

**IX ENCONTRO INTERNACIONAL DO  
CONPEDI QUITO - EQUADOR**

**NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-  
AMERICANO II**

**MARIA CLAUDIA DA SILVA ANTUNES DE SOUZA**

**JERÔNIMO SIQUEIRA TYBUSCH**

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### **Diretoria – CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

**Vice-presidente Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

**Secretário Executivo** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

#### **Representante Discente – FEPODI**

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

#### **Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

#### **Secretarias:**

##### **Relações Institucionais**

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

##### **Relações Internacionais para o Continente Americano**

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

##### **Relações Internacionais para os demais Continentes**

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

#### **Eventos:**

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSC – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

#### **Comunicação:**

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

**Membro Nato** – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

N935

Novo Constitucionalismo Latino-Americano II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UASB

Coordenadores: Jerônimo Siqueira Tybusch; Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza; Ramiro Ávila Santamaría. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-678-9

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Pesquisa empírica em Direito: o Novo Constitucionalismo Latino-americano e os desafios para a Teoria do Direito, a Teoria do Estado e o Ensino do Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. IX Encontro Internacional do CONPEDI (9 : 2018 : Quito/ EC, Brasil).

CDU: 34



# **IX ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI QUITO - EQUADOR**

## **NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO II**

---

### **Apresentação**

O Grupo de Trabalho Novo Constitucionalismo Latino-Americano II contou com a apresentação de 13 trabalhos de altíssima qualidade, envolvendo uma gama extremamente complexa de abordagem dentro da área central do constitucionalismo Latino-Americano. As temáticas envolveram elementos como Poder Constituinte, Democracia, Tutela das Famílias, Alteridade, Emancipação, Protagonismo Indígena, Dignidade, Decisão Jurídica, Função Social da Propriedade, Fraternidade, Sustentabilidade, Estado-Nação e Movimentos Sociais. Os mais apresentadores dos artigos são originários de diferentes países da América Latina e vinculavam-se à diversas universidades como Universidad de las Americas - UDLA (Equador), Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA (Brasil), Universidad de Cuenca – UCUENCA (Equador), Universidad Andina Simón Bolívar – UASB (Equador), Universidad del Azuay – UDA (Equador), Universidad Autónoma Gabriel René Moreno – UAGRM (Bolívia), Universidade de São Paulo – USP (Brasil), Universidade Federal de Santa Maria – UFSM (Brasil), Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI (Brasil), Universidad Central del Ecuador – UCE (Equador), Pontificia Universidad Católica del Ecuador – PUCE (Equador), Tribunal Contencioso Electoral del Ecuador, Universidade Federal de Goiás – UFG (Brasil), Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP (Brasil), Universidade Federal de Roraima – UFRR (Brasil), entre outras. Nesse sentido, reputamos como extremamente válido o encontro e debates realizados no âmbito do presente Grupo de Trabalho, servindo como espaço para formação de redes acadêmicas, produção científica, crítica e de relevância, na área do Direito e interdisciplinaridade junto às ciências sociais e humanas , bem como fortalecimento dos laços de integração na América Latina e Caribe.

Prof.Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM (Brasil)

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI (Brasil)

Prof. Dr. Ramiro Ávila Santamaría - UASB (Equador)

**A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA DEMOCRACIA: UMA ANÁLISE  
COMPARADA ENTRE A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA E A EQUATORIANA.**

**THE CONSTITUTIONALIZATION OF DEMOCRACY: A COMPARATIVE  
ANALYSIS BETWEEN THE BRAZILIAN AND EQUATORIAL CONSTITUTION.**

**Ilana Aló Cardoso Ribeiro <sup>1</sup>**

**Resumo**

Este artigo explora novos conceitos surgidos de um movimento recente intitulado Novo Constitucionalismo Latino-Americano, onde um dos temas centrais é a democracia em suas diferentes formas. A discussão engloba os principais aspectos desse movimento, no qual a Constituição equatoriana de 2008 faz parte, baseando-se na democracia e tudo o que ela representa e o seu contraste com a Constituição brasileira de 1988. Busca-se debater assuntos importantes como a representação da democracia no novo e no neo constitucionalismo; a revolução da democracia participativa e a estagnação da democracia representativa; e também a influência das experiências de poder na democracia.

**Palavras-chave:** Direito constitucional, Novo constitucionalismo latino-americano, Democracia, Equador, Brasil

**Abstract/Resumen/Résumé**

This article explore the new concepts emerging from a recent movement entitled New Latin American Constitutionalism, where one of the central themes is democracy in its different forms. The discussion encompasses the main aspects of this movement, in which the Ecuadorian Constitution of 2008 forms part, and contrasting with the Brazilian Constitution of 1989. With this, it is sought to discuss important issues such as the representation of democracy in the new and neo-constitutionalism; the revolution of participatory democracy and the stagnation of representative democracy; and the influence of the experiences of power in democracy.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Constitutional law, New latin american constitutionalism, Democracy, Ecuador, Brasil

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito Constitucional UFF/RJ; Mestre em Ciências Políticas FLACSO/EC; Doutoranda em Direito UFRJ; Professora substituta UFRJ e professora UNESA.

## 1- Introducción

La democracia siempre fue un tema tratado de manera particular, y eso se explica históricamente por muchos motivos, pero el más importante de ellos es la desconcentración del poder. La constitucionalización de la democracia materializada inicialmente en la separación tripartita del poder nos remite a la época de Aristóteles, quien menciona la creación de tres poderes tras el peligro de la concentración de poder en un solo ente, evitando así el abuso de poder. En esa misma dirección apunta Norberto Bobbio en su libro *Las teorías de las Formas de Gobierno* en donde menciona que en la República de Roma, en la época del historiador Polibio, el poder también era dividido en tres partes. Con la tesis de gobierno mixto de Polibio, se observa que además de esa división, ya existía un sistema de frenos y contrapesos, que a pesar de haber sido poco desarrollado, cada poder además de ejercer su función también ejercía la fiscalización entre ellos.

El poder dividido en tres, en donde el parlamento ejercía la función legislativa, el Rey era el encargado de la función ejecutiva, y el Poder Judicial existía de una manera independiente, fue también mencionado en el Estado Francés del siglo XVI por Jean Bodin en su obra *Los seis libros de la República* (1576). La historia continúa con Maquiavelo en *El príncipe* (1532) hasta el siglo XVII con John Locke en Inglaterra, la teoría de la separación de los poderes fue desarrollándose. Pero fue con Montesquieu que esa teoría fue consagrada y trabajada en el Libro XI de la obra: *El Espíritu de las Leyes* (1748). Así como Aristóteles, él entiende que es en los gobiernos moderados en donde se encuentra la libertad política, y para ello era necesario que no existiera abuso de poder, volviéndose esencial que un poder pueda frenar al otro, y por eso la existencia de una división de poder en tres órganos.

El hecho de no haber concentración de poder en un solo ente justifica la teoría de la separación de poderes, pero la principal justificación está en la propia democracia. Para preservar la democracia es necesario que el poder sea dividido en beneficio del principal titular de ese poder que es el pueblo. Es decir, instituciones independientes son la clave para la democracia y eso debe ser garantizado constitucionalmente.

