II CONGRESSO DE FILOSOFIA DO DIREITO PARA O MUNDO LATINO

CRISE DA DEMOCRACIA E DESIGUALDADES

A532
Anais II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino [Recurso eletrônico on-line] organização Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ;

Coordenadores: Margarida Lacombe Camargo, Natasha Pereira Silva, Vinícius Sado Rodrigues – Rio de Janeiro: UFRJ, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-764-9
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

1. Filosofia do Direito. 2. Gênero e Teoria do Direito. 3. Democracia. 4. Desigualdades. 5. Justiça de Transição. 6. Estado de Exceção. 7. Ativismo Judicial. 8. Racionalidade Jurídica. 9.Clássicos I. II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino (1:2018 : Rio de Janeiro, RJ).

CDU: 34

UNIVERSIDADE FEDERAL
DO RIO DE JANEIRO

II CONGRESSO DE FILOSOFIA DO DIREITO PARA O MUNDO LATINO

CRISE DA DEMOCRACIA E DESIGUALDADES

Apresentação

O mundo latino tem investido na construção de uma jusfilosofia que objetiva produzir epistemologias e referências conceituais a partir de contextos próprios, de modo a contribuir para a transformação das instituições jurídicas, políticas e sociais vigentes.

Com essa intenção, a iLatina, através do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro (PPGD-UFRJ), promoveu, em julho de 2018, na cidade do Rio de Janeiro, o II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino.

O encontro contou com a presença de estudiosos da Filosofia do Direito de quase todos os países do chamado "mundo latino", com o desafio de pensar, sob a perspectiva da Filosofia, problemas que desafiam as democracias atuais. Um dos eixos principais dessa discussão refere-se à crise da democracia e desigualdades, cujas questões são exploradas pelos trabalhos desta coletânea.

O Congresso contou com o trabalho de sistematização dos textos apresentados para cada grupo temático, estruturado em forma de relatoria. A relatoria do grupo Crise da Democracia e Desigualdades ficou sob a responsabilidade de do professor Juan Antonio Parcero, da Universidade do México, que agrupou os 20 trabalhos inscritos, provenientes do Brasil, Equador, Peru, México, Chile, Colombia e Espanha, em três grupos que abordam as seguintes questões: i) teorias da justiça; ii) justificação da intervenção do Estado; iii) conceituação de direitos humanos.

Ana Isabel Abril Olivo (Equador) expõe, de forma detalhada, o problema da omissão da Corte Constitucional equatoriana no controle da faculdade do poder executivo de contrair dívida pública e, com isso, acaba por acarretar a impossibilidade de dar garantias a direitos sociais como a saúde, a educação, dentre outros.

Alfonso Henriquez Ramirez (Chile) explora algumas concepções sobre a justiça distributiva – suficientismo e prioritarismo – e seus problemas relativos ao direito à educação. Betzabé Xenia Marciani Burgos (Peru) se propõe, de acordo com Parcero, a discutir sobre o tipo de intervenção estatal que resulta admissível no Estado Constitucional de Direito, sob bases liberais, mas com compromisso de bem estar social. Macario Alemany García (Espanha)

“muestra que la representación de personas con discapacidad mental y/o intelectual, cuando esta discapacidad afecta seriamente a su autonomía, no constituye necesariamente una violación de sus derechos a la igualdad y a la no discriminación”. Víctor Carlos Hurtado Estrada (México), com base na filosofia de Kant sobre como podemos reagir diante de leis injustas e maus governos, fala da desobediência civil, da rebelião e do tiranicídio, passando pelo problema de objeção de consciência.

Um segundo grupo, com nove trabalhos, lida com a crise da democracia e os riscos de corrupção e de governos populistas pelos quais passa a maioria das democracias latino-americanas.

Nesse sentido, Daniela Carolina Chávez Cruz e Patricio Santiago León Yambay (Equador) destacam o impacto que as economias de mercado provocam no sistema de (i)legalidade. André Luis Pontarolli (Brasil) analisa a afetação da qualidade democrática pela corrupção típica dos sistemas capitalistas. Eduardo Feron Santos Azevedo e Guilherme Petry Matzenbacher (Brasil), junto com Robert Dahl, nos chamam a atenção para o fato de que a tentativa de se inserir elementos substantivos em uma teoria democrática pode ser uma saída não apenas arriscada, como também antidemocrática. Juan Jose Janampa Almora (Espanha) sustenta que, ao contrário do constitucionalismo deliberativo, o constitucionalismo de princípios ou argumentativo não serve para resolver a crise da democracia.

Luciano Crotti Peixoto e Franciano Sabadim Assis (Brasil) defendem o registro civil para a efetividade da cidadania. Pamela Lili Fernández Reyes (México) traz sugestões para o enfrentamento da corrupção. Aurymayerli Acevedo Suarez e Zaida Maritza Rojas Castillo (Colômbia) analisam o populismo na América Latina. Rafael Rizzi e Irineu Francisco Barreto Junior (Brasil) defendem o investimento das novas tecnologias da informação e da comunicação (TICs) para incrementar a participação política dos cidadãos. Valentin Bartra Abensur (Peru) explora o conceito de democracia, crise e a influências das novas tecnologias digitais de massa.

No terceiro grupo estabelecido por Parcero, encontramos trabalhos que se concentram na situação atual do Brasil, com foco na reprodução das desigualdades, especialmente, de raça e classe social.

