necesario entre democracia y derechos fundamentales. Pueden tener un origen diferente, escritos por el constituyente o formulados por el juez, de inspiración filosófica opuesta, pero que son garantía para el individuo en sus actividades privadas o públicas, ellos (los derechos) se condicionan y refuerzan recíprocamente para garantizar la autonomía de los ciudadanos respecto del Estado. En eso, la constitución garantiza la democracia al impedir que sea absorbida por el Estado; los derechos que ella enuncia, en efecto, garantizan a los hombres la facultad de actuar, de proponer, de inventar, de re-determinar sin cese las exigencias sociales; ellos son el código de realización de la actividad democrática y la condición jurídica de la soberanía popular. Esto es lo que el Consejo Constitucional estableció, en su decisión del 10-11 de octubre de 1984¹⁶, al calificar la libre comunicación de las ideas y de las opiniones como una *«libertad fundamental y mucho más valioso que su ejercicio es ser una de las garantías esenciales para el respeto de los otros derechos y libertades y de la soberanía nacional»*.

La tercera calidad de la constitución, que deriva también de la Declaración de 1789, es la de organizar el modo de fabricación de las leyes de la Ciudad que conduce, desde el punto de vista del derecho, ha establecer un lazo necesario entre la naturaleza de un régimen político y la voluntad general. Si la ley viene de Dios, el régimen será teológico, si viene de la decisión de un jefe, será autoritaria, si viene como resultado de un voto mayoritario, será electoral, ... lo que hace la democracia por constitución es reconocer la intervención de la parte de la constitución en el modo de fabricación de la voluntad general, parte que el Consejo Constitucional ha identificado en la célebre fórmula salida de la pluma del Decano Vedel: «la ley votada no exprime la voluntad general más

¹⁶ CC 84-181 DC, 10-11 octubre 1984, R. p.78.

que en el respeto de la constitución»¹⁷. en otros términos, a diferencia de otra configuración democrática en la que la ley votada es la expresión de la voluntad general –y en la que aquellos que son políticamente minoritarios están jurídicamente equivocados, según otras celebre fórmula pronunciada en 1981 por el diputado Laignel– la democracia por constitución se distingue por un régimen concurrente que enuncia la voluntad general en el que interviene el gobierno, que tiene la iniciativa de las leyes y las prepara concertando con los actores sociales, el parlamento, que discute, corrige y vota las leyes, y el juez constitucional, que verifica, antes de su entrada en vigor o al momento de su aplicación, su conformidad con la constitución¹⁸.

La «democracia por constitución» es así un sistema político que organiza la autonomía institucional de las diferentes esferas del poder, la garantía de los derechos fundamentales y el papel del juez constitucional en un modo concurrente de fabricación de la voluntad general.

2. Es este el sistema político al que he propuesto llamar, desde hace 20 años, la «democracia continua». Esto, en respuesta a la idea entonces aceptada según la cual la discusión estaba terminada pero también para distinguir este sistema de la «democracia detenida»: la democracia ya sea «detenida» en el momento de la designación electoral de los representantes del pueblo, o ya sea «continua» desarrollada entre los dos momentos electorales, entre el momento de la designación electoral de los representantes y en el momento en el que esos representantes vuelven ante el pueblo para rendir cuentas de su mandato. Y este carácter de «continua» deriva, por necesidad lógica, de la constitución y en eso produce una doble brecha.

¹⁷ CC 85-197 DC, 23 agosto 1985, R. p.70.

¹⁸ Para más amplios desarrollos de este tema, hay que remitirse a ROUSSEAU, Dominique, *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchretien, 10^{ème} ed., 2013.

