

**SOBRE LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL,
LA DEMOCRACIA RADICAL Y LA ILUSIÓN DE
LA DEMOCRACIA DIRECTA**

*Comunicación del académico de número Alberto Dalla Vía, en la
sesión privada de la Academia Nacional de Ciencias
Morales y Políticas, el 23 de agosto de 2017*

SOBRE LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL, LA DEMOCRACIA RADICAL Y LA ILUSIÓN DE LA DEMOCRACIA DIRECTA

Por el académico DR. ALBERTO DALLA VÍA

Entre finales de 2016 y comienzos de 2017 se produjeron muchas novedades: el referéndum sobre la independencia de Catalunya, el “brexit” inglés, el referéndum sobre la secesión de Escocia, el referéndum para la reforma Constitucional de Italia y la Consulta sobre los Acuerdos de Paz en Colombia.

Tales temas rondaron en los debates del Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional que tuvo lugar en la Ciudad Autónoma de México y posteriormente nos tocó dictar un seminario en la Universidad Pompeu Fabra, en Barcelona, en el mismo día en que el ex presidente de la Generalitat, Artur Mas, era juzgado ante el Tribunal Supremo por haber desobedecido el fallo del Tribunal Constitucional Español que declaró inconstitucional el referéndum por la independencia de Catalunya, prohibiendo su realización.

Tal prohibición se fundó en la inexistencia de un derecho de secesión en la Constitución Española y en la falta de consentimiento del pueblo español y del resto de las Comunidades Autónomas, no obstante, los independentistas catalanes, que son numerosos e influyen notablemente sobre sus coterráneos insisten en la existencia de un supuesto “derecho a decidir” que no tiene sustento en el ordenamiento jurídico y que más bien parece fundarse en una cuestión de carácter sentimental.

Tal vez por eso, y por cuestiones similares que ocurren y han ocurrido en otras partes, sea conveniente recordar lo decidido por la Corte Suprema del reino Unido el 24 de enero de 2017 sobre el “brexit”, confirmando la sentencia de la Alta Corte de Justicia del 3 de noviembre de 2016.

Se trató del caso *Gina Miller* y otros contra el *Secretary of State for Exiting the European Union* que se desarrolló ante la Alta Corte Fue un típico proceso de control de constitucionalidad ante el anuncio oficial del Gobierno Británico, de que se procedería a notificar a la Unión Europea la salida del Reino Unido.

La Alta Corte analizó los “principios constitucionales” del Reino Unido, destacando lo que calificó como la regla más fundamental de su Constitución, que es que el Parlamento es soberano, y como tal, puede sancionar y derogar cualquier ley a su elección; siendo un aspecto de dicho principio que la Corona –o sea el Gobierno- no puede ejercer poderes de prerrogativa para derogar la legislación.

En cuanto a la Ley del Referendo de 2015, la Corte señaló que debía ser interpretada a la luz de los principios constitucionales básicos de la soberanía parlamentaria y de la democracia representativa que se aplican en el Reino Unido, lo que la llevó a la conclusión de que “un referéndum en cualquier materia solo puede tener efectos de recomendación para los legisladores en el Parlamento, excepto cuando un lenguaje claro en contrario se use en la legislación”, lo que no se encontraba en la Ley del Referendo de 2015.

Concluyó la Corte en su sentencia que “no cuestionaba la importancia del referendo como evento político, cuya significación tendría que ser considerada y tomada en cuenta en otra parte”, decidiendo finalmente que “el Secretario de Estado no tiene poder conforme a la prerrogativa de la Corona, para formular la notificación conforme al artículo 50 del Tratado de la Unión Europea para la salida del Reino Unido de la misma”. Como se sabe, finalmente el Parlamento intervino, saldando la objeción constitucional.

Un destacado constitucionalista y académico español, Pedro de Vega remarcó que entre la **democracia representativa** y la **democracia participativa** se esconde una contradicción fundamental e insoslayable que bien se podría resumir en la siguiente comprobación: lo que es representativo no puede ser participativo y lo que es participativo no puede ser representativo.