Pero la democracia no se limita a las instituciones o a la Constitución, la democracia nace del poder del propio pueblo en construir una nueva Constitución democrática. Por eso, hablar en Poder Constituyente es hablar de democracia. Actualmente se puede encontrar en la teoría de Antonio Negri que ese poder es como una expansión revolucionaria de la capacidad humana de construir la historia, como un acto de innovación y, por lo tanto, como un procedimiento absoluto.

Y en esto se centra el presente estudio, en la Constitución democrática y su adaptación en una nueva época pos regímenes anti-democráticos, en donde renace la democracia como forma de gobierno. Las innovaciones democráticas que vienen con la Constitución ecuatoriana del 2008 devuelven la legitimidad del poder constituyente e indican que, si su promesa teórica sale exitosa, podrá ser un modelo a ser seguido. Basta observar las diferentes formas de democracia hasta la división del poder en cinco funciones para comprender que la constitucionalización de la democracia ecuatoriana va más allá de la representación del pueblo por políticos electos.

Pero para fundamentar este estudio es extremadamente importante hacer un estudio comparativo. En este caso, será utilizado el método comparativo por contraste, así se podrán encontrar las diferencias de las realidades comparadas. Para comparar los institutos de sistemas jurídicos diferentes es necesario contextualizarlos, investigando los significados políticos y jurídicos en sus respectivos ordenamientos. Analizar solamente el nombre del instituto puede llevar al investigador a equivocarse pues es necesario considerar qué ese instituto representa en un determinado sistema jurídico, de una determinada sociedad, con una cierta cultura jurídica.

Serán analizadas, de esa forma, las Constituciones de Brasil y de Ecuador en lo que se refiere a la democracia en sus contextos actuales, democracias constitucionalizadas, buscando delimitar los dilemas enfrentados por las experiencias de poder. El estudio será dividido en tres partes. La primera parte tratará de contextualizar los movimientos constitucionales intitulados de nuevo constitucionalismo y neoconstitucionalismo y sus principales diferencias; La segunda parte tratará de la revolución que trae la democracia participativa comparada con la estagnación de la democracia representativa. Y en la tercera parte se buscará tratar los dilemas enfrentados para el desarrollo de las democracias frente a experiencias e interferencias de poder vividas por las dos Constituciones actualmente.

## **2- Un panorama sobre el nuevo constitucionalismo y el neoconstitucionalismo latinoamericanos (aspectos principales).**

Es necesario aclarar cuestiones de nomenclaturas antes de entrar en el centro del estudio que se propone este artículo, y para eso se deben priorizar las definiciones de nuevo y neoconstitucionalismo así como del propio constitucionalismo. No hay consenso en la doctrina sobre esas nomenclaturas, incluso, se dice que se trata de teorías en construcción y en constante tensión por eso hay divisiones entre los doctrinadores en decir que el nuevo constitucionalismo es la superación o la evolución del positivismo jurídico ya que para otros es considerada una nueva teoría. Pero, independientemente de ser o no ser una nueva teoría jurídica que nos aleja de la teoría clásica del derecho, podemos considerar ese reciente movimiento constitucional

latinoamericano como una tendencia que promueve cambios en la concepción tradicional y formal del derecho (SANTAMARIA, 2008).

Empecemos buscando entender qué es constitucionalismo. Si definimos constitucionalismo de manera objetiva, podríamos unir dos definiciones que se complementan. La primera es de José Gomes Canotilho que propone la existencia de un constitucionalismo antiguo y un constitucionalismo moderno, aunque él resalte que es mejor referirse a varios movimientos constitucionales que a varios constitucionalismos. Así, constitucionalismo es definido como una teoría (o ideología) que prioriza el principio del gobierno limitado como indispensable para garantizar los derechos en una dimensión que estructura la organización político-social de una comunidad. En otras palabras, es una técnica específica de limitación de poder con fines garantísticos. (CANOTILHO, 2000)

Desde ahí se asocia a teoría de Bobbio sobre la existencia de un nuevo y un antiguo constitucionalismo que complementa ese concepto. De acuerdo con su teoría que define el marco teórico del constitucionalismo, fue en Gran Bretaña y en Francia del siglo XVII que ese concepto toma forma, cuyo punto culminante son las revoluciones inglesa (Siglo XVII – 1642-1649 / 1666-1689) y francesa (Siglo XVIII – 1789). Bobbio sostiene que constitucionalismo es el conjunto de movimientos que luchan contra el abuso estatal, ya que para evitar el abuso de poder, debe entonces ser limitado. (Bobbio,1984)

Un constitucionalismo moderno, según Canotilho, legitimó el surgimiento de una Constitución moderna que es sistematizada por medio de un documento escrito en donde se declaran los derechos y se fijan los límites del poder. Y con esa idea de constitucionalismo moderno, que viene de ese hilo conductor históricamente dibujado, es que nacen los términos nuevo y neoconstitucionalismo, con sus respectivos marcos históricos, teóricos y filosóficos.

Paolo Comanducci, por ejemplo, define el término neoconstitucionalismo como una etiqueta que se empezó a utilizar a fines de la década de los noventa del siglo pasado por unos integrantes de la escuela genovesa de Teoría del Derecho (Susanna Pozzolo, Mauro Barberis y él mismo), como forma de clasificar, para criticar, algunas tendencias pospositivistas de la filosofía jurídica contemporánea (COMANDUCCI, 2010). Esa “etiqueta” tuvo éxito principalmente en Europa, particularmente en Italia con Luigi Ferrajoli, y en Latinoamérica con Miguel Carbonell.

El propio Miguel Carbonell entiende ser el neo constitucionalismo en su aplicación teórica y práctica algo aún por consolidarse. Es un modelo que no se estabiliza a corto plazo pues en su interior contiene una serie de equilibrios que difícilmente podrán convivir sin problemas. En cierta medida las ideas neoconstitucionalistas seguirán desarrollándose en un

futuro inmediato y seguirán en un continuo proceso de cambio como están también las sociedades. Se encuentran en ese punto la inestabilidad de cualquier modelo o paradigma neo constitucional. (CARBONELL, 2003)

Se puede decir entonces, que a la Teoría del Derecho se incorpora el término *neo* como una expresión que sintetiza un conjunto complejo y multifacético de nuevas tendencias conceptuales, criterios de positivación y actuaciones jurisprudenciales que reflejan una nueva manera de pensar e interpretar la Constitución. (VILLABELLA ARMENGOL, 2010)

Incluso sin el consenso sobre cuestiones de nomenclatura, es importante destacar que el neoconstitucionalismo que surgió en la posguerra promoviendo una progresiva constitucionalización del derecho en Europa, guarda sus diferencias y semejanzas con el neoconstitucionalismo surgido en América Latina con el cierre del ciclo de los gobiernos militares en la década de los ochenta<sup>1</sup>, que a su vez, guarda diferencias y semejanzas con el nuevo constitucionalismo latinoamericano.

Y es justo por compartir diferencias y semejanzas, por una cuestión de didáctica, y para que no exista ninguna confusión de conceptos, que se prefiere distinguir los movimientos constitucionales dándoles nombres distintos. Para tanto, se hará una breve explicación de sus diferencias y semejanzas para así enfocarse en el tema central que es la democracia.