Primero, la constitución produce un espacio de derechos fundamentales distinto y oponible al espacio de la ley que define progresivamente una brecha que asegura simbólica y prácticamente –por el control eventual de la ley– la autonomía de los representados en relación a los representantes. Y esta brecha entre los dos cuerpos, que el juez constitucional consagra, puede ser considerado como constitutivo de una relación democrática. Lo opuesto, es decir, la fusión de los cuerpos reenvía históricamente a una relación monárquica: «los derechos y los intereses de la Nación, que pretenden hacer (al poder judicial) como *un cuerpo separado del monarca*, declaró Luis XV en un discurso ante el Parlamento de Paris el 3 de marzo de 1766, están necesariamente unidos a los míos y sólo reposan entre mis manos; yo no permitiré que se introduzca *un cuerpo imaginario* que no haría más que trastocar la armonía». La unidad del cuerpo de la Nación y del cuerpo del Rey dio paso a la unidad del cuerpo del pueblo y del cuerpo de sus representantes, a la fusión del pueblo en el cuerpo político de la representación nacional. Carré de Malberg describió perfectamente el proceso de las democracias parlamentarias cuyo funcionamiento reposa sobre la identificación de gobernados y gobernantes, sobre la confusión del pueblo y de sus representantes, entre la voluntad general y la voluntad parlamentaria que hace del Parlamento un igual del soberano, inclusive lo erigen en soberano¹⁹. Es precisamente esta fusión que el juez constitucional rompe al introducir un «cuerpo imaginario» (la jurisdicción constitucional) entre el del pueblo y el de los representantes. Y esta brecha produce un espacio en el que se puede implementar el lenguaje, la comunicación, la argumentación; la voluntad general no es «revelada» por el cuerpo de representantes al de los representados al que se impone naturalmente; ella se construye mediante un dialo-

¹⁹ CARRE DE MALBERG, Raymond, *La loi expression de la volonté générale*, Paris, Economica, 1984

go dos cuerpos autónomos para determinar el sentido de las palabras del derecho.²⁰

Enseguida, la constitución introduce una temporalidad larga para la construcción de la ley. Recordando los principios de fondo que la constitución enuncia –la presunción de inocencia, el principio de no retroactividad de las leyes penales, los derechos a la defensa, la libertad de expresión, el derecho a la salud,...– el juez constitucional obliga a reflexionar sobre el sentido, el valor, el alcance que puede representar para el «bien común» la adopción de esta o aquella ley; él crea una distancia con la inmediatez, con la rapidez, con la emoción. Y él no se opone a la idea democrática que el tiempo de reflexión prevalece sobre el tiempo de la emoción. La voluntad general no se produce espontáneamente en la imprudencia del momento; ella se «fabrica» con medida, con prudencia y el Consejo Constitucional es la instancia que permite al tiempo corto, ligero y a veces incomodo de una iniciativa legislativa confrontarse al largo plazo de los principios que la constitución enuncia. El legislador edita la ley a la velocidad de

²⁰ Esta lógica democrática de la brecha podría ser remitida al campo filosófico del debate que, en marzo de 1929 en Davos, opuso a Heidegger y a Cassirer respecto a la noción de límite de Kant. Al primero, que sostenía que el conocimiento no podía más que caer poéticamente en el ser humano pues el hombre tenía límites a su acceso al saber, Cassirer respondía que el límite del hombre significaba una brecha entre él y el ser, brecha que implicaba que el conocimiento del ser se construía por medio del lenguaje, de la cultura y de una política simbólica. Es lo mismo aquí, donde la voluntad general está en el ser, el ser del Rey o de la Nación poco importa, y los hombres estando limitados –«por él mismo el pueblo quiere el bien pero, por el mismo, no lo obtiene siempre»– escribió Jean-Jacques Rousseau –corresponde a los representantes de la Nación de «revelar» a los hombres la voluntad general; o bien, la brecha entre la voluntad general y los hombres es tal que condena a los hombres a no poder comunicarse con el lenguaje. En el primer caso, la democracia es de aclamación, en el segundo, es de deliberación. HABERMAS, J., *Théorie de l'agir comun.*

los acontecimientos; los jueces retoman lo escrito al ritmo lento de la reflexión y del contacto con situaciones particulares. Esto no significa la sumisión del tiempo presente al control de tiempos anteriores por la simple razón que los principio constitucionales –la igualdad, la propiedad, la libertad, ...– no son «enunciados» definitivamente solidificados en el momento histórico de su enunciación. Ellos están más revestidos de deseos o de promesas que de objetividad: la igualdad entre hombre y mujeres, la libertad individual, la fraternidad son, entre otros, las características deseadas, queridas, esperadas, soñadas por una sociedad democrática que la exclusión, las ilegalidades, las injusticias, lo arbitrario y el dominio desmienten cotidianamente. En este sentido, escribe Jürgen Habermas, «en tanto que proyecto de una sociedad justa, una constitución articula el horizonte en la espera de un futuro anticipado al tiempo presente; ella es un proyecto inacabado»²¹. Al afirmar que es en función de la evolución seguida por el derecho de propiedad desde 1789 que debe entenderse la reafirmación por el preámbulo de 1958 del valor constitucional de este derecho, el Consejo Constitucional, en su decisión del 25 de julio de 1989²², se refiere al derecho de propiedad de hoy y no al de ayer, es decir, a un derecho que, habiendo sufrido muchas atentados y amputaciones, incluye necesariamente al derecho constitucional que impone limitaciones legislativas al derecho de propiedad por motivos de interés general. En el mismo sentido, cuando el Consejo interpreta al artículo 10 de la Declaración de 1789 relativo a la libertad de comunicación como fundamento al libre acceso al internet. La constitución, en tanto que proyecto «inacabado», está siempre en creación continua, en creación de derechos constitucionales nuevos, de arbitrajes constitucionales evolutivos, de significados normativos inéditos.

