

La justicia constitucional como contrapeso a las democracias iliberales: la propuesta de la «democracia continua».

Alejandra Soto, Universidad Complutense de Madrid y Universidad Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Correo electrónico: alejsotog@gmail.com

[Alejandra Soto, graduada en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad Complutense de Madrid (2017), posgraduada en Derecho Constitucional y derechos fundamentales por la Universidad Paris 1, Panthéon-Sorbonne (2018), realiza actualmente su primer año de doctorado dirigido conjuntamente por los profesores Joaquín Abellán y Dominique Rousseau: un análisis del discurso doctrinal sobre la legitimidad de la justicia constitucional en Francia y España.]

Las democracias que hoy en día se auto proclaman «iliberales» han reducido las competencias del juez constitucional y con ello la protección de los derechos fundamentales. La propuesta desde el Derecho Constitucional del profesor francés Dominique Rousseau se presenta como una alternativa al paradigma democrático representativo que a su vez podría ser un revulsivo a las en auge denominadas «democracias iliberales». Más allá del debate sobre la conveniencia de este término, cabe preguntarse si la democracia representativa puede suponer una alternativa a esta realidad o si, por el contrario, es necesario pensar la democracia desde un prisma más amplio que el representativo, como hace la democracia continua. Así, esta ponencia pretende explicar la democracia continua como alternativa a la democracia representativa y a las «democracias iliberales».

Palabras clave: democracia, continua, liberal, representativa, justicia constitucional

INTRODUCCIÓN

Esta ponencia surge como parte de la investigación realizada durante el primer año de tesis, que busca hacer un análisis de los discursos doctrinales a cerca de la legitimidad de la justicia constitucional en los casos francés y español. En concreto, la propuesta de la democracia continua y el debate en torno a la justicia constitucional en el ámbito del Derecho Constitucional francés en el que esta propuesta se inscribe, es uno de los motivos de la elección del objeto de estudio de la tesis. Los términos del debate a cerca de la legitimidad de la justicia constitucional en Francia suscitaron mi interés por las diferencias con el debate en España y las causas y consecuencias de las mismas.

La propuesta de la democracia continua aparece por primera vez en un coloquio universitario sobre constitucionalismo y democracia en Francia celebrado en Montpellier, en parte como respuesta a la publicación en 1992 de «El fin de la historia»¹ y se presenta como paradigma alternativo al ofrecido por la democracia representativa. Ante la nueva realidad por la cual la jurisdicción constitucional cobra relevancia en detrimento del parlamento, plantea la integración de la justicia constitucional en el marco democrático.

La tardía puesta en marcha de la justicia constitucional en Francia y las reticencias históricas al control de constitucionalidad de la ley son elementos fundamentales para entender la proliferación del debate sobre la justicia constitucional, y en concreto, el surgimiento de esta propuesta². En Francia, el arraigo de la idea por la cual la ley es la expresión máxima de la voluntad general, reflejada en el artículo 6 de la Declaración de Derechos del Hombre de 1789, conlleva -entre otros elementos históricos e institucionales- una tardía y dificultosa instauración del control de constitucionalidad de la ley. Concretamente debido a las reticencias a la idea por la cual la voluntad

¹ En el que Francis Fukuyama plantea la forma política de la democracia liberal como la forma perfecta de la modernidad. Para Dominique Rousseau, siguiendo a John Dewey «La democracia no es una una abstracción matemática, sino una experiencia viva del pueblo», *Radicaliser la démocratie*, Seuil, 2017. El calificativo de «continua» es preferible para su autor a los adjetivos «procedimental» y «participativa» de la democracia- que son formas que no distan tanto de la propuesta que aquí se expone- porque incide en la permanencia de la acción ciudadana. Por otra parte, la idea « Estado de Derecho », si bien subyace de alguna manera a esta propuesta, no se utiliza porque se entiende que el espacio democrático supera al del Estado. Para una defensa del Estado de Derecho por parte de Dominique Rousseau: https://www.liberation.fr/debats/2016/08/17/mon-plaidoyer-pour-l-etat-de-droit_1473037

² Que va a motivar también un debate en en el Derecho Constitucional a cerca de la compatibilidad entra democracia y justicia constitucional, fundamentalmente en 2008.

general, representada en el parlamento pueda ser controlada por jueces³. De hecho, la oposición para nombrar a este órgano «Tribunal», así como para considerarlo una jurisdicción son paradigmáticas de las reticencias francesas hacia la justicia constitucional⁴. No es hasta 1985 con la decisión *Nouvelle Calédonie* que el Consejo Constitucional establece que la ley votada sólo expresa la voluntad general cuando respeta la Constitución, traduciendo la concepción del Estado de Derecho⁵. Del mismo modo no hay, hasta la reforma constitucional de 2008 y la puesta en marcha de la conocida *Question Prioritaire de Constitutionnalité*, un mecanismo de control a posteriori de la ley⁶. Estos elementos propician un contexto en el que fue y sigue siendo variada la literatura a cerca del control de constitucionalidad, así como el debate en torno a la legitimidad del mismo; debate que, por otra parte, ha sido mucho más prolijo en otros países como Estados Unidos, Alemania o Italia.

