



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS SOCIALES
Y POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO**

TEMA:

**Constitucionalismo deliberativo: hacia una propuesta democrática en el
estado constitucional**

AUTOR:

Carrera-Ordóñez, Bryan Stanley

**Trabajo de titulación previo a la obtención del grado de
ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPÚBLICA DEL
ECUADOR**

TUTOR:

DRA. Nuques Martínez, Hilda Teresa, PhD.

Guayaquil, Ecuador

20 de febrero de 2022



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS SOCIALES
Y POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo de titulación fue realizado en su totalidad por **Carrera-Ordóñez, Bryan Stanley**, como requerimiento para la obtención del Título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador**.

TUTORA

Dra. Nuques Martínez, Hilda Teresa, PhD.

DIRECTORA DE LA CARRERA

Dra. Lynch de Nath, María Isabel, Mgs.

Guayaquil, a los 20 días del mes de febrero del año 2022



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS

CARRERA DE DERECHO

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, **Carrera-Ordóñez, Bryan Stanley**

DECLARO QUE:

El Trabajo de Titulación: **Constitucionalismo Deliberativo: hacia una propuesta democrática en el Estado Constituciona**, previo a la obtención del Título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador**, ha sido desarrollado respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan en el documento, cuyas fuentes se incorporan en las referencias o bibliografías. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance del Trabajo de Titulación referido.

Guayaquil, a los 20 días del mes de febrero del año 2022

EL AUTOR

Carrera-Ordóñez, Bryan Stanley



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS SOCIALES
Y POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO

AUTORIZACIÓN

Yo, **Carrera-Ordóñez, Bryan Stanley**

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil a la **publicación** en la biblioteca de la institución del Trabajo de Titulación, **Constitucionalismo Deliberativo: hacia una propuesta democrática en el Estado Constitucional**, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, a los 20 días del mes de febrero del año 2022

EL AUTOR:

Carrera-Ordóñez, Bryan Stanley



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO

REPORTE DE URKUND

The screenshot displays the URKUND web interface. On the left, a sidebar contains document metadata: 'Documento' (TESIS FINAL PREGRADO - BRYAN CARRERA ORDÓÑEZ.docx), 'Presentado' (2022-02-14 13:34), 'Presentado por' (bryancarrera98@gmail.com), 'Recibido' (teresa.nuques.ucsg@analysis.orkund.com), and 'Mensaje' (TESIS FINAL - Bryan Carrera - URKUND). The main content area shows a progress bar at 0% and a message: '0% de estas 44 páginas, se componen de texto presente en 0 fuentes.' On the right, a 'Lista de fuentes' panel is visible with columns for 'Categoría' and 'Enlace/nombre de archivo'. The categories listed are 'Fuentes alternativas' and 'Fuentes no usadas'. The interface includes a top navigation bar with 'Abrir sesión' and a bottom toolbar with 'Reiniciar' and 'Compartir' buttons.

TUTORA

Dra. Nuques Martínez, Hilda Teresa, PhD.

EL AUTOR:

Carrera-Ordóñez, Bryan Stanley

AGRADECIMIENTO

Todo *proyecto* en la vida de un ser humano tiene a personas o a una Divinidad detrás que ayudan, en diversa medida, a la consecución y posterior conclusión de dicho *proyecto*.

De esta manera quiero agradecer, en primer lugar, a Dios, quien de *todo* proviene y que, estoy completamente seguro que me iluminó, en los momentos más complicados, a seguir adelante con mi *proyecto*.

Agradezco a mis padres, Margarita y Claudio, quienes en gran medida han contribuido a formar la persona que *soy*, quienes me han apoyado en cada momento de mi vida y de ellos estoy muy orgulloso.

A mi tutora de tesis, la Dra. Teresa Nuques, quien durante cinco años se ha convertido no solo en maestra, sino en una amiga, mentora, confidente, eterna jefa y, prácticamente, una cuasi madre.