El artículo 22 de nuestra Constitución Nacional, dice: “El Pueblo no delibera ni gobierna sino a través de sus representantes y autoridades creadas por esta constitución... y sigue con otra frase que no se cita con frecuencia ni que se recuerda mucho que dice “toda fuerza armada o grupo de personas que pretenda arrogarse los derechos del pueblo comete delito de sedición...”

Durante mucho tiempo la doctrina interpretó que la redacción del artículo era tan contundente que no dejaba espacio para las llamadas formas semi-directas. Una vez recuperada la democracia entre nosotros, el Presidente Raúl Alfonsín convocó a un plebiscito sobre el Acuerdo de Paz del Canal de Beagle bajo la forma de una “consulta popular no vinculante” y a pesar de la mayoría arrolladora en favor del “sí”, el bloque de senadores justicialistas no se sintió obligado por el pronunciamiento popular.

Más tarde, la reforma Constitucional de 1994 incorporaría un nuevo capítulo a la parte dogmática que lleva como título “De los nuevos derechos y garantías”, complementando a las “Declaraciones, derechos y garantías” del anterior capítulo único y actual capítulo primero. En diferentes artículos aparecen enunciados los denominados “derechos de participación política” que superan la antigua categoría de derechos civiles y políticos de

primera generación, propios del constitucionalismo liberal para ubicarse como derechos humanos fundamentales de tercera generación. Así los consideran instrumentos internacionales con jerarquía constitucional como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos.

De ese modo, el artículo 36 al referirse a la cláusula ética y a la defensa de la democracia está consagrando también el **“derecho a la democracia”** como derecho subjetivo. El artículo 37 consagra el **derecho al sufragio** y la igualdad de oportunidades entre varones y mujeres, incorporando también la disposición transitoria segunda que mantiene la cuota de género o cupo femenino. El artículo 38 considera a los **partidos políticos** “instituciones fundamentales del sistema democrático” bajo la condición de que ejerzan la democracia interna y contribuye a su sostenimiento en la medida en que rindan cuentas del destino y origen de sus fondos.

El artículo 39 prevé la posibilidad de la **iniciativa popular** para la sanción de las leyes, bajo ciertas condiciones que preservan el rol del Poder Legislativo. El artículo 40 se refiere en su texto tanto al **referéndum** como al **plebiscito** y también a la **consulta popular**. El artículo 41 consagra el derecho a un **ambiente sano y equilibrado** apto para las generaciones actuales y futuras. El artículo 42 el derecho de los **usuarios y consumidores** como nueva categoría jurídica y el artículo 43 consagra la acción de **amparo** individual y colectivo, así como las garantías de **hábeas corpus** y de **hábeas data**.

Esa misma línea fue seguida por varias reformas en el ámbito del Derecho Público Provincial y Municipal, especialmente cabe destacar a la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que se caracteriza por un tono –y un lenguaje- altamente participativo e inclusivo. El principio demo-liberal de igualdad ante la ley, entendido como igualdad ante iguales circunstancias, deja paso al concepto de no- discriminación y a los derechos de las minorías, a través de la implementación de “acciones positivas” que concreten la obligación del estado de remover los obstáculos

para hacer posible la aplicación efectiva y no ilusoria de los derechos fundamentales.

De ese modo, en la doctrina comenzó a hablarse de un “transito” desde la democracia representativa hacia la democracia participativa, de manera tal que sin dejar de lado los principios fundamentales del artículo primero de la Constitución cuando dice que “La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa, republicana, federal.., una versión actualizada del Estado Democrático de derecho se *aggiorna* con canales de participación ciudadana que oxigenan y legitiman el sistema.

La democracia representativa, como base esencial de funcionamiento del sistema democrático no está puesta en cuestión pero muchos la consideran insuficiente, motivo por el cual se propone el aditamento de razonables niveles de participación. En el sistema europeo de protección de los derechos humanos la exigencia de un orden público democrático forma parte de las bases esenciales del sistema, al igual que ocurre en el ámbito del sistema interamericano, sólo que el Tribunal Europeo de derechos Humanos con sede en Estrasburgo, ha considerado a la democracia representativa como la condición exigible.