Fernando Pereira da Silva e Rafael Bitencourt Carvalhaes (Brasil) trouxeram o problema da desigualdade da riqueza, a defesa da educação de qualidade para todos e uma tributação mais justa, que desonere os mais pobres e onere a renda, o patrimônio, a movimentação financeira e a herança.

Péricles Stehmann Nunes, José Francisco Dias da Costa Lyra e Charlise Paula Colet Gimenez (Brasil), a partir de um marco teórico-conceitual vinculado à teoria dos sistemas de Luhmann e à obra de Marcelo Neves, analisam o problema da desigualdade em países que se encontram na modernidade periférica provocada pela globalização, como o Brasil. O trabalho de Rosilene dos Santos (Brasil) pretende compreender a realidade constitucional brasileira e critica a manipulação do sentido da Constituição atual pelo viés interpretativo dos juristas.

Augusto Sergio dos Santos de São Bernardo (Brasil) apresenta novos instrumentos metodológicos para tratar da história do direito e do pensamento jurídico brasileiro, de modo a considerar o que Wolkmer chamou de "direito histórico-crítico", que leva em conta marcos como a colonização e a escravidão, com o escopo de serem afirmados direitos humanos.

Pedro de Oliveira da Cunha Amorim de Souza (Brasil) faz uma reflexão sobre os estereótipos étnicos e sociais a partir da fotografia apresentada no jornal Meia Hora que contribuem para a construção simbólica da vida na favela e disseminação do medo, elemento importante para a legitimação da atuação do Estado e da polícia.

Lusmarina Campos Garcia (Brasil), em seu trabalho, faz uma leitura do direito como parte de uma ideologia que oculta as relações de dominação e luta de classes.

É com o objetivo de compartilhar o diálogo e promover o acesso às discussões da temática feitas durante o II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino que apresentamos estes Anais. A coletânea reúne os trabalhos que nos ajudam a lançar novos olhares, sob a perspectiva da Filosofia e do Direito, para o debate contemporâneo.

Margarida Lacombe Camargo

Natasha Pereira Silva

Organizadoras

CRISE DE DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL E DESIGUALDADES

CRISIS DE LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL Y DESIGUALDADES

Daniela Carolina Chávez Cruz
Patricio Santiago León Yambay

Resumo

A crise que atualmente sofre com a democracia constitucional traz alguns fatores que afetam as três dimensões em que está estruturada e, consequentemente, geram desigualdades a sociedade. Portanto, neste trabalho, cada um desses fatores foi identificado, começando com a crise da democracia representativa como resultado da deformação da noção de representação política Da mesma forma, descreveu-se como a estreita relação entre a esfera pública e Privado, entre poder político e poder econômico, afeta a institucionalidade da democracia. Finalmente, estudou-se como as lacunas de garantias e a violação das existentes diminuem o princípio da legalidade e afetam a dimensão substancial do Estado de direito constitucional.

Palavras-chave: Democracia constitucional, Desigualdad, Representación política, Institucionalidad de la democracia, Garantías

Abstract/Resumen/Résumé

La crisis que actualmente padece la democracia constitucional acarrea algunos factores que afectan las tres dimensiones en las que se estructura y, en consecuencia, generan desigualdad en la sociedad. Por tanto, en este trabajo se identificaron cada uno de estos factores, empezando por la crisis de la democracia representativa a raíz de la deformación de la noción de representación política. Asimismo, se describió de qué manera la estrecha relación entre el ámbito público y privado, entre el poder político y el poder económico, afectan la institucionalidad de la democracia. Por último, se estudió cómo las lagunas de garantías y la violación de las existentes, menoscaban el principio de legalidad y afectan la dimensión sustancial del Estado constitucional de derecho.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Democracia constitucional, Desigualdad, Representación política, Institucionalidad de la democracia, Garantías

CRISIS DE LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL Y DESIGUALDADES

Daniela Chávez Cruz
Patricio León Yambay

Resumen

La crisis que actualmente padece la democracia constitucional acarrea algunos factores que afectan las tres dimensiones en las que se estructura y, en consecuencia, generan desigualdad en la sociedad. Por tanto, en este trabajo se identificaron cada uno de estos factores, empezando por la crisis de la democracia representativa a raíz de la deformación de la noción de representación política. Asimismo, se describió de qué manera la estrecha relación entre el ámbito público y privado, entre el poder político y el poder económico, afectan la institucionalidad de la democracia. Por último, se estudió cómo las lagunas de garantías y la violación de las existentes, menoscaban el principio de legalidad y afectan la dimensión sustancial del Estado constitucional de derecho.
Palabras clave: democracia constitucional, desigualdad, representación política, institucionalidad de la democracia, garantías, principio de legalidad, dimensión sustancial.

Abstract

The current crisis impacting constitutional democracy entails some factors that affect the three dimensions in which it is structured and, consequently, generate inequality in society. Therefore, in this work each one of these factors was identified, beginning with the crisis of representative democracy as a result of the deformation of the notion of political representation. Likewise, it was described how the close relationship between the public and private contexts, between political power and economic power, affects the institutionality of democracy. Finally, it was studied how gaps in guarantees and the violation of existing ones, undermine the principle of legality and affect the substantial dimension of the constitutional state constrained by the law.

Key words: constitutional democracy, inequality, political representation, institutionality of democracy, guarantees, principle of legality, substantial dimension.