Al Dr. Ricky Benavides, quien me alienta continuamente a convertirme no solo en un buen abogado sino que, con su ejemplo, me conmina a ser una excelente persona y un gran maestro.

A mis amigos, fieles testigos de mi existencia, quienes hacen de mi vida un placer absoluto y me otorgan *felicidad* continuamente.

A mi colegio, U. E. San José-La Salle Guayaquil, por ser el Templo del Saber que me acogió cuando pequeño y me dio las bases para desenvolverme en la universidad: Fe, Fraternidad, Compromiso, Justicia y Servicio.

A la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, mi *alma máter*, por impregnar en mí sus principios fundamentales: Ciencia y Fe.

Por último, a todos los estudiantes de *Fundamentos del Derecho*, de quienes, al darles clase, siempre aprendí.

DEDICATORIA

Esta tesis, conforme al tema desarrollado, ahonda en cuestiones respecto del principio democrático, la justicia constitucional y la participación ciudadana. En virtud de aquello, este trabajo va dedicado a toda aquella persona que, en el ejercicio pleno de sus derechos y con respeto a la libertad y los derechos de los demás, haya sido víctima de gobiernos tiránicos y despóticos.

Así también, esta tesis va dedicada a los integrantes de los Tribunales Constitucionales alrededor del mundo que, dentro del marco de sus atribuciones y competencias, cumplen con la tarea fundamental de proteger las Constituciones de sus países y los derechos en ellas consagrados en pro de la humanidad. Por último, esta tesis va dedicada al *conocimiento*, con la profunda convicción de que este trabajo es el resultado de años de evolución de *un universo que se conoce a sí mismo*.



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS SOCIALES
Y POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO

TRIBUNAL DE SUSTENTACIÓN

Abg. Ricky Benavides Verdezoto, Mgs.
Oponente.

Dr. Xavier Zavala Egas
Decano

Abg. Maritza Reynoso de Wright, Mgs.
Coordinadora de UTE



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

Facultad: Jurisprudencia

Carrera: Derecho

Periodo: UTE B-2021

Fecha: Febrero 16, 2022

ACTA DE INFORME FINAL

El abajo firmante, docente tutor del Trabajo de Titulación denominado *Constitucionalismo Deliberativo: hacia una propuesta democrática en el Estado Constitucional* elaborado por el estudiante *Carrera-Ordóñez, Bryan Stanley*, certifica que durante el proceso de acompañamiento dicho estudiante ha obtenido la calificación de **10 DIEZ**, lo cual lo califica como **APTO PARA LA SUSTENTACIÓN**.

Dra. Nuques Martínez, Hilda Teresa, PhD.
DOCENTE TUTOR/A

ÍNDICE GENERAL

RESUMEN	XI
ABSTRACT	XII
INTRODUCCIÓN	3
DESARROLLO	5
1. UNA COMUNIDAD NACE, ¿INICIA LA DEMOCRACIA?	5
1.1. CONVIVENCIA: EL PRIMER PASO	5
1.2. DECIDIR: ¿QUÉ? ¿CÓMO? ¿POR QUÉ? ¿PARA QUÉ? ¿QUIÉN?.....	6
1.3. CONCERTACIÓN DE LA LEGITIMACIÓN: LA PRIMERA Y CONTINUA DECISIÓN DE LA COMUNIDAD	8
2. LA DEMOCRACIA, EN SERIO: MUCHOS INVITADOS, PLURALIDAD DE INTERESES	9
2.1. LA MAYORÍA: DEMOCRACIA EN CONCRETO.....	10
2.2. LA MINORÍA: DEMOCRACIA EN ABSTRACTO	11
2.3. REPENSAR LA DEMOCRACIA: FUERZA CONTRA-MAYORITARIA .	13
3. DEMOCRACIA ¿CONSTITUCIONAL?.....	14
3.1. UN BREVE REPASO SOBRE EL CONSTITUCIONALISMO	15
3.2. EL PAPEL DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES: ENTRE KELSEN Y SCHMITT.....	17
3.3. TRES MODELOS DE CONSTITUCIONALISMO.....	19
3.3.1. CONSTITUCIONALISMO SUSTANTIVISTA.....	19
3.3.2. CONSTITUCIONALISMO PROCEDIMENTALISTA	22
3.3.3. CONSTITUCIONALISMO DELIBERATIVO.....	26
4. EL CONSTITUCIONALISMO EN AMÉRICA LATINA: ENTRE PROBLEMAS POLÍTICOS Y CRISIS DEMOCRÁTICA.....	33
4.1. ECUADOR.....	34
4.1.1. CASO SATYA.....	34
4.1.2. CASO DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS DE LOS ADOLESCENTES	35
4.1.3. CASO MATRIMONIO IGUALITARIO.....	36
4.1.4. CASO DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO POR VIOLACIÓN ..	37
4.2. CHILE.....	40
4.2.1. CASO SEGUNDO RETIRO DE FONDOS	41
4.2.2. CASO TERCER RETIRO DE FONDOS	42
4.3. COLOMBIA	42
4.3.1. CASO DE VIOLACIÓN MASIVA A LOS ACUERDOS DE PAZ...	43
4.4. BRASIL.....	44
CONCLUSIONES	46
RECOMENDACIONES	48
REFERENCIAS	50