Ambas corrientes son controvertidas y no estáticas pero el neoconstitucionalismo es una corriente doctrinaria que ya viene consolidándose a lo largo de la historia, mientras el nuevo constitucionalismo es una corriente aún por consolidarse. Esto se vuelve evidente por los recientes modelos de Constitución que son parte de esa corriente si comparada con la otra. Como ejemplo de Constituciones que forman el nuevo constitucionalismo están las Constituciones de Colombia (1991), Venezuela (1999), Ecuador (2008) y Bolivia (2009), como ejemplo de Constituciones que forman el neoconstitucionalismo están las Constituciones de Portugal (1976), España (1978) y Brasil (1988).

Como ha sido aclarado anteriormente, las Constituciones no provienen de corrientes doctrinarias estáticas, siguen evolucionando a través del tiempo de acuerdo con la necesidad de la sociedad. Toman como base la constitucionalización del derecho y de los principios, priorizando la construcción de una teoría en donde se pueda observar las consecuencias prácticas de la evolución del constitucionalismo hasta un Estado Constitucional. Entretanto, se

---

<sup>1</sup> Argentina 1966-1983, Brasil 1964-1985, El Salvador 1967-1984, Guatemala, 1954-1984, Nicaragua 1967-1979, Paraguay 1954-1991, Perú 1968-1980, Chile 1968-1980, Honduras 1972-1982.

alejando cuando se trata del marco histórico, filosófico y teórico. Pasaremos entonces a delimitar de una manera objetiva<sup>2</sup> esos marcos para señalar bien esa diferenciación.

El neoconstitucionalismo surgió primeramente en Europa, y tuvo como marco histórico la posguerra, principalmente en países como Alemania<sup>3</sup> e Italia<sup>4</sup>. En los años setenta se puede destacar también la redemocratización y “reconstitucionalización” de países como Portugal (1976) y España (1978) que suenan como respuesta a sistemas jurídicos antidemocráticos que se caracterizaron por la violación masiva y sistemática de los derechos humanos.

En Latinoamérica ese movimiento tuvo su mayor expresión en la Constitución brasileña de 1988 y la necesidad de redemocratización del Estado pos régimen militar. Así se acercó la idea de constitucionalismo y democracia produciendo una nueva forma de organización política, el Estado Democrático de Derecho, en donde la carta constitucional brasileña fue el puente que transportó al país de un régimen autoritario hacia el Estado Democrático de Derecho<sup>5</sup>.

En cuanto al marco filosófico, se puede decir que el neoconstitucionalismo es centrado en lo que algunos doctrinadores llaman de pospositivismo. Es decir que el debate sobre su caracterización se basa en el encuentro de dos grandes corrientes de paradigmas opuestos, el jusnaturalismo y el positivismo. Considerados por veces opuestos y complementarios, ese momento es marcado por la superación de los modelos puros por un conjunto difuso y abarcador de ideas que fueron agrupados con el rótulo genérico de pospositivismo<sup>6</sup>.

---

<sup>2</sup> El objetivo de ese capítulo no es agotar la discusión conceptual sobre esos movimientos constitucionales intitulados de nuevo y neoconstitucionalismo, sino buscar una manera de aclarar para fines de ese artículo que son movimientos distintos y por eso deben llevar nombres distintos.

<sup>3</sup> Se destaca en ese punto la creación de Tribunal Constitucional Federal, instalado en 1951 de gran importancia en la producción teórica y jurisprudencial que sostuvo el derecho constitucional en los países de tradición romano-germánica.

<sup>4</sup> En el caso italiano, se destaca la instalación de la Corte Constitucional que ocurrió después de la Constitución de 1947.

<sup>5</sup> Es como especifica Luis Roberto Barroso: “*a Carta de 1988 tem propiciado o mais longo período de estabilidade institucional da história republicana do país. E não foram tempos banais. Ao longo da sua vigência, destituiu-se por impeachment um Presidente da República, houve um grave escândalo envolvendo a Comissão de Orçamento da Câmara dos Deputados, foram afastados Senadores importantes no esquema de poder da República, foi eleito um Presidente de oposição e do Partido dos Trabalhadores, surgiram denúncias estridentes envolvendo esquemas de financiamento eleitoral e de vantagens para parlamentares, em meio a outros episódios. Em nenhum desses eventos houve a cogitação de qualquer solução que não fosse o respeito à legalidade constitucional. Nessa matéria, percorremos em pouco tempo todos os ciclos do atraso*”. BARROSO, Luís Roberto. NEOCONSTITUCIONALISMO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil).

Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>

<sup>6</sup> Los autores precursores en ese debate fueron: John Rawls, A theory of justice, 1980; Ronald Dworkin, Taking rights seriously, 1977; Robert Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, 1993

En síntesis, el jusnaturalismo, la filosofía natural del Derecho, se desarrolla desde el siglo XVI acercándose a la ley de la razón, basado en principios de justicia universalmente válidos que acabaron por sucumbir delante del positivismo jurídico de fines del siglo XIX. Ya en la mitad del siglo XX, este mismo positivismo empezó a equiparar el Derecho a la ley, alejándose de la filosofía en busca de más objetividad. Esto desencadenó una mayor creencia en la ley positiva, pero ese modelo se debilitó por cuenta de los regímenes autoritarios y totalitarios que usaron esa legalidad a su favor. Así se justifican la nomenclatura pospositivismo y el marco filosófico del neoconstitucionalismo.

Por fin, en cuanto al marco jurídico, es importante evidenciar tres transformaciones en el ámbito constitucional. La primera es la fuerza normativa de la Constitución y el reconocimiento de esta fuerza. La segunda es la expansión jurídico-constitucional. Y la tercera es el desarrollo de una nueva dogmática de interpretación constitucional.

El reconocimiento de la fuerza normativa atribuyó a la Constitución fuerza vinculante y obligatoria de sus normas, dándoles carácter imperativo conforme a otras normas jurídicas. Es decir, ese cambio resultó en una gran transformación, principalmente en cuanto a la aplicabilidad directa e inmediata de las normas constitucionales.

La expansión jurídico-constitucional proporcionó la supremacía de la Constitución basada en el modelo estadounidense, alejándose del modelo inglés que era sostenido en Europa, en donde la supremacía era detentada por el Poder Legislativo. Se constitucionalizó los derechos fundamentales dejando su protección bajo la tutela del Poder Judicial, se adoptó modelos de control de constitucionalidad y fueron creados Tribunales Constitucionales.

Sobre el desarrollo de una dogmática de interpretación constitucional, es posible tratar ese tema, como un cambio de paradigma desde una doctrina de interpretación jurídica tradicional, que se desarrolló sobre las premisas cuanto al papel de la norma y del juez. Era el papel de la norma fornecer al aplicador del derecho a través de su relato abstracto para dar solución a aquel problema o conflicto, así como, cabría al aplicador de la norma identificar en el ordenamiento jurídico qué norma resolvería el problema o conflicto y de ese modo aplicarla al caso en concreto.

Pero el cambio parte desde una idea de norma absoluta (ella sola se basta para la resolución de conflictos) para una norma que necesita de interpretación amplia y analítica de todo ordenamiento jurídico atribuyendo a los principios cierta dosis de normatividad. Así se amplió el papel del juez, que pasó de simple intérprete de la norma para convertirse en un actor complementario del trabajo del legislador al juzgar basado en valoraciones para cláusulas abiertas realizando así elecciones posibles.