Introducción

El Estado Constitucional de Derecho, desde sus inicios, ha desencadenado una transformación en el paradigma jurídico y político a nivel mundial. La constitucionalización es un proceso compuesto de algunos factores que están presentes en mayor o menor intensidad, dependiendo de la estructura interna de cada Estado. Esta cualidad torna compleja la conceptualización del constitucionalismo; entre las distintas descripciones y esquematizaciones esbozadas en relación a este fenómeno, se tomará como punto de partida aquella realizada por Carlos Santiago Nino, quien lo definió como un "gobierno limitado". Para Nino, el término constitucionalismo tiene algunas variantes en razón de la densidad o robustez de su concepto; dentro de las cuales, la versión más robusta, es la que consolida el ideal de democracia constitucional desarrollado a finales del siglo XX, precisamente como reacción ante las dictaduras y gobiernos militares que rigieron en Europa y América latina.

Instaurada la democracia constitucional, se consolidó un modelo de Estado que procura integrar, por un lado, el ideal de un proceso político participativo en el que todos los afectados por las decisiones políticas, formen parte del proceso a través del cual éstas son tomadas; y, por otro, el ideal de un gobierno limitado en el que ninguna mayoría pueda afectar aquellos intereses y derechos individuales protegidos (Nino, 2003). Sin embargo, esta combinación entre constitucionalismo y democracia crea una evidente tensión, la cual, sumada a ciertos factores políticos, económicos y sociales de la actualidad, generan una crisis en la estructura del Estado.

Para Ferrajoli, el principal problema es la crisis económica, agudizada con la omisión gubernamental y la falta de garantías ciudadanas, hechos que han generado una realidad innegable, esto es, la sumisión de la política a la economía. Esta subordinación provoca que la política en el ámbito de la democracia representativa y el Derecho en su papel garantista de los derechos fundamentales, no cumplan su fin, debido a que los Estados pierden soberanía al supeditarse a los intereses de los poderes económicos. De modo que, este trabajo se propone describir cuáles son los factores que afectan a la democracia constitucional en sus tres dimensiones: política, institucional y garantista; y a su vez, de qué manera estos factores provocan desigualdad en la sociedad.

La personalización y verticalización de la representación política

La representación política es aquella actividad encomendada a los gobernantes cuyo fin es alcanzar el bien común de todos los ciudadanos. Hoy en día, esta representación atraviesa una

profunda crisis en todos los países democráticos, principalmente debido a la pérdida de representatividad social de los partidos políticos que, a lo largo de la historia, fueron los principales instrumentos de organización en la representación política. En el Ecuador, los partidos políticos tradicionales no han desarrollado representatividad y credibilidad debido a la falta de identificación y conexión de los ciudadanos con estas organizaciones. Esto provocó que la población se sienta política y socioeconómicamente marginada, permitiendo en este contexto el surgimiento de outsiders que adquirieron gran popularidad a través de un discurso antipartidista.

En torno a esto, el profesor Luigi Ferrajoli en su libro Principia Iuris, Teoría de la Democracia, manifiesta que la crisis de los partidos políticos se agrava aún más con dos fenómenos: la verticalización y la personalización de la representación en el Jefe de Estado o de Gobierno; y, el conflicto entre los intereses públicos y privados. El primero de estos fenómenos se asienta en el modelo presidencialista que es un sistema basado en la elección de tipo mayoritario; el problema es que esta mayoría tiene una fuerte tendencia a identificarse con la personalidad del Jefe de Estado que elige, lo que trae como consecuencia la deformación de la noción de representación política sobre la base de que, si las decisiones del ejecutivo reflejan la voluntad de la mayoría de los electores, entonces también representan la voluntad general del pueblo.

En función de este tema, Rousseau defiende la idea de que no existe una voluntad unitaria de todo el pueblo por cuanto “la soberanía no puede ser representada, por la misma razón que no puede ser enajenada; consiste esencialmente en la voluntad general, y la voluntad no se representa, o es ella misma, o es otra: no hay término medio” (Rousseau, 2003).

Al haberse fortalecido el sistema presidencialista, simultáneamente se ha debilitado el poder legislativo, ocasionando un grave daño a la democracia y al sistema de partidos políticos. Para Kelsen el parlamento constituía el rasgo más determinante de la democracia representativa ya que éste representa el interés del pueblo y, por tanto, a través de él se participa activamente en la formación de la voluntad jurídica expresada en las leyes (Mateos, 2017). A pesar de esto, para Kelsen esta representación no deja de ser una ficción, según lo explica Ferrajoli al citarlo:

“Una voluntad colectiva así constituida “no existe”, y su aceptación ideológica solo sirva para enmascarar el contraste de intereses, efectivo y radical que se manifiestan en la realidad de los partidos políticos y en realidad aún más importante, del conflicto de clases que hay detrás de éstos” (Ferrajoli, 2014).

Luego de lo expuesto, cabe analizar los niveles de desigualdad generados por los problemas previamente planteados. Al respecto consideramos que, la confusión de la noción de representación en virtud de la cual, se toma por voluntad general a las decisiones de mayoría, coloca a la minoría en estado de vulnerabilidad porque afecta la igualdad política "entendida como reparto igual del poder político entre los miembros de la sociedad, que es lo que define la democracia directa o participativa" (Atienza, 1985).

Si a esto se le suman el debilitamiento de los partidos políticos y el fortalecimiento del Ejecutivo en relación con el Legislativo, insoslayablemente se pierde el pluralismo político y se debilita la oposición. Estos últimos son elementos fundamentales de la democracia y se relacionan con la confrontación de ideologías e intereses, propia de la lucha política por acceder al poder. Hay que tener en cuenta que la presentación de programas de gobierno desde diferentes posiciones políticas, hace que el electorado tenga verdaderas opciones al momento de elegir al gobernante. Asimismo, la deliberación de actores políticos como de representantes, es un factor importante del proceso democrático debido a que permite a sus participantes interactuar, conocerse y abordar reflexivamente los asuntos de debate (Zafrilla, 2012).