RESUMEN

El Constitucionalismo en América Latina está pasando por uno de sus momentos críticos. La crisis en las instituciones jurídico-estatales supone un cansancio ciudadano frente a sus representantes que desemboca en una vulneración, a breves rasgos, de sus derechos constitucionales. La pregunta que hay que zanjar es acerca de cuál es el organismo indicado para mejor proteger a los ciudadanos frente a las potenciales vulneraciones que pudiesen cometer sus representantes y cuál modelo es el más idóneo para que la ciudadanía participe activamente. De esta manera se debe afianzar el paradigma post-positivista o constitucionalista del Derecho en cuanto a la creación de Tribunales Constitucionales con carácter no representativo y con *fuerza* contra-mayoritaria para que su poder no se encuentre limitado al principio de separación de poderes y de aquella manera sirva como garantía de la defensa de los derechos y de la supremacía de la Constitución frente a los actos y poderes del sector público y privado. Para arribar a aquello también se deben definir líneas paralelas de estudio sobre los distintos modelos de constitucionalismo en el mundo y destacar sus puntos clave para equilibrar un constitucionalismo que parta de la retórica constructivista y propenda al diálogo no solo interinstitucional sino también ciudadano frente a las Cortes de cierre que se encargan de tener la *última palabra*.

Palabras Claves: Convivencia, Democracia, Legitimación, Estado Constitucional, Constitucionalismo, Fuerza Contra-Mayoritaria, Tribunales Constitucionales, Deliberación.

ABSTRACT

Constitutionalism in Latin America is going through one of its critical moments. The crisis in the legal-state institutions supposes a citizen weariness in front of their representatives that leads to a violation, in brief, of their constitutional rights. The question that needs to be resolved is about which is the right body to best protect citizens against potential violations that their representatives could commit and which model is the most suitable for citizens to actively participate. In this way, the post-positivist or constitutionalist paradigm of Law should be strengthened in terms of the creation of Constitutional Courts with a non-representative character and with counter-majoritarian *force* so that their power is not limited to the principle of separation of powers and that way it serves as a guarantee of the defense of the rights and the supremacy of the Constitution against the acts and powers of the public and private sector. To arrive at that, parallel lines of study must also be defined on the different models of constitutionalism in the world and highlight their key points to balance a constitutionalism that starts from constructivist rhetoric and tends to dialogue not only inter-institutional but also citizen in front of the Courts. of closure who are responsible for having *the last word*.

Keywords: Coexistence, Democracy, Legitimation, Constitutional State, Constitutionalism, Counter-Majoritarian Dilemma, Constitutional Courts, Deliberation.

“(…) ante un asunto de trascendencia nacional, como el sujeto a análisis, debe de procurarse la obtención de una decisión que sea producto del diálogo y la deliberación democrática desde las vías que reconoce nuestro ordenamiento jurídico, cuyo agotamiento no se devalúa de la decisión de la mayoría”.