El nuevo constitucionalismo proviene de marcos distintos. Empezando por el marco histórico. Apuntamos, de inicios una necesidad histórica de apropiarse constitucionalmente de algunos instrumentos de lucha y reivindicaciones populares, y también la necesidad de rescatar y mantener conocimientos y prácticas ancestrales originarias de comunidades indígenas como el *Sumak Kawsay* y la *Pachamama*, que fueron históricamente excluidos del proceso de producción y aplicación del derecho.

La historia de la mayoría de los países latinoamericanos aquí considerados, los sudamericanos, fue basada en las políticas colonizadoras de Portugal y de España. El Tratado de Tordesillas (1494) fue pactado con la finalidad de dividir entre ellos las tierras “descubiertas y por descubrir”. Con la emancipación de las colonias sus historias se desarrollaron de maneras distintas pero con un rasgo común: la tradición de un constitucionalismo con base europea y colonizadora. En un ambiente en que casi toda Sudamérica fue escenario de sucesivos golpes militares, el regreso de políticas populistas es otro rasgo fuerte y de base común entre esos países.

Para romper con ese periodo de la historia, la redemocratización de Latinoamérica reestructuró los regímenes antidemocráticos que estaban en el poder con nuevas Constituciones que traían en su texto la fuerza de la democracia y los derechos considerados fundamentales. Este nuevo modelo constitucional tiene como base movimientos políticos y jurídicos que crearon un momento favorable para que se pudiera romper la tradición de un constitucionalismo esencialmente europeo, rescatando las relaciones entre Constitución y pluralismo, resurgiendo así el Poder Constituyente que priorizó la refundación del Estado fundado en la realidad Latinoamericana<sup>7</sup>.

El nuevo constitucionalismo latinoamericano tiene como marco filosófico la Teoría de la Liberación, un movimiento filosófico nacido en los años setenta que proviene de la Teología de la Liberación o de la Pedagogía del Oprimido que tienen como principales exponentes Enrique Dussel y Paulo Freire. Se puede comprender esa teoría partiendo del principio de que el mundo está dividido entre centro y periferia, división que tuvo inicio a partir de 1492 con la

---

<sup>7</sup> El autor brasileño Antonio Carlos Wolkmer destaca el surgimiento de tres ciclos constituyentes en Latinoamérica. Resaltamos, entretanto, que no estamos de acuerdo con la inclusión del Brasil en esos ciclos, pues si incluye el país en la clasificación del nuevo constitucionalismo. Como dicho anteriormente el país es clasificado como neoconstitucionalista porque: 1- los marcos históricos, filosóficos y teóricos son diferentes; 2- Brasil no posee cualidades de la refundación del Estado como la introducción y consolidación de principios que culminan en un pluralismo jurídico, no trabaja con el concepto de interculturalidad y buen vivir; 3- Los conceptos son totalmente diferentes, la jurisdicción es una, las poblaciones indígenas son tuteladas por el Estado, la democracia participativa no tiene la particularidad de cambiar el texto constitucional, entre otros aspectos. Pero, es importante presentar esa visión que fue retirada del texto: WOLKMER, Antônio Carlos e FAGUNDES, Lucas Machado. Tendências Contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: Estado plurinacional e pluralismo jurídico. Revista Pensar. Revista de Ciências Sociais, Fortaleza, v.16 n.2, p.371,408, jul/dezembro. 2011. ISSN 1519-8464.

subsunción de América a Europa. Antes, el mundo era formado de la misma manera (centro y periferia) pero la convivencia era armoniosa, lo que cambió cuando Europa se configuró como centro único del mundo, explotando las riquezas de sus periferias, sobre todo en Latinoamérica. Así consiguió expandir su configuración política e ideológica, instalando valores universales (o que pretendían ser universales) para justificar la imposición de sus creencias, cultura, etc. como siendo universalmente válidos a todos. Dussel busca, a través de esa filosofía en que se basa el nuevo constitucionalismo, liberar filosófica y políticamente a Latinoamérica de la hegemonía eurocéntrica<sup>8</sup>. (DUSSEL, 2008)

Por fin el marco teórico que nace junto con el constitucionalismo democrático se refleja en la lucha por la emancipación de los pueblos. En ese contexto latinoamericano de refundación del Estado el constitucionalismo fundacional dio vida a la revolución democrática que renacía tras un constitucionalismo liberal conservador importado que de cierta manera frenaba la expectativa de un cambio democrático real. Es decir, el referencial del constitucionalismo latinoamericano estaba marcado por el estigma de un constitucionalismo fallido que no tuvo la capacidad de hacer una profunda transformación en la sociedad. La innovación que trajo ese nuevo constitucionalismo se basó en la legitimidad popular y en la aplicación y profundización de la democracia. (PASTORE, DALMAU, 2008)

Y es en ese punto, en donde se tocan constitucionalismo y democracia, que se ve la principal diferencia entre los dos movimientos constitucionales intitulados de neo y nuevo: las formas de realización de la democracia. Así se ve claramente, después de afianzar bien las bases teóricas, que el nuevo constitucionalismo trae, sin dudas la innovación de la democracia participativa en contra de una democracia representativa históricamente preexistente.

Y como se realiza la democracia en el neo y nuevo constitucionalismo es lo que buscamos comprender a continuación de ese estudio. Mientras un busca mayor participación del pueblo por la creencia que el Poder Constituyente es que detiene realmente el poder, el otro cree en un Poder Constituido que representa, formando así el embate entre la revolución de una democracia participativa contra la estagnación de la democracia representativa.

### **3- La revolución de la democracia participativa contra la estagnación de la democracia representativa.**

---

<sup>8</sup> “¿Qué tiene que ver -dirán ustedes- la arqueológica latinoamericana con lo que estamos tratando? Sin embargo, tiene mucho que ver con la opresión de la mujer y su liberación; con la opresión del hijo y su liberación; con la opresión del hermano y su liberación. Tiene que ver, porque aunque tal vez nunca lo hayamos sospechado, todo está relacionado y sólo después que hemos llegado a descubrir las relaciones, estamos en condiciones de comenzar a pensar lo que fuere. Cuando no se piensa todo y no se tienen en cuenta las relaciones fundamentales de lo real, no se puede trazar entonces un discurso realmente racional, real.” DUSSEL, Enrique. Introducción a una filosofía de la Liberación Latinoamericana.

Democracia es un concepto abierto y tiene muchas definiciones. Para el presente estudio entendemos el concepto de poliarquía de Robert A. Dahl apropiado. Él explica que un gobierno democrático se caracteriza fundamentalmente por su continua amplitud para responder a las preferencias de sus ciudadanos sin establecer diferencias políticas entre ellos. Por eso, un lado importante del proceso democrático es el desarrollo de un sistema político que facilite la oposición, la rivalidad y la competencia entre el gobierno y sus antagonistas. La democracia es compuesta por un sistema político, entre sus características se encuentra la disposición de satisfacer entera o casi enteramente a sus ciudadanos, y para eso ellos deben tener iguales oportunidades para: 1- Formular sus preferencias; 2- Manifiestar públicamente esas preferencias entre sus partidarios y ante el gobierno, individual o colectivamente; 3- Recibir por parte del gobierno igualdad de trato, es decir, que no ocurra ninguna discriminación por sus preferencias. Estas tres condiciones básicas deben de ser acompañadas de ocho garantías: 1- Libertad de asociación; 2- Libertad de expresión; 3- Libertad de voto; 4- Elegibilidad para cargos públicos; 5- Derecho de los líderes políticos de competir en busca de apoyo; 6- Diversidad de fuentes de información; 7- Elecciones libres e imparciales; 8- Instituciones que garanticen que la política del gobierno dependa de los votos y demás formas de expresar preferencias. (DAHL, 1978)

Desde ese concepto de poliarquía de Dahl podemos partir hacia la comparación por contraste de las dos democracias estudiadas. Empezaremos por Ecuador que constitucionaliza su democracia aportando garantías para que ésta se realice de diferentes maneras. El artículo primero de la Constitución del Ecuador, describe que se trata de un Estado Constitucional de derechos, democrático, que se organiza en forma de República y se gobierna de manera descentralizada.