Por lo tanto, los sistemas de elección de tipo mayoritario necesitan establecer mecanismos que reconozcan garantías básicas a la minoría para hacer efectivo el pluralismo en el debate público. También es necesario fortalecer el sistema de partidos políticos, que por esencia constituyen la expresión de la pluralidad del pueblo, ya que con el debate legislativo se permite el intercambio de ideas en el plano, socioeconómico, político, filosófico; permitiendo la inclusión y no discriminación en la participación política.

Conflicto de intereses entre la esfera pública y la esfera privada

El segundo fenómeno se debe a los conflictos que existen entre el sector público y privado, entre los poderes políticos y económicos, lo que se resume en la subordinación de la política a la economía y desencadena serias consecuencias en el orden constitucional. Este factor consiste en "el proceso de progresiva confusión y concentración de los poderes que se están imponiendo en nuestras democracias". (Ferrajoli, 2014)

En este tema se analiza la relación de dependencia que existe entre el dinero y la política, ya que el primero es el mecanismo de financiamiento del segundo y consecuentemente, hoy en día la política se encuentra condicionada por la economía. Esto ha desencadenado altos índices de corrupción en la esfera de la administración pública, en los partidos políticos, en el sector

empresarial y en los diversos sectores privados que se encuentran ligados a la actividad política, generando una grave distorsión en el ámbito público y privado. Con esto se violan los principios elementales del Estado de Derecho y de la democracia, como son el de publicidad, transparencia, representatividad y de responsabilidad política de los poderes públicos, inclusive de las reglas de la competencia en que se basa la economía de mercado (Ferrajoli, 2011), actos que se ven favorecidos por la tendencia actual de poderes políticos y económicos de liberarse de los controles jurídicos y de escudarse en espacios extralegales.

La concentración de los poderes e intereses, se debe a dos factores: el predominio del mercado sobre los poderes públicos o, en otras palabras, la subordinación de los poderes del gobierno a los grandes poderes e intereses económicos privados; y, en un segundo lugar, la coalición entre los poderes políticos y los poderes mediáticos. Por citar ejemplos de lo anteriormente afirmado, en el Ecuador, en los últimos veinte años, los medios de comunicación se convirtieron en un poder hegemónico clave para la formación de la opinión ciudadana, capaces de generar una información que, en su momento, incitaron el derrocamiento de varios presidentes como es el caso de los exmandatarios Abdalá Bucaram y Lucio Gutiérrez.

Otro ejemplo de la realidad ecuatoriana en donde podemos graficar estos factores, ocurrió en el año 2000 con el derrumbe del sistema financiero, en el cual los propietarios de los bancos que quebraron, eran a su vez dueños de importantes canales de televisión, periódicos y radios; por lo que nunca dejaron de sostener que esos bancos gozaban de buena salud económica y al revelarse la verdad, se generó una desconfianza en las instituciones democráticas públicas y privadas, lo que provocó el derrocamiento del expresidente Jamil Mahuad.

Estos casos ponen de manifiesto el poder que subyace en los medios de comunicación y los peligros derivados del manejo de información que no haya sido previamente contrastada ni verificada, por lo cual los medios de información comparten un grado de responsabilidad por la inestabilidad política en el Ecuador, que se deduce del hecho de haber tenido 11 mandatarios desde febrero del año 1997 hasta enero del 2007. Con estos antecedentes, en la administración del economista Rafael Correa, se dispuso que los grupos financieros no puedan poseer participaciones permanentes, totales o parciales, en empresas ajenas a la actividad financiera (Ecuador, 2008). No obstante, esto desató una constante confrontación entre el exmandatario Correa y los medios de comunicación, a tal punto de que varios medios denunciaron ser amordazados por el gobierno. Esto no género más que una batalla perjudicial para la estabilidad democrática del país, en la cual

se disputaba quién decía la verdad; si los medios de comunicación que denunciaban supuestos actos de corrupción del gobierno, o el entonces presidente Correa, que acusaba a los medios de intentar desestabilizar un gobierno progresista.

Ahora bien, un segundo factor que debemos abordar con mayor detenimiento es la supremacía de los poderes de mercados, a la cual Ferrajoli llama la esfera pública. Este vacío en las formas representativas de la democracia y el debilitamiento del papel regulativo del derecho son consecuencia de la trasversal relación que hoy en día existe entre la política y la economía, entre lo público y lo privado. Por ello, Ferrajoli afirma que "ya no tenemos el gobierno público y político de la economía, sino el gobierno privado y económico de la política" (Ferrajoli, 2014). Los gobiernos actuales han perdido autonomía frente a los poderes de mercados financieros, pues no hay control sobre ellos, sino por el contrario, las agencias privadas del mercado son las que imponen sus reglas y condiciones a los gobiernos. De modo que ya nos son los gobiernos y los parlamentos democráticamente elegidos quienes regulan la vida económica y social en función de los intereses públicos generales; sino las potencias del capital financiero invisible y políticamente irresponsable quienes le imponen a los Estados, políticas antidemocráticas y antisociales en beneficio de intereses privados y especulativos (Ferrajoli, 2014).