Sentencia No. 34-19-IN/21, voto salvado
Teresa Nuques Martínez, Jueza Constitucional

INTRODUCCIÓN

El mundo, en general, ha pasado por muchas transformaciones sociales en lo que a participación ciudadana se refiere. Gradualmente, hemos tenido intervenciones en diversas cuestiones que atañen tanto a la esfera social, como a la esfera personal. No cabe duda que el desarrollo progresivo de aquella intervención política, en gran medida, ha dependido de lo que “la mayoría” decida. Sin embargo, siempre se generan dudas respecto de las decisiones que tome una comunidad, sea por la forma en la que se llegue a esas resoluciones (la autoridad de la que emana o la estructura para llegar a concluir tal o cual cuestión) o sea por el fondo de la decisión (el contenido de la misma).

De esta forma, un problema constante en la toma de decisiones es la cuestión de “¿Quién tiene la última palabra?” y, comúnmente, asociamos aquella interrogante con la de “¿Quién debe gobernar?” o “¿La voluntad de quién ha de ser suprema?” (Popper, 2006, p. 136). Así, se hace necesario establecer como objetivo general del presente trabajo de titulación, el proponer un modelo equilibrado en el que la sociedad civil y las distintas instituciones políticas colaboren en la toma de decisiones que sean de vital importancia para la convivencia de la comunidad.

Además, es necesario delimitar los objetivos específicos con los cuales podremos llegar a la consecución del objetivo general mediante las conclusiones y recomendaciones del presente trabajo de titulación, así tenemos: 1) Estudiar conceptos básicos de democracia revisando así cuestiones como la convivencia en sociedad y la legitimación; 2) Hallar la importancia de equilibrar la balanza entre la “mayoría” y la “minoría”; 3) Destacar la importancia de la existencia de mecanismos contra-mayoritarios así como resaltar la labor de la justicia constitucional como medio idóneo de equilibrio democrático en una república; y, 4) Profundizar en los diferentes modelos de constitucionalismo y de esta manera ahondar en el constitucionalismo deliberativo como una concepción adecuada para la consecución de los fines de la justicia constitucional y así eliminar gradualmente la tensión entre aquel tipo de justicia y el principio democrático.

Será importante para este trabajo de titulación el desarrollar conceptos de retórica constructivista, discurso moral, justicia dialógica, que nos servirán de herramientas para luego conectarlas y proponer un Constitucionalismo ecléctico en cuanto a la consolidación de una justicia constitucional dotada de la última palabra. Así, aquello servirá de justificación para poder mantener elementos de las teorías de Ronald Dworkin y de Jeremy Waldron.

Una vez que se concluya, a lo largo del desarrollo, con cada uno de los objetivos del presente trabajo de titulación, se ofrecerán una serie de recomendaciones acerca de cómo implementar, en las repúblicas, un concepto al que denominaremos “República Deliberativa” en el que la labor de los Tribunales Constitucionales adquiere importancia no solo para proteger la supremacía de la Constitución sino también para solidificar una propuesta democrática en el Estado Constitucional.

Cabe destacar que el presente trabajo de titulación ha procurado ser fiel a las fuentes originales y establecer puntos de conexión entre estos. Lo que se quiere transmitir en realidad es un recuento histórico del Constitucionalismo en el mundo y trazar puentes para proponer recomendaciones que sirvan para poner en práctica los ideales del paradigma post-positivista en el mundo, en América Latina y en específico, en el Ecuador.

Para dejar encaminado al lector, mencionaré algunos de los teóricos que revisaremos a lo largo del presente trabajo de titulación: Aristóteles, Ronald Dworkin, Jeremy Waldron, Carlos Santiago Nino, Norberto Bobbio, Luigi Ferrajoli, Robert Alexy, Josep Aguiló Regla, Sergio Raúl Castaño, Paúl Córdova Vinuesa, Roberto Gargarella, Adela Cortina, Jon Elster, Víctor Ferreres Comella, Iván Vila Casado, Ernesto Garzón Valdés, Riccardo Guastini, Gustavo Zagrebelsky, entre otros.