En tanto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede en San José de Costa Rica también ha considerado que la democracia representativa es la base exigible del sistema pero en algunos precedentes, entre los que cabe citar “Castañeda Gutman c/ Estados Unidos Mexicanos” (año 2008) le concedió valor jurídico a la Carta Democrática Interamericana de la OEA en la cual se pone en valor a la participación. Hemos afirmado que en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos existe un “piso” que es la democracia representativa y un “techo” que es la democracia participativa. El problema o el quid de la cuestión se encuentra en determinar hasta dónde llega ese techo y cuál es su nivel de operatividad.

Recurriendo a los clásicos, sí ROUSSEAU es el teórico de la soberanía del pueblo, del conjunto de *ciudadanos reunidos* que hace la ley, de la democracia directa; SIEYÉS es el teórico de la soberanía de la nación –todo el territorio, todos los habitantes,

todos los tributarios del poder político”- que hace la ley por medio de representantes de la “democracia indirecta” o “representativa”.

La Constitución Francesa del 3 de septiembre de 1.791, siguiendo a SIEYES establecía en el Título III Artículo 1º que, *“La soberanía es una, indivisible, inalienable e imprescriptible. Pertenece a la Nación; ninguna sección del pueblo, ni ningún individuo, puede atribuirse su ejercicio”*.

El descrédito de la representación nacional, encabezada por el rey como representante nato, de acuerdo al texto constitucional de 1791, tuvo consecuencias decisivas. Después de tres años y medio de revolución, la escasez y el elevado precio de los víveres, especialmente del pan, acuciaba a las clases populares.

El movimiento tenía suficiente fuerza como para que el sector radical de la Convención (la Montaña) y su soporte ideológico y organizativo exterior (el Club de los Jacobinos) pensaran que una alianza con las clases populares podía darles el poder frente al sector moderado (la Gironda).

A fines de mayo ROBESPIERRE propugna abiertamente la insurrección popular. Aceptada ésta por los jacobinos, se lleva a cabo en las jornadas del 31 de mayo y 2 de junio: en esta última, 80.000 hombres de la Guardia Nacional, bajo el control de las secciones de París, cercan la Convención e imponen la detención de dos ministros y de veintinueve diputados girondinos.

El Acta Constitucional del 24 de junio de 1793 contiene en su primera parte una Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano que en su artículo 25 establece: *“La soberanía reside en el pueblo; es una, indivisible, imprescriptible e inalienable”*.

La Constitución de 1793 marcará el punto de máxima democratización de las estructuras del poder público, lo que se traduce también en un predominio neto del legislativo ante un poder ejecutivo relativamente muy débil. Es el máximo momento de influjo de ROUSSEAU en el pensamiento de los revolucionarios. Las guerras contra Austria y contra Prusia, llevaron a los jacobinos a suspender la puesta en vigor de la

constitución recién aprobada, nombrando por decreto dos comités de gobierno, el comité de «Salud pública» y el comité de “Seguridad nacional”.

Su radicalismo les llevaría a instaurar, el terror, que se llevó por delante no sólo a DANTON sino también a ROBESPIERRE. El gran fracaso se cerró con la disolución de la Convención en septiembre de 1795 y el establecimiento del Directorio. El pensamiento jacobino nos deja en conclusión un debate no resuelto sobre las crisis de representación, tantas veces aplazado y postergado, simbolizado por la Constitución nunca aplicada de 1793, enterrada en un arca de roble para nunca más volver a la luz.

Tenemos ante nosotros dos formas muy diferentes de concebir la democracia. La democracia **constitucional** tiene como límite del poder al orden jurídico. Pero sus detractores la ven como un ardid para eludir el genuino gobierno del pueblo. La democracia **radical** busca su fundamento en Rousseau, proclamando sus principios y exigiendo un *demos* activo en el ejercicio del poder. Sus críticos llegan al extremo de considerarla una “democracia totalitaria”.