Este giro se debe a que las políticas estatales surten efecto a nivel local, mientras que el carácter global de los poderes económicos y financieros se ejercen fuera de un control político, legal y constitucional, propios de la administración interna de un ordenamiento. Asimismo, el poder alcanzado por estos grupos económicos se afianza por el carácter ideológico del neoliberalismo, basándose en los postulados de que el mercado se concibe como parte de las libertades fundamentales y que las leyes que lo rigen se consideran como leyes de carácter natural, por lo cual se rechaza cualquier intervención estatal tendente a limitar la autonomía de estos poderes globales.

Ante esta ausencia de una esfera pública internacional, surge la necesidad de que cada país no dependa únicamente de las políticas internas, sino que también existan decisiones tomadas en foros políticos extraestatales. Con ello, se vuelve ineludible crear una democracia que vaya más allá del Estado ya que, en resumidas cuentas, los ordenamientos internos tienen un derecho público con reglas deficientes y carecen de límites que permiten garantizar los derechos humanos en relación con los nuevos poderes transnacionales de carácter privado. Esta ausencia de instituciones de garantías en el orden público internacional ha generado que no seamos capaces de enfrentar las

guerras, en muchos casos los crímenes de lesa humanidad, y el aumento de las desigualdades económicas, sociales y últimamente el deterioro de nuestro medio ambiente. Sin bien es cierto, tenemos la Carta de la ONU de 1945 que es considerada una Constitución del mundo, pero no de todos modos hacen falta instituciones de garantías de orden mundial que ejecuten los mandatos de paz, de libertad, de seguridad social y de respeto a los derechos fundamentales contenidos en la misma.

Sin duda alguna, el factor que ha generado que la política quede subordinada a los poderes financieros y que la gestión pública favorezca a los intereses privados, se debe a la corrupción que nace a través de los compromisos políticos generados por el financiamiento de campañas electorales y que se arraiga en la burocracia partidista; de modo que el dinero y la política generan un círculo vicioso en detrimento de la gestión transparente que debe caracterizar a la administración pública.

La clase política de nuestros países se encuentra desprestigiada, precisamente porque su gestión está cada vez más alejada de las necesidades y de los problemas sociales que enfrentan los ciudadanos, en lugar de gobernar pro ser humano, existe el sometimiento ideológico por conveniencia particular a los poderes financieros mundiales. El aspecto más complejo que genera esta crisis se debe al reposicionamiento de la ideología neoliberal, es decir que el mercado sin reglas y control, repercute en las políticas estatales recortando el gasto público en salud y educación, aumento de impuestos, privatizaciones de los recursos estatales, etc.; ocasionando desigualdad y retroceso en el desarrollo social.

Según la CEPAL, en América latina, el descenso de la desigualdad en la distribución de los ingresos observado desde el 2008, responde a la prioridad que dieron los países a los objetivos de desarrollo social, impulsados por una mejora relativa de los ingresos laborales en los sectores más pobres. Esto se debe a políticas como la formalización del empleo y el aumento real de los salarios mínimos, además de un incremento de las transferencias monetarias hacia los estratos de menores ingresos (Observador, 2017). La agencia de la ONU presentó su estudio comparativo de las situaciones sociales en los países de América latina, con un enfoque en los sistemas de pensiones y como resultado, llamó a fortalecer las políticas laborales y de protección social universales, solidarios y sostenible en la región (ONU, 2017).

Es evidente que en América latina se ha observado un retroceso en el plano social y económico, lo que conlleva a que los poderes desregulados del capital financiero generen una

restricción de la esfera pública y en particular, de las garantías de los derechos de educación, trabajo, seguridad social, entre otros, afectando la estructura constitucional del Estado.

Crisis de la dimensión sustancial, lagunas de garantías y menoscabo del principio de legalidad

El constitucionalismo trajo consigo innovaciones en las estructuras de los ordenamientos jurídicos. Como consecuencia, la validez de las leyes adquirió una doble dimensión, la primera relacionada a sus formas y procedimientos; y la segunda, en cuanto a sus contenidos, esto es, la coherencia de sus significados con los principios constitucionales.

Esta doble dimensión es igualmente introducida en la democracia, de manera que la democracia formal implica reglas concernientes a los medios y las formas de las decisiones; y, por lo tanto, establecen quién decide y cómo se decide. Mientras que, la democracia sustancial, regula el contenido de las decisiones al establecer límites que determinan aquello que no se puede decidir y vínculos que definen aquello sobre lo que se debe decidir (Ferrajoli, 2011).

De este modo, los derechos y principios constitucionales se convierten en límites tanto al derecho positivo como a los poderes políticos de mayoría, y así se configura la esfera de lo no decidible, la cual Ferrajoli define como aquello que ninguna mayoría puede válidamente decidir, violando los derechos de libertad; y, aquello que ninguna mayoría puede legítimamente no decidir, violando los derechos sociales (Ferrajoli, 2014).

Sin embargo, estos límites impuestos a la mayoría política, generan tensiones entre democracia y constitucionalismo, toda vez que la primera se identifica con la regla mayoritaria en la toma de decisiones que afecten el poder político y la relación entre Estado y ciudadano; mientras que el segundo, en su concepto más robusto, implica la aceptación de decisiones de minorías no electas democráticamente, como aquellas derivadas del control judicial de constitucionalidad para garantizar los derechos constitucionales.