²¹ HABERMAS, J., *Théorie de l'agir communicationnel*, Paris, Fayard, 1987, p. 411 et s.

²² CC 89-256 DC, 25 julio 1989, R. p.53.

En tanto que la democracia representativa tiende hacia un régimen de (con) fusión de los cuerpos por la lógica integradora de la elección, la democracia continua es un régimen que separa los cuerpos por la lógica de la constitución que supone una diferencia entre gobernados y gobernantes ya que su proyecto, según el análisis de Burdeau, es «fijar al poder un estatus que no dependa del poder mismo»²³.

De lo anterior, queda que esta parte de la constitución relativa a la construcción y funcionamiento de los sistemas políticos contemporáneos suscita difíciles cuestionamientos. Uno en particular: ¿la democracia continua merece ser llamada «democracia»?

B) LA DEMOCRACIA CONTINUA, UN CONTRASENTIDO SENSATO

1. Desde hace veinte años, la denominación «democracia continua» atribuida a un sistema político que reconoce su parte correspondiente en la constitución presenta un problema. O más exactamente, presenta un problema la pertinencia, inclusive la legitimidad, de continuar llamando «democracia» a un sistema que da un papel a la constitución y al juez constitucional en la fabricación de la voluntad general: «continua», puede ser, «por la constitución», puede ser, pero ¿«democracia»?

El mismo día del coloquio inaugural, el profesor Bernard Lacroix expresaba públicamente «todas (sus) reticencias ante esta noción de “democracia continua” respecto de la que se trataría de experimentar la posibilidad de tomar pronto el lugar de la “democracia representativa”. La democracia, siguió el autor, es demasiado interesante para ser abandonada a quienes, pretendiendo organizarla, canalizarla, tienden siempre, más o menos, a reservarse su uso»²⁴. Y desde entonces, las reticencias, las críticas, las polémicas

²³ BURDEAU, Georges, «Une survivance, la notion de constitution», en *L'évolution du droit public*, Siret, 1956.

²⁴ LACROIX, Bernard, «Existe-t-il une crise de la démocratie représentative en France aujourd'hui», en ROUSSEAU (dir.), Dominique, *La démocratie*

han continuado y continuarán a expresarse. Así es que Jean-Marie Denquin duda que sea posible llamar «democracia» a un sistema en el que un juez no electo e irresponsable decida en lugar de los representantes electos²⁵; Stéphane Rials denuncia un regreso teológico-político del derecho como religión y los jueces como los grandes sacerdotes²⁶. Pierre Brunet estigmatiza una concepción liberal y aristocrática del poder poniendo al pueblo fuera del juego político²⁷; y Bastien François detecta en esta República de jueces una voluntad de poder de los profesores de derecho al servicio de un mecanismo sofisticado de despojo de poder de los ciudadanos en beneficio de los jueces.²⁸

La crítica se concentra menos en la descripción de la nueva configuración política producida por la introducción de un juez constitucional que sobre la calidad asignada a esta nueva configuración. Cualesquiera que sean las palabras de unos y otros, el espíritu general de su argumentación se tiene en estas tres propuestas: si el principio democrático se define por la soberanía del pueblo y si, por razones de tiempo, de educación, de filosofía o de geografía, el pueblo no puede escaparse de su representación, la única verdadera necesidad democrática es que él designe, con su voto, a quienes actuarán en su nombre; el ideal democrático se anula cuando los votos de los electos por el pueblo pueden ser derrotados por una institución desprovista de eso que da al poder su legitimidad, el sufragio universal; aun admitiendo que una delegación de poder opere en la institución jurisdiccional como

continue, Bruylant/LGDJ, 1995, p. 39.