El **Estado constitucional** surge después de las grandes revoluciones norteamericana y francesa bajo la democracia representativa, en pugna durante más de un siglo con las tesis doctrinarias sobre la soberanía compartida, especialmente en el parlamentarismo británico, en tanto que el **republicanismo cívico** inspira el mundo académico europeo y americano, con autores como Lord Acton, Bertrand de Jouvenel o Alexis De Tocqueville generando una explicación alternativa de la revolución estadounidense ante la teoría liberal que sitúa su origen en John Locke.

La **concepción liberal y representativa** es el fundamento de una democracia concebida como competición entre minorías selectas, donde conjugan los intereses de partidos y grupos de presión en un proceso de transacción perpetua, lejos de los ciudadanos. El impacto de la partidocracia es anunciado Robert Michels y la “ley de hierro” de las oligarquías o gaetano Mosca y sus reflexiones sobre la circulación de las élites.

Se mantiene la prohibición del mandato imperativo: la banca es del representante y no de su partido, como en el recordado discurso de Burke a los electores de Bristol. El representante actúa por la nación, de modo que la representación, en rigor, crea la voluntad nacional.

Nada que ver con las sociedades heterogéneas, dispersas, o fragmentadas de la postmodernidad, salvo los falsos ídolos que construyen algunos nacionalismos y las “democracias populares” que son populismos pero no democracias, como lo demuestra la triste realidad de Venezuela.

En este contexto, y como lo señala con claridad el académico español Benigno Pendás, las instituciones de democracia directa o semi-directa permanecen en segundo plano, cuando no desaparecen sin más. La querencia de los regímenes autoritarios y/o totalitarios por plebiscitos y otras formas de aclamación popular contribuye también al merecido desprestigio de tales respuestas:

- a) Todavía subsisten las viejas asambleas de ámbito local, entre tradición y folklore, así como el Landsgemeinde, el referéndum, la iniciativa popular o volkbegehren en los cantones suizos, como estudiara mi maestro Alberto Antonio Spota en un libro publicado en los años setenta.
- b) La iniciativa legislativa popular suele ser una posibilidad ciertamente compleja. Sujeta a muchas restricciones. Las constituciones actuales la contemplan con desconfianza, al exigir un elevado número de firmas y situando otros obstáculos estratégicos para su aprobación.
- c) Mejor suerte corren las acciones procesales para tutelar intereses difusos o colectivos ante los órganos jurisdiccionales, aún cuando su proyección política suele ser limitada y el ordenamiento jurídico procure limitar cualquier exceso.
- d) El “referéndum” y la “consulta” suelen ser utilizados aunque la expresión “plebiscito” está mal vista. La *provocatio ad populum* genera motivos de escepticismo democrático, al tener que dar respuestas tajantes a

problemas complejos, planteados con trazos muy gruesos y a veces mediante preguntas capciosas. El resultado es inapelable, aunque los “perdedores” (como en Escocia) se sientan legitimados para reclamar segundas o posteriores opciones. Si los ciudadanos dicen “no”, como ocurriera en Francia y en Holanda sobre el proyecto de Constitución Europea, provocan el desconcierto y la parálisis temporal del proceso político y tecnocrático, como también se verificó recientemente con la Consulta por los Acuerdos de Paz en Colombia.

- e) También podríamos considerar formas de ejercicio de democracia directa a las grandes manifestaciones o concentraciones en lugares emblemáticos como las “plazas públicas”. Reflejan un estado de ánimo social pero la razón ilustrada no siempre sale bien parada del despliegue de tantas emociones concentradas en el mismo espacio y en el mismo tiempo.

La **corriente radical** perdura en las teorías de la participación, la deliberación y/o la inclusión, así como en las posturas críticas hacia esa concepción oligárquica que disfraza de realismo su desconfianza hacia la capacidad del ciudadano para dirigir los asuntos públicos.

En este debate está en juego el modo de ser de la civilización occidental, la sociedad menos injusta de la historia, en su vertiente política. Nuestro mundo está construido sobre el egoísmo racionalizado que fue una solución inteligente para superar un estado de naturaleza donde no hay vida posible ante el temor de una eventual agresión.