Es en este contexto, que el profesor Dominique Rousseau construye su hipótesis de democracia continua como un llamamiento a analizar e interpretar las transformaciones del concepto de democracia desde el Derecho Constitucional. Su propuesta de democracia se concreta en la publicación un libro colectivo en 1995, como consecuencia del coloquio universitario celebrado en Montpellier y suscita, desde entonces, un amplio debate entre los constitucionalistas y otros

³ Tradición anti-jueces que viene desde la revolución francesa a la que se añade la crítica importante - heredera de Carl Schmitt y que fue crucial en la concepción de la Vª República francesa - a la idea de «soberanía parlamentaria», que encontramos en autores de referencia como Carré de Malberg y René Capitant. LE BRAZIDEC, G. «René Capitant y Carl Schmitt frente al parlamentarismo de Weimar a la Quinta República», *Cuestiones constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional*, N.º. 6, 2002, págs. 73-106

⁴ En realidad, en francés «Cour Constitutionnelle» sería el equivalente a Tribunal. El debate sobre la posibilidad de este cambio así como sobre si el Consejo es o no una jurisdicción se encuentra abierto hoy en día, si bien desde la puesta en marcha de la QPC, el carácter jurisdiccional del Consejo se ha aceptado. De hecho, el cambio de nominación del órgano se planteó, sin éxito, en 2008, con la reforma constitucional de Sarkozy. Badinter, R. "Une longue marche « Du Conseil à la Cour constitutionnelle »", *CAHIERS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL N.º 25 (DOSSIER : 50ÈME ANNIVERSAIRE) - AOÛT 2009*. Aunque el Consejo de 1958 fuera « que bien peu de chose ». C.EISENMANN, « Palindromes ou stupeurs ? », *Le Monde*, 5 mars 1959. La V República va otorgándole más competencias poco a poco: DC-1971 sur la liberté d'association (que incluye la Declaración de 1789 entre las normas de referencia del control de la ley) , y revisión constitucional de 1974 (JORF n.º 904 du 30 octobre 1974) del artículo 61, y la de 2008 (JO n.º 171 du 24 juillet 2008), que pone en marcha por la primera vez el control de constitucionalidad de la ley a posteriori.

⁵ CHEVALLIER, J. *L'État de droit*, Montchrestien, 2010.

⁶ En Francia el control obligatorio de las leyes orgánicas por el juez constitucionales un elemento que diferencia la justicia constitucional francesa de la española, donde en cambio existe «presunción de constitucionalidad de la ley», lo cual es uno de los elementos que determinan el papel de la justicia constitucional y por lo tanto, los discursos en torno a esta. Es también notable, entre los factores que motivan el debate sobre la justicia constitucional en Francia, el modo de nombramiento de los jueces constitucionales, que intento reformar sin éxito Francois Hollande.

académicos franceses⁷. Además, de manera más general, la crisis de la democracia representativa⁸ también forma parte de los elementos que marcan esta propuesta, que se presenta como acepción más adecuada para hacer referencia a los cambios vividos por las democracias occidentales del siglo XXI. Como indica Teresa Freixes, tras el siglo de los parlamentos, y el siglo de los Tribunales Constitucionales:

«Ahora falta por ver qué nos depara el siglo XXI con relación a ambas instituciones, en el ámbito de las nuevas coordenadas que la globalización y el proceso de integración europea están imponiendo en forma ineludible»⁹

Hoy, las democracias que se auto proclaman «iliberales» reducen, precisamente, las competencias del juez constitucional¹⁰. La democracia continua se muestra como una alternativa, teórica y práctica, a estos regímenes sobre los cuales hay una variada controversia teórica¹¹. Sin embargo, no se trata aquí de hacer un análisis de esta última sino que nos limitaremos a presentar un enfrentamiento los elementos de los regímenes que se han autodenominado iliberales, con la

⁷ Esta conoce su máximo desarrollo en la obra *Radicalizar la democracia*: primera edición en 2015; la segunda, de bolsillo, en 2017 y su edición en castellano en 2019. En este texto nos basamos en la edición de 2017, así como en las conferencias pronunciadas en los cursos y congresos por el profesor Rousseau.

⁸ Intervención de Dominique Rousseau sobre la crisis de la democracia en Francia: <https://www.youtube.com/watch?v=S89VeUJU0f0>.