²⁵ Denquin, Jean-Marie, *L'essence*, la démocratie et le droit, Juspoliticum, 2009, n° 2.

²⁶ Denquin, Jean-Marie, *L'essence*, la démocratie et le droit, Juspoliticum, 2009, n° 2.

²⁷ Brunet, Pierre, «le juge constitutionnel est-il un juge comme un autre?» in *La notion de juge constitutionnel*, Dalloz, 2005, p.115

²⁸ BASTIEN, François, «Critique du discours constitutionnaliste contemporain», in Chevallier, Jacques, *Droit et Politique*, PUF, 1993

lo hace en las instituciones parlamentaria y ejecutiva, admitiendo que el juez constitucional sea un representante –tesis de Michel Troper–, la diferencia queda en que esta representación no puede jamás merecer el calificativo de «democrática» pues carece lo que lo constituye: la elección. Sin tomar en cuenta sus jurisprudencias, ella misma, la existencia de un juez constitucional, es la manifestación de una desconfianza inclusive de una hostilidad respecto del sufragio universal y de los electos por el pueblo. En efecto, en este registro de inteligibilidad de la democracia para la que el principio de legitimidad es el sufragio universal, los derechos y las libertades son obstáculos posibles a la libre expresión del soberano y quien cuida esos derechos y puede oponerse a ellos es una anomalía.

El mismo Decano Vedel, que había abiertamente manifestado su «escepticismo» respecto de esta noción al momento de su nacimiento en 1992²⁹, algunos años más tarde daba una definición de la «democracia contemporánea» muy cercana a la propuesta para «democracia continua». Tres «leyes», escribía en 1997, la identifican: el ejercicio del poder por quienes son designados por el sufragio universal; la responsabilidad política de los gobernantes no ante el parlamento sino ante el pueblo a la expiración de su mandato; la garantía de las libertades entre esos dos momentos por el estatus de la oposición y el control jurisdiccional. Y, concluía el Decano, «es esta tercera ley la que reconoce el carácter democrático del sistema político»³⁰. Precisamente es el elemento que también hace la democracia continua!

Invocar la autoridad del Decano Vedel no sería suficiente para no responder a la lacerante pregunta sobre la legitimidad de bautizar como «democracia» a la democracia continua por la constitución.

²⁹ Ver el prefacio a la obra antes citada, *La démocratie continue*, Bruylant/LGDJ, 1995.

³⁰ VEDEL, Georges, *Le régime présidentiel? la moutarde après dîner*, Le Monde du 31 octobre 1997.

2. Dado que la controversia se concentra sobre la calificación de «democracia» atribuida a la configuración política que le reconoce un papel al juez constitucional en la producción de la voluntad general, eso invita a reflexionar sobre el proceso de denominación, es decir sobre el acto de nombrar una cosa. Dicho – un poco– de manera áspera: ¿porque estaría prohibido, inapropiado, deshonesto denominar esta configuración como «democracia»?

Las respuestas propuestas por los críticos se refieren a que la palabra «democracia» tendría un sentido y que la configuración política querellada no estaría de acuerdo con él. Sin embargo, no todos los críticos dan el mismo estatus a la palabra «sentido».

Tomando en serio la afirmación según la cual llamar a esta configuración política democracia sería un «contrasentido», sostengo, entonces, que se trata de un «contra sentido creador» en el sentido que Pierre Hadot dado a esta afirmación³¹. Al observar la historia de la filosofía, hace ver que ésta está marcada de «incomprensiones, de resbalones de sentido, de pérdida de sentido y de contra sentido» que han jugado un papel determinante en este asunto al hacer aparecer nociones nuevas, conceptos nuevos. Y Pierre Hadot da como ejemplo el célebre aforismo de Heráclito –«a la naturaleza le gusta esconderse»– retomado por todos los filósofos pero, cada vez, con concepciones diferentes de la palabra «naturaleza» que se muestran como un contra-sentido respecto del sentido original. El primer sentido de «Naturaleza» en el aforisma de Heráclito es «lo que nace tiende a morir». La «Naturaleza», para Filon de Alejandría, es el Dios creador que le gusta esconderse porque él tiene una trascendencia; para los neo-platónicos es al contrario, el aforismo significa que a la Naturaleza le gusta envolverse con velos de mitos para esconder su inferioridad; para Heidegger, la Naturaleza es el Ser que se esconde, que rehúsa mostrarse, sólo los Seres se dejan ver. Y aun más, el célebre oráculo delfico –«te conoces tu mismo»– atraviesa la historia de la filosofía cambiando el sentido: el reenvía a «el hombre interior» de San Agustín pero el

³¹ Ver por ejemplo, HADOT, Pierre, *Eloge de la philosophie antique*, Ed. Allia, 2009, p. 50 et s.