Precisamente, en aras de proteger los derechos individuales, la dimensión sustancial adquiere una prioridad sobre la formal, constituyendo una limitación a las decisiones que toma la mayoría. Esto evidencia uno de los problemas que surgen de la combinación de democracia y Constitución-en razón de derechos y garantías-, pues si la primera implica el gobierno de la mayoría, la segunda implicaría trabas para dicha mayoría. Los argumentos que tratan de resolver este conflicto, se basan en que las reglas contramayoritarias promueven la libertad, ya que una

voluntad popular mayoritaria, sin frenos contramayoritarios, equivale a la voluntad general absoluta que se revelaría en una dictadura permanente (Streck, 2009).

Por su parte, Ferrajoli sostiene que es inconcebible una democracia sin derechos fundamentales y sugiere que la democracia se complementa con la Constitución, pues los derechos fundamentales consagrados en la Carta Magna le pertenecen al pueblo entero y a cada uno que lo compone, sin que puedan ser suprimidos ni reducidos por la mayoría que, en caso de hacerlo, estaría rompiendo el pacto constitucional (Ferrajoli, 2011).

Los criterios expuestos sugieren que, al fusionarse el constitucionalismo con la democracia, ésta última se refuerza, toda vez que la Constitución -escrita o consuetudinaria-, al ser la máxima expresión de la legitimidad democrática, garantiza la limitación del poder y efectiviza los derechos fundamentales de todos los miembros del Estado. Sin embargo, hay autores como Landau que plantean la posibilidad de que se esté utilizando métodos constitucionales -al menos en su dimensión formal o procedimental- para debilitar la democracia; es decir que líderes autoritarios se valen de métodos constitucionales como enmiendas o asambleas constituyentes para construir sistemas cada vez más totalitarios y menos garantistas de derechos.

De esta forma, Landau conceptualiza el "constitucionalismo abusivo" como el uso de mecanismos de reforma de la Constitución para hacer a un Estado significativamente menos democrático de lo que antes era (Landau, 2013). El autor mide el grado de democracia enfocándose en dos dimensiones, primero en la esfera electoral y la competitividad entre el titular de un cargo público y las figuras de oposición dentro de una contienda electoral; y segundo, en la extensión en que se encuentran protegidos los derechos de los individuos y grupos minoritarios.

Estos casos se han dado en gobiernos de América latina como Venezuela y Ecuador que han tenido reformas constitucionales controversiales como la reelección indefinida. En lo que concierne a Ecuador, en el año 2015 la Asamblea Nacional aprobó un paquete de enmiendas impulsadas por el ejecutivo, permitiendo la posibilidad de postular a la reelección de manera indefinida a todos los cargos de elección popular; si bien es cierto que estas reformas fueron sometidas al control formal y sustancial por parte de la Corte Constitucional, con el cambio de gobierno fueron nuevamente reformadas por medio de un referéndum celebrado en el mes de febrero del presente año, en el cual la mencionada reelección indefinida tuvo su sanción, es decir, amparado en el mandato popular se dejó sin efecto la misma. Ante ello, podemos manifestar que la dimensión sustancial del Estado Constitucional, apoyada por principios y valores

constitucionalmente válidos, pueden alterarse formalmente por impulsos políticos cuyos intereses varían según la coyuntura.

El problema radica en que la democracia constitucional se caracteriza por la sujeción de los poderes supremos al derecho, instrumentada a través de constituciones rígidas en garantía de los derechos establecidos en ellas. En este escenario, toda reforma constitucional debe ser analizada tanto en su forma como en su contenido, caso contrario resulta irrealizable el paradigma constitucional y pueden vulnerarse derechos fundamentales. Es por ello que se han introducido las garantías constitucionales como aquellos mecanismos activos -sean prohibiciones u obligaciones- que se conectan con las expectativas pasivas de cumplimiento de los derechos fundamentales. Con lo antedicho, se puede concluir que la efectividad de los derechos y por eso, de la democracia constitucional, depende de la observancia de las garantías (Ferrajoli, 2014).

Sin embargo, la democracia constitucional como modelo teórico normativo, resulta de mediana efectividad, en razón de que existe una discordancia entre el deber ser y el ser, entre normatividad y efectividad. Estos aspectos, a pesar de ser intrínsecos a la estructura del Estado constitucional de derecho, pueden volverse patológicos en la medida que obstruyen la labor de las garantías en cuanto a la tutela de la esfera de lo no decidible y, por tanto, coadyuva a la crisis de la democracia constitucional.

Para Ferrajoli, este rasgo que se analiza de la crisis se articula en dos factores estructurales: la ausencia de garantías o defecto de legalidad; y, las violaciones a las garantías existentes o desarrollo de ilegalidad. Ambos se distinguen según la forma en que se ejecuta la violación, esto es, el primero por omisión, ocasionando lagunas indebidas en el ordenamiento; y, el segundo por comisión, generando antinomias.

De modo que, el primer factor de crisis implica el incumplimiento del paradigma constitucional, entendiéndose como tal, la violación de los derechos fundamentales por ausencia de mecanismos jurídicos idóneos que garanticen su plena realización. Esto es debido a que, el nexo que existe entre derechos y garantías, conmina a que toda enunciación de un derecho fundamental traiga consigo el deber de introducir las debidas garantías para la tutela y satisfacción de tal derecho. Por tal motivo, los derechos fundamentales, como normas téticas, requieren una legislación de desarrollo que incorpore garantías primarias, encargadas de la tutela y satisfacción de los derechos constitucionalmente reconocidos; y, garantías secundarias o jurisdiccionales cuyo propósito es intervenir en los casos de violación de los derechos.