⁹ Estudio preliminar, por Teresa Freixes Sanjuán dans ROUSSEAU, D., *La justicia constitucional en Europa*, CEPC, Madrid, 2002, p.15

¹⁰ Término recuperado en 2014 por Viktor Orban: https://www.eldiario.es/piedrasdepapel/apoyo-derechos-civiles-democracia-iliberal_6_581001919.html. Por ejemplo, el pasado verano el Parlamento de Hungría aprobó una tasa de inmigración que no ha podido ser contestada por el juez constitucional porque este ha visto reducidas sus competencias. (<http://www.elmundo.es/internacional/2018/06/20/5b2a6f9ee2704e4b868b461e.html>; <http://www.rfi.fr/emission/20180830-lutter-solidarite-hongrie-lance-taxe-migration-orban-ong>,). La preocupación por parte del Consejo de Europa y de la Comisión de Venecia a cerca de estos países es muestra también de la preocupación por la de la legitimidad de la justicia constitucional. Por ejemplo en las recomendaciones de 2016, se insta al respeto del Tribunal Constitucional y de sus decisiones. *État de droit: la Commission examine les dernières évolutions et adresse une recommandation complémentaire à la Pologne*; http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-4476_fr.htm?locale=en

¹¹ A pesar de su proliferación, algunos autores se muestran escépticos al uso de este término. Desde el punto de vista por el cual esta se haría pasar por una variante de la democracia; otros por ocultar los variados mecanismos de «des democratización» de los países así denominados. Finalmente, porque su uso político por parte de países que se reivindicaban como democracias liberales que puedan pretender presentarse como sus opuestos, oscureciendo así las posibles puestas en cuestión de derechos y libertades que se puedan dar en su seno (partido liberales contra iliberales no permite autocrítica liberales). André Tosel por ejemplo plantea que, aún aceptando lo que el denomina «teoría de la democracia reducida» (para hacer referencia a las acepciones para las cuales la democracia se reduce a un procedimiento), la noción democracia iliberal es problemática. Escalona, F. La «démocratie ilibérale», une notion trompeuse», *Mediapart*, 3 octobre 2018; Lamant, L. «Europe: les périls de la rhétorique des blocs de Macron» *Mediapart*, 30 septembre 2018. Un análisis crítico a cerca de las democracias iliberales en la actualidad, en concreto con respecto al gobierno de Macron y el intento de «estructurar la política europea en torno a la oposición entre democracia iliberales y progresistas», se puede ver en el dossier, al que pertenece el artículo precedente «EUROPE: MACRON OU LE CHAOS?» en: <https://www.mediapart.fr/journal/dossier/international/europe-macron-ou-le-chaos>

propuesta de democracia continua¹². Esta ponencia pretende explicar la propuesta de la democracia continua, como alternativa a la democracia representativa y a la «democracia iliberal». Esto a través de la exposición del debate francés sobre democracia y justicia constitucional (1), en el que se inscribe la propuesta de la democracia continua (2) y sus instituciones (3).

1. El debate en torno a la democracia y la justicia constitucional en Francia

Durante la V República, y sobre todo a partir de los años 90, aparecen nuevos desarrollos doctrinales a cerca de la legitimidad de la justicia constitucional¹³. Ciertos constitucionalistas van a considerar que la justicia constitucional es «compatible» con la democracia representativa¹⁴. El precedente directo de estas visiones es Charles Eisenmann, discípulo de Kelsen y su «théorie de l'aiguilleur»: el juez constitucional es un mero inspector, su función no consiste en pronunciarse sobre el contenido de la ley, sino sobre la forma y el procedimiento por el que se aprobó. En esta línea Georges Vedel sostiene, en su teoría del «lit de justice», que que la posibilidad de reforma de la Constitución otorga la legitimidad del juez constitucional, pues el poder constituyente puede siempre, en última instancia, revocar las decisiones de este. Por su parte para Michel Troper el Consejo sería un «co-legislador» que participa a la elaboración de la voluntad general, criterio de la legitimidad porque así lo recoge la Constitución¹⁵. Otros, entre los que destaca Jean Marie Denquin son contrarios a la idea por la cual un juez pueda decidir sobre la voluntad de los representantes elegidos democráticamente, o por lo menos a que una configuración política de tales características pueda considerarse democrática. Es el caso de Marcel Gauchet para el que la crisis democrática

¹² En la línea de lo que plantea en Macovei, O. «L'État illibéral dans l'Union européenne, essai de conceptualisation» *Civitas Europa*, 2018, 40, 127-144; que se centra en el análisis del discurso de Viktor Orbán, como fuente fundamental para perfilar el iliberalismo.

¹³ En Francia, encontramos propuestas en este sentido desde la Revolución Francesa, pero nunca llegaron a prosperar en el ámbito de las instituciones.

¹⁴ Luc Klein clasifica así las posturas de los constitucionalistas en torno a la legitimidad del juez constitucional en dos: el constitucionalismo democrático y la democracia constitucional. Los primeros buscan formas de hacer compatible democracia representativa y justicia constitucional, mientras que los segundos, entre los que se encuentra Dominique Rousseau, entienden que la justicia constitucional mejora la democracia. KLEIN, L., «Démocratie constitutionnelle et constitutionnalisme démocratique : essai de classification des théories juridiques de la démocratie», 2017, *Revue Française de Droit Constitutionnel*, 109, p. 121-141.