Pero la democracia no empieza con el voto ni termina con él. El sufragio es un elemento democrático importante pero no la única manera de participación popular. Existen otros niveles de participación que mantienen una relación estricta con el ejercicio de la ciudadanía que va más allá de la representación política e incide directamente en la calidad de vida de la población. La profundización democrática ocurre cuando se reconoce la necesidad de una participación popular a través de una democracia participativa, demostrando que mientras más participación tuvieren los ciudadanos en las decisiones, más democrático se entiende el sistema.

Es un ejercicio de ciudadanía exigir derechos y cumplir obligaciones, además de mantener una efectiva participación política manteniendo así el sistema en constante construcción, un orden político que debe perfeccionarse con el tiempo. La participación

ciudadana en todos los asuntos de interés público es un derecho, como preceptúa el artículo 95<sup>9</sup> de la Constitución ecuatoriana, y ese derecho será ejercido a través de los mecanismos de democracia representativa, participativa y comunitaria.

La democracia contemporánea es esencialmente representativa, es decir, los ciudadanos se limitan a través del voto a elegir representantes, que en su nombre van a gobernar. Sin perjuicio a la importancia del voto como mecanismo esencialmente democrático, una democracia moderna no debe restringir la participación en el derecho de sufragar temporalmente. Sí, el ciudadano debe delegar a otro el ejercicio de una función pública pero manteniendo la capacidad de incidir permanentemente en la ejecución de esa función. Y en la democracia ecuatoriana ese concepto incentiva el funcionamiento de mecanismos de democracia participativa para que el ciudadano pueda expresarse de manera igualitaria y sin intermediaciones sobre temas de interés general. (PACHANO, 2008)

Esa democracia participativa es ejercida a través de la iniciativa popular normativa, el referéndum, la consulta popular y la revocatoria del mandato; impulsa, además, la configuración progresiva de nuevos espacios que posibiliten el ejercicio directo del poder ciudadano de acuerdo con la Constitución y la ley<sup>10</sup>.

El poder ciudadano, de acuerdo con la Ley Orgánica de Participación Ciudadana en su artículo 29 es el resultado del proceso de la participación individual y colectiva de las ciudadanas y ciudadanos de una comunidad, quienes, de manera protagónica participan en la toma de decisiones, planificación y gestión de asuntos públicos. Se refiere también al control social de todos los niveles de gobierno, las funciones e instituciones del Estado, y de las personas naturales o jurídicas del sector privado que manejan fondos públicos, prestan servicios o desarrollan actividades de interés público, tanto en el territorio nacional como en el exterior.

Es importante demostrar los mecanismos de participación ciudadana en la gestión pública. Las audiencias públicas, los cabildos populares, la silla vacía, las veedurías, las asambleas y asociaciones populares, consejos consultivos y etc., que son instrumentos con los que cuenta la ciudadanía de forma individual o colectiva para participar en todos los niveles de gobierno establecidos en la Constitución y la Ley.

En cuanto a la democracia comunitaria que resguarda la Constitución ecuatoriana, ella se refiere al cumplimiento de los derechos colectivos sin discriminación, con condiciones de igualdad y equidad entre las mujeres y hombres de las comunas, comunidades, pueblos o naciones indígenas. El Estado reconoce y promueve todas las formas de expresión y

---

<sup>9</sup> Sección primera Principios de la participación. Art. 95

<sup>10</sup> Art. 5 Ley Orgánica de Participación Ciudadana.

organización, por eso, es facultativo a las comunas, comunidades, pueblos y naciones indígenas participar en la definición de las políticas públicas que les es pertinente, así como en el desarrollo y en las decisiones de sus prioridades en los planes y proyectos de Estado mediante sus representantes en los órganos oficiales. Además de eso deben ser consultados antes de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de los derechos colectivos a través de una consulta previa<sup>11</sup>.

Como vivimos en una sociedad que históricamente ha sido influenciada por una democracia representativa, es una evolución más que una revolución el hecho de que exista en Latinoamérica una Constitución que restaure el Poder Constituyente en su esencia. Aunque estemos trabajando en el ámbito teórico de las Constituciones por falta de un aporte empírico, veamos el comparativo con la Constitución brasileña.

El artículo primero de la Constitución brasileña garantiza dos clases de democracia: la participativa y la representativa<sup>12</sup> donde la diferencia principal es la profundización de los tipos de democracias. Analicemos caso por caso. La primera forma de democracia en la Constitución ecuatoriana también es la misma de la Constitución brasileña, la democracia representativa que es ampliamente utilizada con sufragio universal y periódico, libre e informado.

Con relación a la democracia participativa, hay previsiones y mecanismos para su utilización en la Constitución brasileña, pero con menor grado de participación. Así veamos. La ley 9709/98 reglamenta el artículo 14 de la Constitución brasileña que especifica que la soberanía popular será ejercida por el sufragio universal, por el voto directo y secreto con valor igual para todos, también mediante plebiscito, referendo e iniciativa popular<sup>13</sup>.

La consulta popular, referendo o plebiscito son consultas formuladas al pueblo para que se delibere sobre materia de acentuada relevancia, de naturaleza constitucional, legislativa o administrativa. El plebiscito es convocado con anterioridad al acto legislativo o administrativo, donde el pueblo a través del voto, aprueba o niega el acto. Diferentemente, el referendo es convocado posteriormente al acto legislativo o administrativo, así el pueblo lo ratifica o no<sup>14</sup>.

La iniciativa normativa está en el artículo 61§2<sup>o</sup><sup>15</sup> de la Constitución brasileña y especifica que el proyecto de ley será presentado a la “Cámara de Diputados”<sup>16</sup> y será suscrito

---

<sup>11</sup> Constitución del Ecuador: Art. 57

<sup>12</sup> Art. 1° de la Constitución de Brasil

<sup>13</sup> Art. 14 de la Constitución de Brasil y Ley 9709/98.

<sup>14</sup> Artículo 1° §2° da lei 9789/98.

<sup>15</sup> Art. 61 de la Constitución de Brasil

<sup>16</sup> El sistema político brasileño es bicameral, o sea, funciona en dos cámaras con diferentes funciones que se complementan. En ellas están divididos los asambleístas entre diputados federales y provinciales además de

por un mínimo del uno por ciento de los electores nacionales, distribuidos por lo menos por cinco provincias, con no menos de tres décimos por ciento de los electores de cada una de las provincias.