«ego transcendental» de Husserl lo hace sujeto de conocimiento reencontrando al mundo en una conciencia universal. «Augustin, escribe Pierre Hadot, no hubiera jamás podido concebir en estos términos al “hombre interior”». Cada nuevo sentido dado a un enunciado es un contrasentido en relación al sentido precedente pero es también creador de un nuevo entendimiento.

Lo mismo pasa con la palabra «democracia». Sin rehacer toda su historia política y constitucional, cada quien aceptará que designar los sistemas contemporáneos bajo el nombre de «democracia» es un contra-sentido en relación al sentido de la palabra en la Grecia antigua. Pero también un contra-sentido en relación al sentido que le daban a esta palabra los padres fundadores de la modernidad constitucional. Para Siéyès, en efecto, la cosa política que los revolucionarios inauguraron no podría llamarse «democracia» sino, dice él, «régimen representativo». Es así que, la expresión actual «democracia representativa» es igualmente el producto de un contra-sentido creador de un nuevo concepto que hoy hace sentido.

Todo contra-sentido no es necesariamente creador; hace falta, escribe Pierre Hadot, que esta actualización del pensamiento que expresa esté ligada a una exigencia de un nuevo sentido producido por un contra-sentido. Desde este punto, la condición se cumple: nombrar la configuración política en la que el juez constitucional participa en la creación de la voluntad general como «democracia continua» es quizá un contra-sentido en relación al sentido hasta ahora aceptado de «democracia», pero un contra-sentido creador de un concepto nuevo ligado a la exigencia de un sentido actualizado para la palabra «democracia». La cuestión, aquí, es primero de orden epistemológico, es el marco conceptual al interior del cual los juristas, y en particular los constitucionalistas, piensan el tema constitucional. Esto ha cambiado varias veces: en el Siglo XVIII, cuando los principios de separación de poderes, de soberanía nacional, de representación, de ciudadanía,... renovaron el modo de pensar del poder político; o en el Siglo XX, cuando la introducción del sufragio universal, la creación de partidos políticos, la irrupción de masas y de la opinión pública obligaron a redefinir los esquemas del pensamiento en el tema constitucional.

Hoy, nuevamente, la emergencia de un espacio post-nacional, el desarrollo de autoridades públicas independientes, el poder creciente de la figura de los jueces, la transformación de los medios de comunicación por el internet imponen reconstruir el marco conceptual del pensamiento constitucional. De lo contrario, la doctrina contemporánea se mantiene en el pensamiento de esquemas antiguos y, naturalmente, no encuentra los instrumentos, las categorías, los útiles para presentar al Consejo Constitucional pues esos esquemas fueron construidos antes de su existencia en el campo constitucional. Rechazando este conservadurismo doctrinal, la «tesis» de la «democracia continua» da a la palabra «democracia» un sentido actualizado con la ambición confesada de proveer los elementos de un nuevo marco conceptual capaz de desarrollar un campo constitucional que no se limita más al espacio del Estado-Nación ni a las relaciones Ejecutivo/Legislativo.

Pero la cuestión es también «social». La idea de que «democracia» significa elección, representación, poder de la mayoría, partidos políticos, parlamento, es rebasada por los usos, las prácticas, las experiencias que exigen una actualización de la palabra «democracia». El elector no es más la única figura del ciudadano; origen de alertas, justiciable, internauta, asociativo, eco-consumidor,... y tantas otras conductas o prácticas nuevas vividas por la misma «gente» y como las más significativas hoy para la figura del ciudadano y que la palabra «democracia representativa» no puede comprender. Esta exigencia social de actualización de la palabra «democracia» opera con el contrasentido de «democracia continua».

Veinte años después, mantengo que la idea de «democracia continua» es un contra-sentido que hace sentido, es una propuesta sensata³² porque corresponde a la posibilidad de existencia de un estado de las cosas políticas.

³² «El sentido de una propuesta, escribe Wittgenstein, es su acuerdo o desacuerdo con la posibilidad de existencia o no existencia de un estado de cosas».