¹⁵ FAVOREAU, L., «La légitimité du juge constitutionnel» *Revue internationale de droit comparé*, N°2, Avril-juin 1994. pp.557-581; VEDEL, G; «Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme», *Pouvoirs, revue française d'études constitutionnelles et politiques*, n°45, 45, p.149-159; TROPER, M., « Justice constitutionnelle et démocratie », *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 335 et s. TROPER, M., « Démocratie continue et justice constitutionnelle » *La démocratie continue*. Sous dir. Dominique Rousseau. L.G.D.J : Paris, 1995. p.125-136; ROUSSEAU, D. *Radicaliser la démocratie*, Seuil, 2017; PINON, S. «La notion de démocratie dans la doctrine constitutionnelle française », *Politeia*, n°10 - 2006, pp. 407-468. Para una clasificación de estas distintas teorías jurídicas de la democracia: KLEIN, L, op. cit.

tiene que ver con el exceso de derechos subjetivos o individuales, planteamiento radicalmente opuesto al de la democracia continua.

La propuesta de democracia continua ha incentivado así el debate¹⁶ -que ha estado presente de manera desigual a lo largo de la historia constitucional francesa y cuyas primeras manifestaciones remontan a la revolución francesa, basadas en el derecho a la resistencia a la opresión recogido en el artículo 2 de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789¹⁷- a cerca de la legitimidad de la justicia constitucional en Francia en los últimos años, y explicita así además la cuestión de si el jurista, en concreto el constitucional, debe estudiar la cuestión democracia, idea que se enfrenta a la posición más normativista del derecho.

Es en 2008, que se produce más debate en respuesta, por parte de otros constitucionalistas, a esta hipótesis. Estos debates, que expresan el desacuerdo doctrinal y filosófico sobre el concepto mismo de democracia, se vieron probablemente incentivados por el contexto de reforma constitucional que pondría en marcha el control de constitucionalidad a posteriori. Si la democracia continua supone un paradigma o marco conceptual alternativo a la democracia representativa, la voluntad general ya no es exclusivamente la expresada a través de sufragio universal sino que el juez participa en su elaboración.

Para el constitucionalista Pierre Brunet, que responde a un artículo de Dominique Rousseau publicado en el blog de Pierre Rosanvallon, habría, en la defensa de la justicia constitucional, una concepción liberal y aristocrática del poder que deja al pueblo fuera del juego político. Por su parte, Jean-Marie Denquin, plantea, que no es posible llamar democracia a un sistema en el cual el juez no elegido e irresponsable decide en vez de hacerlo los representantes elegidos. En la misma línea, Stéphane Rials denuncia una vuelta a la teología política con el derecho como religión y los jueces como sacerdotes. Para Bastien François se trataría de una república de los jueces en la que

¹⁶ La justicia constitucional y en concreto la cuestión de su legitimidad conocen un desarrollo en Francia con autores como Eisenmann, Favoreau, Vedel, Troper. Véase p. 3.

¹⁷ Por ejemplo, el proyecto de Constitución girondina de Condorcet en 1793 que proponía la creación de un jurado encargado de controlar la representación.

hay una voluntad del poder de los profesores de derecho al servicio de un mecanismo sofisticado de des-posesión del poder de los ciudadanos en poder de los jueces.¹⁸

En el ámbito comparado llama la atención que en España no encontramos aproximaciones similares en el Derecho Constitucional¹⁹, disciplina dominada por planteamientos más acordes con el positivismo jurisprudencial. En España la doctrina ha señalado que haría falta una Teoría de la Constitución para comprender estas cuestiones más teóricas que son la legitimidad o el carácter democrático de la justicia constitucional.²⁰ En cualquier caso, en España «[...] «democracia» y control judicial de la actividad del «legislador democrático» siguen respondiendo a tendencias contrarias».²¹

2. La democracia continua: ¿alternativa a la democracia representativa?

La democracia continua se basa en tres principios. En primer lugar el principio de la «representación-separación», que es distinto a la «representación-fusión» característica de la democracia representativa y que supone el desplazamiento del poder de los representados²². El voto- y el vínculo o fusión que este genera entre representantes y representados-, pierde relevancia democrática en favor del control de constitucionalidad y la jurisdicción constitucional. Estos últimos sitúan a los representados en esa separación con respecto a los representantes que les permite jugar un papel de observador dándoles más relevancia que al de mero votante. La

¹⁸ ROUSSEAU, D. « Constitutionnalisme et démocratie », *La Vie des idées*, 19 septembre 2008; « La démocratie, entre essence et expérience . Réponse à Dominique Rousseau », *La Vie des idées*, 9 octobre 2008; BRUNET, P. «Le juge constitutionnel est-il un juge comme un autre» dans *La notion de juge constitutionnel*, Dalloz, 2005, p. 115; DENQUIN, J.M. «L'essence, la démocratie et le droit» *Jus politicum*, 2009, n°2; RIALS, S. «Entre artificialisme et idolâtrie», *Le Débat*, 1991, n°64, p. 163; FRANÇOIS, B. «Critique du discours constitutionnaliste contemporain» dans *Jaques Chevallier*, Droit et Politique, PUF, 1993. ROUSSEAU, D. «De quoi le Conseil constitutionnel est-il le nom?» dans *Jus Politicum*, 2012;

¹⁹ Que sí se abordan desde la Filosofía del Derecho. Por ejemplo DÍAZ, E. *De la Institución a la Constitución Política y cultura*, 2009, Trotta.