Espero, muy sentidamente, que el presente trabajo sea de mucho agrado para el lector curioso, que en este proyecto podrá descubrir un tejido interconectado de conceptos muy ricos para la formación completa de un abogado y jurista. Deseo mucho éxito a aquel que se aventure en su lectura y comprensión.

DESARROLLO

1. UNA COMUNIDAD NACE, ¿INICIA LA DEMOCRACIA?

La existencia de una sociedad, supone, según los antiguos griegos, la existencia del Derecho: *Ubi societas, ibi ius*. Sin embargo, la cuestión es mucho más compleja debido a que previo a la existencia del fenómeno jurídico, debe existir una sociedad que formal y materialmente reconozca aquel hecho. Dicho reconocimiento reside, particularmente, en la forma de manifestación política de la comunidad. Así, entonces, en este capítulo se procederá a analizar cómo nace esa manifestación política y cuáles son los cuestionamientos relevantes en relación a dicha forma de expresión, para luego enfocarme en los *actores* de aquella *comunidad que nace*.

1.1.CONVIVENCIA: EL PRIMER PASO

El acto de *convivir* es, sin duda alguna, uno de los pequeños placeres que como sociedad, como comunidad, podemos expresar de forma cotidiana. Pero ¿qué queremos significar con la expresión *convivir*? Al analizar etimológicamente dicha palabra, es menester destacar que proviene del latín y que se podría decir que es un término compuesto, así se construye del prefijo “con” y la palabra “vivencia” que significa “el acto de existir”. El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española nos ofrece un significado –aunque no considero que sea el único –preciso: “Vivir en compañía de otro u otros”.

Las implicaciones de “convivir” son vastas y, tal como señalan Al Mufti et al. (1996), ello supone que debemos siempre procurar la concertación. Así también, aquella concertación se desarrolla en dos niveles: un primer nivel, en el que se reconozca gradualmente al *otro*; y, un segundo nivel, en el que, luego de reconocer al *otro*, nos esforcemos en participar, de forma comunitaria, concretando formas de concertación frente a los desacuerdos que se presenten al momento o en el futuro (Al Mufti et al., 1996). Podemos decir, entonces, que *convivir* es la acción por la cual dos o más personas que ocupan un mismo espacio y tiempo realizan actividades destinadas a precautelar la buena compañía y existencia.

Ahora bien, pero ¿cómo llegamos a convivir? Evidentemente, la respuesta está en nuestra naturaleza humana. Para ello, cabe destacar que los seres humanos poseemos un sentido de supervivencia que nos conmina a buscar un grupo del cual formar parte. Con ese grupo, por lo general, mantenemos intereses comunes. A aquel sentido se lo denomina: *sentido gregario*. Es importante señalar que aquella vida en sociedad tiene efectos jurídicos más o menos

marcados y, por ende, merece regulación. Uno de los efectos de la vida en sociedad es que, en algún momento, alguien debe tomar decisiones. La cuestión medular de la premisa anterior se halla en quién o quiénes pueden tomar tal o cual decisión, y por qué. A la cuestión relativa a esa pregunta le llamaremos *legitimación*.

En la toma de decisiones constante se encuentra la forma en la que la comunidad procura la concertación, ya que, como vimos en párrafos anteriores, aquello es indispensable para *convivir*.

1.2.DECIDIR: ¿QUÉ? ¿CÓMO? ¿POR QUÉ? ¿PARA QUÉ? ¿QUIÉN?

Trayendo a nuestra sociedad la concepción de convivir –cuestión que de por sí hacemos –debemos cuestionarnos acerca de lo que se decide, cómo se decide, por qué se decide, para qué se decide y quién decide. Esto, pues la vida en sociedad se compone de decisiones constantes. Incluso el mismo individuo, abstrayéndose de su desarrollo en la comunidad, decide continuamente sobre cuestiones que trascienden en su esfera personal.