El individualismo propio de la condición humana se convierte en fuerza creadora, tanto de la sociedad como del Estado. El Derecho es el instrumento ordenador de esa conjunción de utilidades individuales. Los gestores de nuestra voluntad política negocian entre intereses privados, surgiendo un *compromiso*, que no pretende ser una verdad ni tampoco un interés público.

Los llamados “**demócratas radicales**” se estremecen de espanto, apelando al modelo rousseauiano, con su “voluntad general” infalible. De manera que inclusive habría que “**obligar a ser libre**” al disidente. Los intereses son siempre turbios y se trata de encontrar una solución justa.

Las doctrinas que exigen una democracia “fuerte”, denuncian al neoliberalismo de ser la ideología de la globalización y del egoísmo, hablando de “democracia sin ciudadanos” pero también de “ciudadanos sin democracia”. Preocupa la guerra doctrinal frente a las instituciones “contra-mayoritarias” especialmente a la justicia constitucional. No debería limitarse el derecho a decidir.

Las teorías críticas se quedan en la queja ante la democracia representativa sin llegar a proponer una alternativa capaz de suplantarla; sin embargo los partidarios de la democracia radical se enrolan en algunas de las corrientes siguientes, conforme han sido presentadas en algunos trabajos de Ciencia Política.

La **democracia participativa** tiene su origen en los años sesenta, pero su explosión teórica y práctica puede situarse en los últimos quince años. Se plantea la representación mediante la creación de “espacios abiertos” a disposición de “ciudadanos motivados”, y protagonismo de la sociedad civil.

Se han puesto en práctica en los consejos comunales, redes participativas, jurados ciudadanos, cogestión urbanística o medio-ambiental y presupuestos participativos. La revocación de mandato ha producido resultados sorprendentes en Venezuela, Ecuador y Perú.”. Esas instituciones diseñadas al servicio del radicalismo democrático requieren medios personales y materiales sólo disponibles para los grupos mejor organizados.

El gran debate contemporáneo de la *ciberdemocracia* anuncia el colapso de los medos tradicionales y sin embargo todavía ejercen una influencia determinante sobre la política democrática. Los nuevos medios empiezan a imponer su propia ley, incluso en el decisivo debate de las ideas. El tránsito de los diarios convencionales hacia la edición electrónica es otra realidad. La E-

Democracy?, ofrece ventajas a la transparencia pero también trae graves problema como los grupos de presión en las redes. Muchas propuestas participativas están orientadas en la buena dirección pero ninguna de ellas abra la puerta a una “revolución” democrática digna de un nombre tan concluyente.

La **democracia deliberativa** atrae en ámbitos académicos cuyos integrantes tienen por objeto la búsqueda de la verdad, pero esa comunidad ideal no puede existir en la sociedad política. En definitiva, se trata de la voluntad general rusioniana. La deliberación presupone la un diálogo entre iguales, que permitiría construir una razón pública. Pero no hay tal república de sabios generosos y humildes dispuestos a ser convencidos por la lógica del mejor argumento. Entre otras cosas porque ciertas identidades ideológicas, territoriales y religiosas son irreductibles y nadie está dispuesto a cambiar de opinión sobre materias que afecten al núcleo de su forma de ser y de estar en el mundo. Si bien resulta muy atractiva, la democracia deliberativa no es una opción posible. Sin embargo, exigir la exposición de buenas razones es una valla razonable contra la arbitrariedad.

La **democracia inclusiva** resulta mucho más preocupante que las propuestas participativas o deliberativas, toda vez que se trata de reservar cuotas de representación de grupos determinados por sus condiciones. Actúan a la manera de vetos a la aplicación de las leyes generales, quebrando las reglas de la representación entre iguales. Las minorías en proceso de inclusión deben actuar en defensa de los intereses parciales y sectoriales del grupo a que representan, de modo que la democracia inclusiva y deliberativa son incompatibles, aunque hay quienes que simpatizan con una y otra.