Aunque exista el mecanismo de iniciativa popular en las dos Constituciones, hay una diferencia notoria entre las dos: la profundización de la participación. Mientras que en Brasil el proyecto es enviado al Congreso y desde allí empieza a ser institucionalizado por el Estado que sigue todo el trámite, en Ecuador el ciudadano o el grupo de ciudadanos participa en todo el trámite de la propuesta. No es sólo proponer, es discutir y participar. Y todavía existe el procedimiento de aprobación popular por consulta, que trae más legitimidad a la propuesta<sup>17</sup>. No hay en la Constitución brasileña ninguna previsión de iniciativa popular para la modificación del texto constitucional, como en la ecuatoriana.

Sobre la revocatoria de mandato, esa clase de democracia participativa tiene una función semejante a la de un *recall*, o sea, un control que los ciudadanos ejercen sobre los mandatos de los representantes electos<sup>18</sup>. No hay previsión constitucional para eso en la Constitución brasileña, lo que existe es un instituto denominado *impeachment* que no tiene el mismo sentido ya que funciona como pena<sup>19</sup>. Resumiendo, no hay similitudes entre los dos institutos. Por fin, en Brasil no hay previsión legal o Constitucional para veedurías, sillas vacías o consejos consultivos solamente audiencias públicas.

Al trabajar con ese comparativo la Constitución ecuatoriana, en lo que se refiere a formas de democracia participativa muestra un mayor grado de mecanismos de participación popular en relación a la Constitución brasileña. Pero cuando se habla de democracia hay que evaluar los elementos que componen esas dos democracias, para así evaluar también el grado de eficacia de esa democracia participativa, ya que una democracia que tiene una teoría participativa no necesariamente hace a sus ciudadanos participativos.

Por eso existen muchas dudas y preguntas. Es decir, ¿a pesar de existir métodos democráticos, la democracia realmente se efectúa? ¿La previsión constitucional y legal de participación incentiva a la participación ciudadana? ¿El ciudadano realmente participa, ejerciendo así su derecho de plena conciencia política? Esos planteamientos son válidos para intentar entender y buscar una respuesta para el desarrollo de la democracia.

---

senadores. Título IV Da Organização dos Poderes. Capítulo I. Do Poder Legislativo. Seção I Do Congresso Nacional Art. 44. O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal

<sup>17</sup> Artículo sexto, y siguientes de la Ley Orgánica de Participación Ciudadana del Ecuador.

<sup>18</sup> Artículo 105 de la Constitución del Ecuador.

<sup>19</sup> Art. 51 de la Constitución de Brasil.

En lo que se insiste es en la creación de una conciencia participativa para que el ciudadano realmente utilice los mecanismos existentes para ejercer la democracia de manera más activa no solamente limitándose a sufragar periódicamente, y una manera de ver eso resuelto es invirtiendo en una educación para la democracia. Así, el problema se vuelve más social que político-constitucional y de necesario cambio para que esta innovación pueda ser realizada de manera plena en una América Latina de tradición esencialmente representativa.

#### **4- Las experiencias de poder y las democracias.**

La democracia y un sistema eficiente de separación de poderes están atados. Es decir, no hay una democracia completa si un poder se sobrepone al otro o influencia al otro de tal manera de quitarle su independencia. Es bastante interesante el estudio comparado cuando se puede identificar el mismo problema desde ángulos distintos.

Como fue dicho en la introducción de este estudio, un requisito básico para un Estado democrático es además de la independencia de actuación de los tres poderes (el Ejecutivo, el Judicial y el Legislativo), el balance entre ellos. Eso viene desde hace mucho tiempo y las democracias contemporáneas, en su mayoría, adoptan esos sistemas. Aunque Ecuador haya innovado una vez más en esa materia creando otros dos poderes, y el Estado brasileño siga con la forma tradicional de Montesquieu, los dos Estados tienen en común el fortalecimiento de un poder ante los otros.

Empecemos por Brasil. El periodo pos gobierno militar culminó con la promulgación de la Constitución de 1988 que garantizaba la democracia y la independencia entre los poderes, además de derechos individuales y colectivos constitucionalizando principios para dejar atrás una época donde el ejecutivo era el único poder. Pero actualmente el Poder que está trabajando de manera protagónica en el país es el Poder Judicial, creando así fenómenos como la judicialización de la política y el activismo judicial.

Se entiende por activismo judicial a la actuación más proactiva del Poder Judicial, que interfiere de manera regular y significativa en las opciones políticas de los otros poderes. El activismo judicial se refiere específicamente a las decisiones judiciales que actúan, en general en puntos inertes del legislativo.

Ejemplo de eso es la decisión jurisprudencial sobre la unión entre personas del mismo sexo. Actuando a partir de una omisión del parlamento, el Poder Judicial, de manera interpretativa, a través de una decisión histórica en 2011 (Acción directa de inconstitucionalidad

– ADI 4277) decidió por permitir la unión homosexual basándose principalmente en el principio de la no discriminación que preceptúa el artículo 3º, IV<sup>20</sup> de la Constitución Brasileña.

Después de esa decisión los registros civiles empezaron a recibir demandas, y en algunos lugares había resistencia en cuanto a la certificación de un registro de casamiento, y no solamente un contrato de unión estable, entre personas del mismo sexo. Una vez más, para deshacer ese nudo, el Consejo Nacional de Justicia (CNJ) expidió una resolución (Resolución 175 de 14 de mayo de 2013) que reglamentó el casamiento homosexual haciendo valer la decisión anterior, nuevamente, sin recurrir a ninguna ley expedida por el legislativo.

Además de esa decisión, se puede destacar también la decisión del Supremo Tribunal Federal – STF sobre las células madre embrionarias (ADI 3510 – Células tronco embrionarias) y sobre la comercialización de amianto (ADI 3937), que de manera necesaria suplieron una carencia legislativa existente para esos casos.

Así, el Poder Judicial acaba por ejercer la función típica de otros poderes, ya que se ve obligado a interpretar el ordenamiento jurídico infraconstitucional de acuerdo con la Constitución. Esta condición obliga al Poder Judicial a asumir una postura activa, y a veces hasta creadora, ya que se ve en la inminencia de siempre utilizar los principios y las interpretaciones constitucionales para “resguardar” la Constitución de la Ley y así salvaguardar todo el ordenamiento jurídico brasileño.

La cuestión que más se discute es respecto a la injerencia de un poder en el otro y si eso realmente implica perjudicar la independencia de ellos. Se sabe que existen funciones típicas y atípicas en cada poder, pero ¿el Poder Judicial está legislando como función atípica o simplemente está más actuante por inercia o demora del Poder Legislativo en ejercer su función típica de legislar? Los que defienden la democracia y están en favor del legislativo dicen que la expresión popular está en el voto y que el poder judicial no es electo. Los que defienden el lado opuesto reclaman de una demora legislativa, lo que también agrade de cierta manera a la democracia, obligando la actuación del poder judicial.

De hecho, esa ecuación está lejos de ser resuelta ya que la balanza entre la Ley y el guardián de ella está oscilando mucho y pendiendo para el lado del conflicto, y la propuesta de enmienda constitucional es una invitación a ello. El intento de control de un poder sobre el otro no es positivo para la democracia pues aparta del foco central de la discusión al más importante beneficiario, que es el pueblo, para enfocarse en una disputa de poder.

---

<sup>20</sup> “Art. 3º de la Constitución de Brasil.

Mientras que en Brasil el actor protagónico es el Poder Judicial, en Ecuador lo es el Poder Ejecutivo. Con un liderazgo carismático que señala de manera acentuada el movimiento del nuevo constitucionalismo latinoamericano, la paradoja se encuentra en tener una democracia participativa, que en teoría estaría centrada en el pueblo, con reglas constitucionales que fortalecen al jefe del ejecutivo.