A pesar de lo expuesto, la realidad jurídica de los ordenamientos evidencia una preocupante carencia de garantías tanto a nivel interno como en el plano internacional. A nivel Estatal, se verifica una carencia de garantías primarias de muchos derechos sociales, así como mecanismos jurídicos que exijan a los poderes públicos a introducirlas y, en caso de lesión, técnicas jurídicas que a su vez impidan o remedien el desmantelamiento de las garantías sociales existentes.

Asimismo, se vuelve necesaria la presencia de garantías que protejan los derechos de libertad como la intimidad o libertad de información, cuyo refuerzo se hace inminente con el surgimiento de nuevas tecnologías de comunicación sumada a la subordinación de los poderes políticos a los económicos, generando vulnerabilidad en el manejo de información y de la opinión pública. Siguiendo este último planteamiento, los derechos políticos también pueden ser transgredidos por la falta de garantías que resguarden los procesos electorales y los métodos de participación ciudadana de la concentración de información y de los conflictos de intereses entre los poderes políticos, económicos y sociales que coexisten en el ordenamiento.

Esta confusión y concentración de los poderes trajo como consecuencia, la reducción de la esfera pública no sólo en los ordenamientos internos, sino también en el ámbito internacional, resultando ineludible una reestructuración de la esfera pública y con esto, la creación de funciones e instituciones de garantía. A nivel internacional, se vuelve imperiosa la presencia de instituciones de garantía dotadas de los medios y poderes necesarios para combatir los problemas sociales que lesionan a la sociedad mundial, como la hambruna, pobreza, epidemias, conflictos bélicos, crimen organizado, entre otros problemas.

Por otro lado, el desarrollo de la ilegalidad consiste en la violación por comisión de las garantías existentes y con ello, vulneración a los derechos fundamentales. Esto desencadena una crisis en la democracia constitucional toda vez que, si ésta última representa la idea de un gobierno limitado por normas jurídicas, su incumplimiento o ineficacia constituye una inobservancia y menoscabo al principio de legalidad analizado desde la doble dimensión de legitimación. De esta forma, la crisis ha afectado al paradigma legislativo del Estado de derecho en perjuicio de la capacidad regulativa de la Constitución y de la ley (Ferrajoli, 2014).

Así, desde el ámbito de la dimensión formal, esta crisis se ve reflejada en la afectación del principio de mera legalidad, por cuanto éste comprende las reglas que determinan las actuaciones de los operadores de judiciales y administrativos; y, por tanto, prescribe la sujeción de los jueces y administradores a la ley. Entonces, con la inflación legislativa que se ha desencadenado en los

últimos años, se ha desatado una creación indiscriminada de leyes contentivas de un lenguaje ambiguo y oscuro que degenera la práctica judicial y administrativa.

En lo que respecta a la dimensión sustancial, esta crisis repercute en el principio de estricta legalidad, entendiéndose como tal, al cumplimiento de aquellas reglas que dirigen al legislador en su labor de producción normativa. En este sentido, el legislador está conminado a emplear términos de extensión determinada para viabilizar la aplicación de las normas jurídicas y del mismo modo, debe salvaguardar la estructura y esencia de la norma de reconocimiento. Sin embargo, esto se ha complicado en las últimas décadas, pues como ha sido mencionado, las constituciones han perdido rigidez al encontrarse mecanismos formalmente válidos para transgredirlas y modificarlas so pretexto del ejercicio de la soberanía popular y del desarrollo del libre mercado, constituyendo un abuso por parte de los poderes públicos y económicos (Ferrajoli, 2011).

De las consideraciones expuestas, el debilitamiento del principio de legalidad responde a dos procesos: la deslegificación y la desregulación de los mercados; y la inflación legislativa en el derecho. El primero, comprende la introducción de reformas que merman las garantías de los derechos reconocidos a sectores sociales sensibles como la jubilación, el trabajo, educación, salud; y, por consiguiente, se genera desigualdad en la sociedad. Esto se debe a que la relación entre los poderes económicos privados y derechos fundamentales ha sido invertida, de tal suerte que los segundos se encuentran subordinados a los primeros y como resultado, se ha dado una desregulación de los mercados.

En segundo lugar, el menoscabo del principio de legalidad se verifica en el proceso de inflación legislativa, en especial dentro del ámbito penal, y a ello se le suma la degradación del lenguaje legal que, por los defectos de oscuridad, vaguedad y ambigüedad, compromete la capacidad regulativa de las normas, dejando un amplio margen de discrecionalidad en la interpretación de una de las fuentes del derecho.

Sin perjuicio de lo antedicho, más allá de las violaciones y los intentos de reforma en desdén de los límites constitucionalmente impuestos y la separación de poderes propia de una democracia, la dimensión sustancial ha sufrido en las últimas décadas, un proceso deconstituyente de erosión. En consecuencia, se ha deteriorado el constitucionalismo concebido como un “sistema de reglas y controles, de separaciones y contrapesos, de garantías de los derechos fundamentales y de funciones e instituciones de garantía que integra la sustancia del paradigma constitucional” (Ferrajoli, 2014). Con esto, se transgreden los principios de justicia e igualdad, que son valores

que forman parte de los deberes primordiales del Estado, pues es éste el garante del efectivo goce de los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales.