²⁰ LÓPEZ GUERRA, L., «Algunas notas sobre el desarrollo de la doctrina constitucionalista española», *Revista catalana de dret públic*, 41, 2010, p. 85-116; MARTÍN DE LA VEGA, A. «En torno a la Teoría de la Constitución y los nuevos contextos del constitucionalismo», *Estudios de Deusto*, 57/2, 2009, pp. 167-192. En: <http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/pdfs/estudios/estudios13.pdf>

Desde el Derecho Constitucional por ejemplo, Sanz Moreno plantea que « Los diferentes significados de populismo no hacen sino certificar la necesidad de redefinir la democracia » SANZ MORENO J. A. «Sobre la redención populista y la fuerza constitucional: el valor intangible de la democracia» *Revista de Estudios Políticos*, 183, 2019, 161-190

²¹ GARRORENA, A. «El debate justicia constitucional democracia en 1931 y 1978», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 91, p. 68, 2011.

²² La relativización del sufragio universal como expresión democrática tiene que ver con mostrar que este supone también una desposesión del poder del pueblo, que una vez a votado no decide más. Ver también ROSANVALLON, P. *La legitimidad democrática*, Seuil, 2008

posibilidad constitucional de reconocer la separación, ya planteada en el texto constitucional de 1789, está enmarcada en lo que Rosanvallon denomina «instituciones de la reflexividad». Por su parte, el referéndum, que se suele plantear cómo respuesta a la crisis de representación, como vemos actualmente por ejemplo en el caso del Brexit, pierde igualmente relevancia en este marco. Así mismo, se relativiza su vínculo con la democracia directa, ya que el instrumento de esta es la presencia física, la cual no ocurre mediante el voto²³. El sistema democrático reposa así sobre dos instituciones, el parlamento y la jurisdicción constitucional; y dos cuerpos, el de los representantes y el de los ciudadanos.

En segundo lugar, el principio jurídico de esta democracia es el «pueblo constitucional». En la democracia continua es la Constitución la que crea al pueblo, y no al revés, como suele entenderse en planteamientos como el de Sieyès o Carl Schmitt²⁴. Dominique Rousseau se inspira de Austin y Bourdieu y la idea de la fuerza propia al derecho y el carácter performativo del mismo²⁵. Así, la Constitución crea al pueblo en dos sentidos, en tanto que cuerpo político abstracto al establecer reglas comunes, y en tanto que individuos concretos (mujeres, trabajadores...), los ciudadanos, ya que enuncia sus derechos individuales y es el escenario donde pueden considerarse como iguales. Así, el papel del juez constitucional es fundamental porque otorga permanentemente nuevos derechos que amplían la esfera del pueblo en tanto que ciudadanos concretos.

En tercer lugar, la democracia continua se rige por el « principio sociológico » de la «sociedad de individuos». No se reduce a una forma de gobierno sino que trasciende a toda la sociedad. Si el lugar único de la democracia representativa es el Estado, la democracia continua se extiende a todas las esferas de la sociedad, siendo su espacio la esfera pública, ámbito propio de la deliberación y del ejercicio de los derechos. Se funda por tanto en el principio deliberativo y no en el de la soberanía, añadiendo, según la lógica habermasiana, un tercer espacio a la división entre espacio civil y político característica de la modernidad y de tradición hegeliana: el espacio público. Así, el poder del ciudadano en la democracia continua es mayor que el del elector en la democracia

²³ Y remite aquí a Victor Considerant, Moritz Rittinghausen (1850) y la Constitution de 1793. Diego Gallardo López, “Notas sobre el nacimiento de la democracia directa moderna en dos textos de V. Considerant y M. Rittinghausen”, en: <https://alhim.hypotheses.org/2049>

²⁴ No sin asumir que esta es la visión dominante hoy: « Cette représentation reste dominante aujourd’hui parce que elle fait spontanément au langage ordinaire, elle fait vrai. Donne vision anthropomorphe des rapports entre peuple et Constitution ».

²⁵ AUSTIN, J-L. Quand dire, c’est faire, 1991, Seuil; BOURDIEU, P. La force du droit. In: Actes de la recherche en sciences sociales. Vol. 64, septembre 1986. De quel droit ? pp. 3-19

representativa pues somete a los representantes al control permanente del espacio público. Cobrando especial importancia, además del juez constitucional, instituciones como la libertad de expresión, la autonomía universitaria, los medios de comunicación... Son estos los que hacen que el ciudadano compare lo que está escrito en la Constitución con lo que hace el Gobierno. Por último, más que una desestatalización Dominique Rousseau marca como horizonte democrático el «espacio-mundo» lo cual supone un desafío político fundamental dada la dimensión global de los problemas actuales que trascienden ya a los Estados²⁶.