Hay que evitar las posiciones extremas. La participación mejora y fortalece a las instituciones así como la deliberación coadyuva a la concordia política, es plausible que haya debate de argumentos. Hay propuestas republicanas merecen ser consideradas para paliar la partidocracia, como las listas abiertas, las elecciones primarias, la transparencia, el gobierno abierto y la limitación de

mandatos; son medidas a favor de mejorar la calidad de la democracia.

Con presupuestos mínimos como una constitución genuina; un Estado de Derecho con jueces independientes; el pluralismo político, con libertades suficientes para ejercer la oposición; medios de comunicación capaces de criticar al poder sin sufrir por ello consecuencias irreparables, es decir un cierto grado de *poliarquía*, según el famoso concepto de Robert Dahl, se conforma un antídoto insuperable frente al despotismo y/o totalitarismo.

Concluyendo:

El dilema se encuentra entonces en cómo resolver tal contradicción. Las formas de democracia radical confrontan contra la democracia representativa pero no ofrecen una alternativa mejor ni posible. La respuesta está en complementarla, de manera que un cierto grado de participación, de deliberación y de inclusión abran los cauces cerrados hacia un modelo de convivencia más aceptable para todos.

Se trata, en definitiva, de la búsqueda y el reforzamiento de la legitimidad, no solamente la legitimidad de origen que está garantizada cuando los procesos electorales son correctos y transparentes, sino fundamentalmente la legitimidad de ejercicio para que sea hecha cierta la advertencia de Berlioz, en cuanto a que “los representantes del pueblo soberano” no se conviertan en los soberanos representantes del pueblo.

Si la democracia es un sistema de creencias, como enseñó Max Weber, es en tal legitimidad en la que reposa la soberanía popular: **en la creencia generalizada en una determinada legitimidad.**

Referencias:

- Manuel ARIAS MALDONADO *“La democracia sentimental. Política y emociones en el siglo XXI”*. Pagina Indómita. Barcelona 2016.
- Edmund BURKE *“Revolucion y descontento”*. Selección de escritos políticos. Clásicos Políticos. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid.
- Allan Randolph BREWER CARIAS *“El caso “Brexit” ante los jueces constitucionales del Reino Unido: Comentarios a la sentencia de la Alta Corte de Justicia de 3 de noviembre de 2016, confirmada por el Tribunal Supremo en sentencia de 24 de enero 2017”*. Memoria del XIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. 2017.
- Caso *Gina Miller y otros contra Secretary of State for Exiting the European Union* (Case No: CO/3809/2016 and CO 3281/2016). www.judiciary.gov.uk/judgments.
- Alberto Ricardo DALLA VIA y Alberto Manuel GARCIA LEMA (Directores) *“Nuevos Derechos y Garantías”* (Tomos I y II) en *“La Constitución Reformada y sus Normas Reglamentarias”*. Rubinzal-Culzoni Editores. Santa Fe. Buenos Aires. 2008
- Pedro DE VEGA GARCIA. *“Legitimidad de origen y de ejercicio en las democracias contemporáneas”*. Colección “working papers”. Universidad Nacional Autónoma de Barcelona. 2002
- Benigno PENDÁS GARCIA. *“Democracia Constitucional o Democracia Radical. ¿Es Lícito vivir al Margen de la Política?”* Real Academia de Ciencias Morales y Políticas. Año LVVIII. Numero 93. Curso Académico 2015-2016. Madrid. 2017
- Juan Luis REQUEJO PAGÉS *“El sueño constitucional”*. Colección KRK pensamiento. Oviedo. España. 2016.
- Javier RUIPÉREZ ALAMILLO *“La Nueva reivindicación de la Secesión de Cataluña en el Contexto*

Normativo de la Constitución Española de 1978 y el Tratado de Lisboa". UNED. Teoría y realidad Constitucional, num. 31, 2013, pp 151-136.

- Stephen **TIERNEY** "*Constitutional Referendums. The Theory and Practice of Republican Deliberation*". Oxford Constitutional Theory. Oxford University Press. 2012.