Conclusiones

Como hemos analizado, la integración de la dimensión formal y sustancial, nace la democracia constitucional, la misma que se ha visto afectada por ciertos factores que influyen notablemente en su estructura. En primer orden, se ha analizado cómo la crisis económica es el principal factor de la actual crisis de la democracia. La dimensión formal o positivista conocida como aquella dimensión que vincula el rol regulativo de la ley; y, la dimensión sustancial o constitucionalista vinculada con aquellos límites que van dirigidos a los poderes públicos y privados para que de esta manera, no se afecten los derechos constitucionales en general.

Ambos espacios hoy en día sufren un determinado vacío, debido a que el rol del Gobierno en su función política y la función regulativa del derecho no están funcionando correctamente, esto se debe a que existe una pérdida en la soberanía de los países, crisis de representatividad de los partidos políticos, conflicto de intereses en el ámbito público y privado; y, la subordinación de los poderes económicos y financieros frente a los poderes públicos, lo que Ferrajoli denomina en sus textos, la supremacía del mercado sobre la esfera pública.

Esto desencadena en que las garantías que el estado está obligado a cumplir no se lleven a cabo, Ferrajoli lo denomina desmantelamiento del Estado social, en donde los servicios sociales y las garantías de salud y educación se han visto afectado enormemente, aumentando, además, la pobreza, el desempleo, la desigualdad en general, que son parte de aquella estructura sustancial del orden constitucional.

Manifestamos que aquel vacío que existe en el órgano político y en el papel normativo del derecho era consecuencia de aquella invertida relación que existe entre los poderes públicos y privados, entre la política y la economía entre el Estado y el Mercado, Ferrajoli citando a Cassese en su libro la democracia a través de los derechos manifiesta en un frase que ya no existe el gobierno público y político de la economía, sino el gobierno privado y económico de la política. Por lo que ya no son los Estados lo que regulan el mundo financiero, sino por el contrario el mundo del mercado financiero los que aplican sus reglas de juego en los diversos estados, imponiendo sus políticas antidemocráticas y antisociales en beneficios de sus intereses privados generando como lo hemos manifestado anteriormente el desmantelamiento del Estado de Derecho y el no

cumplimiento de las obligaciones del Estado en lo referente a las garantías básicas de los ciudadanos, generándose así un incremento de la pobreza y la desigualdades en la sociedad.

Por último, es preciso recalcar que en un gobierno que prevé límites a los poderes políticos de mayoría requiere de un mínimo de presupuestos jurídicos que permitan la realización del paradigma constitucional y proteja los derechos fundamentales de las minorías. Para esto, deben establecerse los frenos contramayoritarios necesarios para resguardar la rigidez constitucional del ordenamiento y evitar aquellas reformas indiscriminadas a la Constitución que en el fondo representan una voluntad mayoritaria supeditada a los intereses económicos y políticos de quienes detentan el poder.

Es por todo esto que se requieren tanto garantías como instituciones que las viabilicen y así mitigar el defecto de legalidad y desarrollo de ilegalidad que parasitan el orden constitucional establecido. El estado crítico de la democracia constitucional en la actualidad constituye un detonante que conduce su futuro a la necesidad de evolucionar a partir de una legislación de desarrollo que establezca garantías primarias a los derechos reconocidos, mecanismos que exijan a los poderes públicos nacionales e internacionales introducirlas; así como la creación de instituciones que tutelen, sancionen y velen por la reparación integral en caso de violaciones, a la luz de las nuevas situaciones de vulnerabilidad que surgen a raíz de la globalización. Solo así, la democracia se reinventará para adecuarse a las necesidades del mundo actual, siempre en protección de las minorías y de los principios y derechos fundamentales.

Bibliografía

Atienza, M. (1985). *Introducción al Derecho.* Barcelona: Barcanova.

Ecuador, A. C. (20 de octubre de 2008). Constitución de la República del Ecuador. Montecristi: Registro Oficial.

Ferrajoli, L. (2011). *Principia Iuis, Teoría del Derecho y de la Democracia.* Madrid: Trotta.

Ferrajoli, L. (2014). *La Democracia a través de los Derechos.* Madrid: Editorial Trotta.

Guarín, R. (2006). Oposición, competencia electoral y reformas para la paz en Colombia. *Desafíos*, 69-114.

Habermas, J. (2008). *Facticidad y Validez.* Madrid: Trotta.

Landau, D. (2013). *Abusive Constitutionalism.* Estados Unidos: University of California.

Mateos, J. A. (2017). *La Filosofía Moral de Hans Kelsen.* Madrid: Marcial Pons.

Nino, C. S. (2003). La Constitución de la Democracia Deliberativa . *Gedisa Editorial*, 19.

Observador, E. (31 de mayo de 2017). *CEPAL advierte freno en descenso de la desigualdad en América latina*. Obtenido de https://www.elobservador.com.uy/cepal-advierte-freno-descenso-la-desigualdad-america-latina-n1077996

ONU, O. d. (2017). *Objetivos de Desarrollo Sostenible*. Obtenido de Aumenta la pobreza en América latina, revela la Comisión Económica para América latina y el Caribe: https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/2017/12/aumenta-la-pobreza-en-america-latina-revela-comision-economica-para-america-latina-y-caribe/

Rousseau, J. J. (2003). *El Contrato Social.* Madrid: Alianza Editorial.

Streck, L. L. (2009). *Verdad y Consenso. Constitución, Hermenéutica y Teorías Discrusivas.* Lima: Ara Editores.

Zafrilla, P. J. (2012). ¿Es posible realizar la teoría deliberativa en la vida política? El proyecto de James Fishkin. *Revista Española de Ciencia Política*, 14.