3. Las instituciones de la democracia continua: ¿alternativa a la democracia iliberal?

Igualmente, Dominique Rousseau describe las instituciones de la democracia continua. En esta, la voluntad general se construye por concurrencia de diversas instituciones: las de la «generalidad democrática», «las del reflejo democrático» y las del «gobierno democrático». Propone la creación de una «Asamblea Social deliberativa» que integre los diferentes sectores de la sociedad civil y coexista con el Parlamento, así como de «convenciones ciudadanas» cuyos miembros sean elegidos por sorteo y que participen a la producción de las normas de interés general. Al lado de estas, las «instituciones de la reflexividad democrática» que conciernen al poder judicial. Hace así una reivindicación del rol legislativo del juez, fundamentalmente del juez constitucional- que participa a la formación de la voluntad general en su actividad interpretativa- no sin plantear la necesaria refundación en profundidad de la justicia, basada en la búsqueda de una mayor independencia e imparcialidad de los jueces. Por último, las instituciones de gobierno son las correspondientes a la organización de poderes del Estado.²⁷

Así, si en la democracia representativa la institución por excelencia es el Parlamento, en democracia continua es la justicia, y ello en un planteamiento que se adscribe al realismo jurídico, considerando que el juez crea normas al interpretar la ley en los casos concretos. En este proceso concurrente de elaboración de la ley- con el de elaboración parlamentaria- , el ciudadano-justiciable participa produciéndose deliberación, la cual es mejor garantía de producción normativa.

²⁶ La Loi Veil sería un ejemplo de este proceso : En los años 50 el aborto era una cuestión privada, del espacio civil pero en los 70 con las manifestaciones de las «323 salopes» la cuestión pasa al espacio público (entre estos dos espacios hay un canal, la prensa, las redes sociales...) Una vez en espacio público hay una propuesta subjetiva de norma que pasa al espacio político. La norma se forma así en el espacio público, donde se ejercen los derechos constitucionales, y no en el político, como en el esquema de la democracia representativa.

²⁷ Dominique Rousseau critica diversas instituciones de la V República proponiendo, entre otras cosas, un régimen más proporcional y parlamentario o unas instituciones que velen por que la «virtud» sea el principio que rija el ejercicio del poder.

Si a través de los principios de la democracia continua aparece un paradigma alternativo al de la democracia representativa, a través de la propuesta de las instituciones vemos cómo estas van al encuentro de los planteamientos de las democracias «iliberales». El término «democracia iliberal» se utiliza cada vez más en el ámbito intelectual y mediático y es fuente de desacuerdos y controversias a cerca de su conveniencia y compatibilidad con la democracia. Así por ejemplo Pierre Rosanvallon considera que el «iliberalismo» consiste en una cultura política que descalifica en su principio constitutivo la visión liberal. La definición más extendida es la que considera que se trata de «una democracia sin liberalismo constitucional que produce regímenes centralizados, erosión de la libertad, competiciones étnicas, conflictos y guerra»²⁸. Según Matthijs Bogaards se trata de una situación democrática en la que, sin embargo, la independencia de la justicia se maltrata y los ciudadanos no tienen un tratamiento igualitario frente a la ley ni protecciones suficientes de cara al Estado o actores privados ». Hace referencia así a regímenes políticos como el de Hungría y Polonia. Ambos han sido instados por la Unión Europea por su comportamiento con respecto al Estado de Derecho²⁹. Son precisamente las instituciones y principios que la democracia

²⁸ ZAKARIA, F. “The Rise of Illiberal Democracy”, *Foreign Affairs*, n° 76/6, 1997. Por otra parte, el término democracia iliberal parece haber sido acuñado en primer lugar por Pierre Rosanvallon, para analizar un cierto rechazo a las libertades en la historia política francesa, como muestra su ponencia en la Academia de Ciencias Morales y Políticas: Rosanvallon, P. *Fondaments et problèmes de l'illibéralisme français*, 2001, en: <https://www.asmp.fr/travaux/communications/2001/rosanvallon.htm>. En su descripción Rosanvallon considera que llamaremos «iliberalismo» a una cultura política que descalifica en su principio la visión liberal. No se trata solo contra los derechos de las personas sino de una extrañeza constitutiva: «Podemos caracterizar en una primera aproximación el iliberalismo de la cultura política francesa por su visión monista de lo social y lo político, lo que conduce, entre otras cosas, a la disociación de imperativo democrático y desarrollo de libertades»