Según Rafael Balda (2008), el modelo presidencial ecuatoriano es clasificado como *sui géneris*, pues se entiende que ese modelo es estructurado con importantes variables institucionales que se aleja de los modelos presidencialistas tradicionales. Ese modelo de presidencialismo se caracteriza por: 1- Un presidencialismo que concentra las funciones de jefe de Estado y jefe de Gobierno. 2-Un presidente electo por el voto popular. 3- Un mandato presidencial por tiempo determinado. 4- La destitución de mandatos de ministros por libre determinación del presidente.

El hiperpresidencialismo, anteriormente denominado bonapartismo y cesarismo, se refiere al ejercicio de poder y la toma de decisiones que se expresan en la relación entre el parlamento y el ejecutivo. La toma de decisiones de un sistema democrático pasa necesariamente por esos dos niveles de gobierno, por eso, pretender sustituir la representación pública de los partidos y del parlamento creando instituciones paralelas como es el Consejo de Participación Ciudadana se convierte en una forma de fortalecimiento del ejecutivo, ya que éste tiene el poder de nominación y veto en los concursos.

La cuestión de estatizar la participación en más una función del Estado, que por su vez también tiene influencia del ejecutivo, culmina en un sistema democrático que no genera las dinámicas de participación esperadas, aunque esa función haya sido inspirada en la idea de democratización de la estructura de poder.

En la política ecuatoriana, sucede que, durante el gobierno de Rafael Correa, los partidos se debilitaron y desde allí fueron creados partidos satélites, fuertes, delante de una oposición débil. Los partidos expresan la voluntad popular colectivamente porque expresan el pluralismo de esa voluntad y está allí la necesidad de una pluralidad de partidos. Así, se utiliza una estrategia para mantener un ejecutivo fuerte basándose en tres ejes: El primero es debilitar en exceso a los otros partidos para mantener un partido hegemónico de Estado, como es hoy el Alianza País, de esa forma se monta un sistema burocrático donde la burocracia del Estado es el partido. El segundo es saber manejar la economía con recursos, que en Ecuador derivan del petróleo. Y el tercero, es convertir a las fuerzas armadas en una militante del proyecto. Se debe destacar aún que, el ejecutivo se convierte también en un legislador exclusivo a través de

consultas populares donde el legislativo no participa, o simplemente utilizando mayoría en la asamblea.

La falla está en la personificación del liderazgo político que se esconde tras la idea de que la concentración de poder es la mejor manera de gobernar el país. Por eso, independientemente del diseño institucional que tenga el Estado, las instituciones funcionan de manera precaria por causa de esa concentración de poder, que se caracteriza por un líder que es la imagen de la nación y posee la concentración de soberanía popular. Ese sistema se convierte en un riesgo ya que su legitimidad depende de la fortaleza de esa clase de liderazgo<sup>21</sup>.

Las reglas respecto al “poder” presidencial están expresas en la Constitución. Podemos citar algunas de las reglas que se ampliaron, las principales son con relación al veto presidencial, a las cuestiones de iniciativa legislativa y a la nominación de autoridades de control. Un ejemplo claro de control del ejecutivo es un instituto denominado *muerte cruzada*, es decir que, el presidente puede disolver la asamblea y seguir con competencia legislativa gobernando el país a través de decretos<sup>22</sup>.

Ramiro Ávila Santamaría resume bien la fuerza del ejecutivo en siete características que nos aproxima al término hiperpresidencialismo: 1- El presidente puede disolver la asamblea; 2- El presidente puede tener competencia legislativa en el evento de disolución de la Asamblea (Decreto-ley); 3- El presidente tiene competencia reglamentaria de las leyes y puede dictar normas que no dependan de las leyes, que se llaman decretos; 4- En proyectos de urgencia, si el parlamento no aprueba la ley dentro del plazo legal, se convierte en ley por disposición normativa; 5- El presidente tiene iniciativa para convocar a referéndum y reformar normas jurídicas sin contar con el parlamento; 6- El presidente puede convocar a una consulta popular para reformar la Constitución. 7- El presidente puede vetar todo el proyecto de ley proveniente del parlamento. El veto puede ser total y el proyecto debe ser archivado por un año. También puede ser parcial y obliga que la asamblea se pronuncie sobre la opinión del presidente.

Delante de un poder concentrado o de la injerencia de un poder en el otro se concluye que es posible que exista cierta desvirtuación democrática, pues para que exista un país democrático se debe crear mecanismos efectivos para que la democracia pueda desarrollarse. Así, si el Estado Constitucional tiene la misión fundamental de garantizar y facilitar el derecho

---

<sup>21</sup> El hiperpresidencialismo en Ecuador. Entrevista a los politólogos ecuatorianos Simón Pachano (FLACSO), Daniel Granda (Universidad Central de Ecuador) e Felipe Burbano (FLACSO) disponible en el diario *El Comercio* disponible en audio en la página [http://www.elcomercio.com/politica/Hiperpresidencialismo-Ecuador\\_2\\_775742420.html](http://www.elcomercio.com/politica/Hiperpresidencialismo-Ecuador_2_775742420.html)

<sup>22</sup> Artigo 148 da Constituição da República do Ecuador.

que todo ciudadano tiene a la seguridad jurídica, todo lo que huye del concepto de democracia y separación de poderes descalifica la existencia de una justicia constitucional independiente.

Más aún, las experiencias de poder vividas en Brasil y Ecuador nos invitan a reflexionar sobre los modelos de democracia de estos dos países, qué tienen en común y qué de diferentes delante de un problema tan parecido. ¿Se instala de ese modo una crisis institucional? ¿Si existe una superposición de un poder sobre el otro, eso compromete de manera directa la democracia?

Para contestar a esas dos preguntas, además de tiempo, sería necesario profundizar el estudio, principalmente utilizando el método empírico. Pero se puede afirmar preliminarmente y casi de manera instintiva que, para que haya una democracia plena, con un concepto maximalista, que funcione y que no necesite de adjetivos, lo esencial ultrapasa la constitucionalización de la democracia, es esencial un sistema de distribución de poder que sea complementario y al mismo tiempo independiente.

## **5- Consideraciones finales.**

Con un objeto de estudio tan amplio como lo es la democracia es difícil llegar a una sola conclusión. Pero aunque sea un objeto complejo, el hecho de compararla en dos ejes nos ayuda a comprenderla y así llegar a algunos aportes que, sin la pretensión de agotar el tema, nos hace reflexionar en una hipótesis de solución del problema aquí expuesto.

El centro del estudio es el desarrollo de la democracia en dos países, Brasil y Ecuador. Para ello se utilizó el método comparativo por contraste para que en los contextos actuales se pudiese comparar una y otra democracia frente a algunos dilemas enfrentados. Actualmente, el principal problema enfrentado por estas democracias es relativo a la separación de los poderes, aunque haya una evolución o revolución democrática participativa constitucionalmente garantizada.

La democracia podría ser considerada como un ideal de la separación de los poderes, ya que esa separación es la base para impedir proyectos populistas de autogobierno. Con relación al proceso de la creación de leyes, principalmente, la separación de poderes lleva a la división de ese proceso democrático en diferentes instancias para que no vuelva a existir la figura tan temida del legislador absoluto<sup>23</sup>.