²⁹ El Parlamento europeo considera, en su resolución de 12 de septiembre, preocupantes, por representar una amenaza sistémica a los valores del artículo 2 del TUE («La Unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas en materia de control de las fronteras exteriores, asilo, inmigración y de prevención y lucha contra la delincuencia.») los siguientes aspectos: « - el funcionamiento del sistema constitucional y electoral; - la independencia del poder judicial y de otras instituciones y los derechos de los jueces; - la corrupción y los conflictos de intereses; - la protección de datos y de la intimidad; - la libertad de expresión; - la libertad de cátedra; - la libertad de religión; - la libertad de asociación; - el derecho a la igualdad de trato; - los derechos de las personas pertenecientes a minorías, incluida la población romaní y los judíos, así como la protección frente a los mensajes de odio contra esas minorías; - los derechos fundamentales de los migrantes, solicitantes de asilo y refugiados; - los derechos económicos y sociales». Además « un gran número de agentes nacionales, europeos e internacionales han expresado su profunda inquietud por la situación de la democracia, el Estado de Derecho y los derechos fundamentales en Hungría, entre los que figuran el Consejo de Europa, la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) y las Naciones Unidas, así como numerosas organizaciones de la sociedad civil, pero estas deben considerarse opiniones no vinculantes, puesto que solo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea puede interpretar las disposiciones de los Tratados» .

Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2018, sobre una propuesta en la que solicita al Consejo que, de conformidad con el artículo 7, apartado 1, del Tratado de la Unión Europea, constata la existencia de un riesgo claro de violación grave por parte de Hungría de los valores en los que se fundamenta la Unión (2017/2131(INL)) En: http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018-0340_ES.html; Resolución, de 17 de mayo de 2017, sobre la situación en Hungría, el Parlamento Europeo afirmaba que la situación actual en Hungría constituye un riesgo claro de violación grave de los valores contemplados en el artículo 2 del TUE. En: http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0216_ES.html?redirect.

continua va a poner en valor aquellas que se van a ver afectadas y mermadas por las «democracias iliberales»³⁰, a la vez que se incentiva la idea de democracia vinculada a la elección³¹.

Si tomamos el ejemplo de Hungría, cuyo primer ministro ha definido como régimen iliberal, la reforma de 2010 de la Constitución de Hungría limita el poder del Tribunal Constitucional en una combinación de cambios institucionales con cambios de personal. Además otras instituciones se ven afectadas por esta reforma- y la posterior legislación- así como el conjunto del poder judicial. Son precisamente las instituciones que ejercen de «cuerpos intermedios» en la teoría de la democracia continua.

Este mismo 2 de junio Hungría aprobaba una ley que limita la libertad de la Academia de las Ciencias, aumentando el control del gobierno sobre la misma³². En septiembre de 2018 el Parlamento Europeo votó una resolución para activar un procedimiento de sanción contra Hungría por incumplir persistentemente las « reglas democráticas ». Se puede observar, en la terminología de las resoluciones, la denuncia de la puesta en peligro del Estado de Derecho, la democracia, libertades y derechos fundamentales... Acompañados por una preocupación por el funcionamiento del sistema electoral. En cualquier caso se trata de elementos que deberían ser protegidos por el juez constitucional, que ha visto precisamente mermadas sus competencias. Es en este sentido en el que la reflexión a la que contribuye la democracia continua parece indispensable: A fin de cuentas democracia iliberal significa, democracia no liberal, pero, ¿es posible tal concepción hoy?, ¿no son ya los derechos fundamentales y su defensa, parte de la democracia? Y sobre, todo, ¿qué consecuencias tiene para el futuro de nuestros sistemas esta oposición entre lo liberal y lo democrático?

³⁰ A pesar de su proliferación, algunos autores se muestran escépticos al uso de este término. Desde el punto de vista por el cual esta se haría pasar por una variante de la democracia; otros por ocultar los variados mecanismos de «des democratización» de los países así denominados. Finalmente, porque su uso político por parte de países que se reivindican como democracias liberales que puedan pretender presentarse como sus opuestos, oscureciendo así las posibles puestas en cuestión de derechos y libertades que se puedan dar en su seno (partido liberales contra iliberales no permite autocrítica liberales). André Tosel por ejemplo plantea que, aún aceptando lo que el denomina «teoría de la democracia reducida» (para hacer referencia a las acepciones para las cuales la democracia se reduce a un procedimiento), la noción democracia iliberal es problemática. Sobre esta cuestión: Lamant, L. «Europe: les périls de la rhétorique des blocs de Macron» Mediapart, 30 septembre 2018

³¹ Por ejemplo se hace un uso del referendun por parte de los gobiernos de estos regímenes que podría calificarse de plebiscitario: Referendun Hungría sobre refugiados, 2016: https://www.abc.es/internacional/abci-referendun-hungaro-sobre-refugiados-no-alcanza-participacion-minima-para-valido-201610021957_noticia.html; Referendun Polonia para modificar la Constitución: <https://www.lavanguardia.com/politica/20180720/45975826373/presidente-polaco-propone-referendun-para-cambiar-constitucion-en-noviembre.html>

³² <https://www.europapress.es/internacional/noticia-parlamento-hungria-aprueba-ley-aumenta-control-gubernamental-academia-ciencias-20190702143150.html>

CONCLUSIONES

En definitiva, la hipótesis de la democracia continua propone, en primer lugar pensar la democracia de una manera distinta, con dos actores- el ciudadano y los representantes- y tres espacios- el civil, el político y el público -; y en segundo lugar y conforme a lo anterior, una reconfiguración de la organización institucional democrática.