---

<sup>23</sup> El término legislador absoluto se refiere a lo que Bruce Ackerman denomina de “colapso constitucional”, que ocurre cuando el presidente, normalmente apoyado por las fuerzas militares, cierra el Congreso y se autodeclara legislador absoluto. En Latinoamérica fue algo bastante común en las décadas pasadas con las dictaduras. (Ej: Perú, Brasil, Argentina, etc.) ACKERMAN, Bruce. The New Separation of Powers. Harvard Law Review Vol. 113 (3), 2000.

Estamos delante de desafíos constitucionales más grandes que la constitucionalización de la democracia, es decir, ese fue el primer paso después de vivir gobiernos mayormente antidemocráticos. La división teórica entre el neo y el nuevo constitucionalismo, que marcan a las dos Constituciones, nos lleva a comprender qué mismo compartiendo un pasado común se optó por diferentes formas constitucionales de gobierno que derivaron en diferentes consecuencias.

Brasil, con la Constitución de 1989, buscó salvaguardar los derechos individuales y colectivos constitucionalizando la democracia para garantizarla a través de los principios. Siguió una tradición común en Latinoamérica al mantener de manera casi absoluta la democracia representativa. Hoy, con una participación popular tímida, se ve enredado en un Poder Judicial cada vez más actuante y que toma papel protagónico, no sólo en las decisiones político-constitucionales del país, pero también en la confianza popular<sup>24</sup>.

Mientras tanto, Ecuador, un Estado que innova radicalmente con la nueva Constitución del 2008, principalmente con relación a la democracia, tiene que aprender a lidiar con la misma tradición no participativa cambiando poquito a poco la conciencia política de los ciudadanos. Una dificultad enfrentada en conjunto con el problema del poder concentrado en el Ejecutivo.

Cuando la relación entre poder y democracia está desequilibrada, se vuelve a la idea de adjetivar esa democracia, pues no existe democracia plena sin que haya un compromiso con la separación de los poderes y en cierta medida con el sistema de frenos y contrapesos. Así, tornar el ideal de soberanía popular en una realidad posible en el gobierno moderno requiere un esfuerzo político-estatal para que la burocracia no sofoque el intento constitucional.

Se amplía el desafío de una transición paradigmática cuando se reconoce que esto es un proyecto a largo plazo y las sociedades viven a corto plazo, lo que hace que la vieja política subsista e incluso domine disfrazada de nueva política. Y acaba con que el impulso inicial dado por el constituyente sea estancado por el poder constituido<sup>25</sup>. Así, de nada adelantaría una Constitución innovadora si ésta es a su vez ineficaz.

Más aún, se reconoce la importancia del cambio. No se pretende decir aquí que una Constitución es mejor que la otra o peor en términos de marcos democráticos, sino utilizar ese

---

<sup>24</sup> Un ejemplo claro de lo que se está tratando es el caso del “mensalão” en donde políticos brasileños fueron juzgados por ganar sobornos mensuales. El juzgado fue transmitido por la televisión y la población pudo acompañar bien de cerca las decisiones que conmovieron el país y dio al poder judicial, estatus de guardián máximo de la ley y de la justicia. Para saber más: <http://temas.estadao.com.br/mensalao>  
<http://g1.globo.com/politica/mensalao/> [http://veja.abril.com.br/tema/julgamento-do-mensalao?gclid=CPGBooPbzbCFSgS7Aod7jgA\\_w](http://veja.abril.com.br/tema/julgamento-do-mensalao?gclid=CPGBooPbzbCFSgS7Aod7jgA_w)

<sup>25</sup> SANTOS, Boaventura de e GRIJALVA, Agustín. Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador. 1ª ed. Fundación Rosa Luxemburg/AbyaYala. Quito, 2012.

comparativo para señalar, que independientemente del grado de participación y del primer paso que fue la constitucionalización de la democracia rumbo a la democracia plena, la injerencia de un poder en el otro compromete la “salud” democrática. En otras palabras, una democracia formal no es una democracia real, no se puede mover una nación solamente con una Constitución escrita en papel, así como no se puede mover una rueda simplemente leyendo delante de ella un estudio sobre la teoría del movimiento<sup>26</sup>.

Además de ser fundamental el reconocimiento de las debilidades estructurales anteriormente depreciadas para llevar a efecto los derechos garantizados, es fundamental también la equidad entre los poderes. Y una de las soluciones posibles es fortalecer más a la Constitución que a los poderes, lo que solamente es posible si el liderazgo preponderante tomar en cuenta la importancia de perpetuar la estabilidad y no el poder.

## **6- Bibliografía.**

ARISTÓTELES. A política. São Paulo: Atena Editora, sd.

BARROSO, Luís Roberto. NEOCONSTITUCIONALISMO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil).

BODIN, Jean. Os Seis Livros da República. 1ª edição. Brasil – 2011. Livro Primeiro. Coleção Fundamentos do Direito.

BOBBIO, Norberto. Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant. Tradução de Alfredo Fait. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1984.

COMANDUCCI, Paolo. Constitucionalización y neoconstitucionalismo en Miguel Carbonell y Leonardo García, El Canon Neoconstitucional, Bogotá. Universidad Externado, 2010.

\_\_\_\_\_ Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta; 2003, p. 83.

CANOTILHO, JJ Gomes. Direito Constitucional e teoria da Constituição. 7º ed pag.51. Coimbra: Almedina, 2000.

CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta; 2003.

DAHL, Robert A. La Poliarquía. Participación y oposición. Editorial Tecnos. Madrid.

DUSSEL, Enrique. Introducción a una filosofía de la Liberación Latinoamericana. (Versión electrónica)

NEGRI, Antonio. O Poder Constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade. DP&A: Rio de Janeiro, 2002.

---

<sup>26</sup> VIANNA, Francisco José de. O Idealismo da Constituição. 1ª edição. Rio de Janeiro: Terra de Sol, 1927.

PACHANO, Simón. Democracia directa. Principios básicos y su aplicación en el Ecuador. Corporación Participación Ciudadana. Quito, 2008.

PASTORE, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. Fundamentos teóricos y prácticos del nuevo constitucionalismo latinoamericano.

SANTAMARIA, Ramiro Ávila, El neoconstitucionalismo transformador. El estado y el derecho en la Constitución de 2008, Quito, Abya Yala/ UASB, 2011.

\_\_\_\_\_ La alternativa al hiperpresidencialismo en un Estado Plurinacional en El silencio ante un atropello imposible. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Julio César Trujillo. Serie estudios jurídicos volumen 32. Corporación Editora Nacional. Quito, 2012.

SANTOS, Boaventura de e GRIJALVA, Agustín. Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador. 1ª ed. Fundación Rosa Luxemburg/AbyaYala. Quito, 2012.

TORRES, Luis Fernando. El presidencialismo constituyente y el Estado Constitucional de Monticristi en ANDRADE, Santiago. GRIJALVA, Agustín. STORINI, Claudia. La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones. Universidad Andina Simón Bolívar – Sede Ecuador. Corporación Editora Nacional. Quito, 2009

VILLABELLA ARMENGOL Carlos Manuel, “Constitución y democracia en el nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, México, Nueva Época, Año IV, verano 2010, núm. 25, pág. 50.