Esta propuesta se inscribe en una crítica al principio representativo y encuentra, como es natural, numerosos condicionantes en su contexto francés, como son la implantación del control de constitucionalidad a posteriori -y la consecuente necesidad de legitimar la actividad del juez constitucional francés- la actualidad del debate sobre su reforma o la defensa de una Constitución para Europa; pero también surge como respuesta a un escenario internacional de crisis económica y política. Es en este mismo escenario que vemos surgir las «democracias iliberales»³³.

La propuesta de Dominique Rousseau afirma de forma original la legitimidad democrática del juez constitucional y ha enriquecido y enriquece hoy el debate francés en este sentido, lo cual parece de suma importancia hoy en día. Además, y más allá de su viabilidad fáctica, pone a dialogar al Derecho Constitucional con otras disciplinas y nos invita a la reflexión profunda a cerca de cuestiones fundamentales del pensamiento político y constitucional. La hipótesis de la «democracia continua» puede parecernos más o menos conveniente, pero es innegable que permite identificar y pensar- cómo demuestra el debate que suscita- cambios producidos en las democracias actuales y los retos de las mismas.

En cualquier caso, el debate sobre si esta «democracia continua» puede calificarse realmente de democracia se encuentra inserto en aquel que se pregunta sobre la posibilidad de llamar democracia a un sistema político en el que el juez puede bloquear las decisiones de los representantes basándose en los derechos fundamentales. Por otra parte, en el contexto francés, esta propuesta se aleja de una tradición «iliberal» que existiría, según el filósofo Pierre Rosanvallon³⁴, en la cultura política francesa para proponer, de alguna manera, conciliar liberalismo y democracia. Finalmente, en lo

³³ Así como los « populismos », que Dominique Rousseau aborda en el epílogo de la edición de su libro en 2017. Con respecto a constitucionalismo y populismos: SANZ MORENO J. A. «Sobre la redención populista y la fuerza constitucional: el valor intangible de la democracia» *Revista de Estudios Políticos*, 183, 2019, 161-190

³⁴ Rosanvallon, P. *Fondaments et problèmes de l'illibéralisme français*, 2001, en: <https://www.asmp.fr/travaux/communications/2001/rosanvallon.htm>.

que se refiere a los regímenes «iliberales», estos parecen ajustarse a las coordenadas de la democracia representativa pero no de la continua. Sea continua o no, el debate que se pregunta sobre la forma de inclusión de derechos y libertades fundamentales en el marco democrático, es fundamental hoy en día y atañe, sin duda al Derecho Constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

- BRUNET, P. «Le juge constitutionnel est il un juge comme un autre» dans *La notion de juge constitutionnel*, Dalloz, 2005
- CHEVALLIER, J. *L'État de droit*, Montchrestien, 2010.
- FERRERES COMELLA, V. *Justicia constitucional y democracia*, CEPC, Madrid, 2007
- JOUANJAN, O. (dir.) *La notion de justice constitutionnelle*, Dalloz, Paris, 2005
- LE BRAZIDEC, G. «René Capitant y Carl Schmitt frente al parlamentarismo de Weimar a la Quinta República», *Cuestiones constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional*, N°. 6, 2002, págs. 73-106
- MARTÍN DE LA VEGA, A. «En torno a la Teoría de la Constitución y los nuevos contextos del constitucionalismo», *Estudios de Deusto*, 57/2, 2009, pp. 167-192. En: <http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/pdfs/estudios/estudios13.pdf>
- LÓPEZ GUERRA, L., *Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional*, 2008, Estudio preliminar.
— «Algunas notas sobre el desarrollo de la doctrina constitucionalista española», *Revista catalana de dret públic*, 41, 2010, p. 85-116
- GARRORENA MORALES, A. «La posición jurídica del TC en el sistema español: posibilidades y perspectivas» *Revista española de Derecho Constitucional. Vol. 1. Núm. i. Enero-abril 1981*
- KLEIN, L, «Démocratie constitutionnelle et constitutionnalisme démocratique : essai de classification des théories juridiques de la démocratie", 2017, *Revue Francaise de Droit Constitutionnel*, 109, p. 121-141.
- ROUSSEAU, D. *Radicaliser la démocratie*, Seuil, 2017
-- *La justicia constitucional en Europa*, CEPC, Madrid, 2002
— *La démocratie continue*, L.G.D.J, Paris, 1995
- ROSANVALLON, P. *La légitimité démocratique*, Seuil, 2008
- VEDEL, G. «Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme», *Pouvoirs, revue française d'études constitutionnelles et politiques*, n°45, 45, p.149-159