Contestar a la pregunta de sobre qué se decide, es muy complicado. Puesto que, tal como indico en el párrafo anterior, siempre decidimos. Entonces, hoy podríamos decidir sobre cuestiones trascendentales como la imprescriptibilidad de delitos sexuales contra menores de edad, hasta cuestiones que, aunque no son trascendentales, afectan a nuestra vida en comunidad como el lugar en el que se debe erigir un monumento a determinado prócer de la Independencia.

Resolviendo la cuestión sobre cómo se decide, dependerá siempre de los mecanismos por los cuales decidamos participar. Es decir, sobre cómo decidir, también decidimos. Somos nosotros, los individuos asociados, los que definimos los lineamientos para sentarnos en la mesa de la toma de decisiones y mantenemos continuamente el poder –como posibilidad –de participar en el juego democrático.

Por qué y para qué se decide, son preguntas que la comunidad debe hacerse continuamente al sentarse en la mesa de la toma de decisiones. Esto, porque para definir los objetivos de la decisión, primero hay que saber sobre qué se decide. De esta manera, una vez sentados en la mesa, los individuos asociados podrán definir los fines por los que se está tomando tal o cual decisión.

Ahora bien, la pregunta más álgida en la vida en comunidad, es quién decide. Que la comunidad decida quién o quiénes pueden sentarse en la mesa de la toma de decisiones,

siempre va a generar conflicto entre los individuos asociados. Basta con señalar lo que Greppi (2012) destaca: “El círculo de la legitimación arranca, como es obvio, de la voluntad de los ciudadanos (...)” (p.120). Sin embargo, esa posibilidad, no la tuvimos siempre. El concepto de “democracia”, como la conocemos, es relativamente nuevo.

La concepción de “poder del pueblo” no nace sino en la Antigua Grecia hacia el siglo V a.C. de la mano de Heródoto y fue la forma en la que los ciudadanos de la primigenia Ática se referían a su sistema de gobierno, este consistía en la deliberación pública y constante de todas las decisiones que comprometen a la sociedad civil, quienes participaban de la Asamblea eran los varones atenienses, de esta forma la democracia de los *antiguos* se ciñó a una suerte de democracia *directa* en *stricto sensu* (Bobbio, 2009, pp. 401 - 409).

En definitiva, la tendencia *moderna* de democracia –en la que conceptos como el de libertad e igualdad son imprescindibles –difiere, en suma, a la que se vivía en la Antigua Grecia, pero hay que resaltar que el concepto etimológico de dicha palabra, permanece en el tiempo: *el poder que reside en el pueblo*. De esta manera, fueron surgiendo otros conceptos vinculados a la democracia, como el de soberanía, que no siempre estuvo encargada a los ciudadanos de forma libre y democrática.

En las culturas sumerias y egipcia –de las que se tiene primera data –la soberanía residía en una sola persona: el monarca, el rey, el emperador. Esta persona ejercía un poder absoluto e ilimitado, sin restricciones y, comúnmente, se asociaba su poder con la providencia divina. Dicha forma de gobierno permaneció en el tiempo y se introdujo en muchas culturas alrededor del mundo, algunas que aún existen pero matizadas.

Tiempo después, durante la Ilustración, Montesquieu propuso un sistema de gobierno en el que dividió poderes para que ya no residan en una sola persona. De esta manera, renace el concepto de la República y se moderniza, estableciendo un sistema de pesos y contrapesos con tres poderes clásicos: el Legislativo (encargado de establecer las leyes que rijan en la República), el Ejecutivo (encargado de ejecutar las leyes que rijan en la República) y el Judicial (encargado de juzgar a quienes no cumplan las leyes que rijan en la República).

Toda vez que se fueron independizando las colonias de los gobiernos monárquicos, cada una se fue organizando como Estado independiente, implementando la República como sistema de gobierno. Pero no cualquier República, sino una democrática. En la que se reivindique el poder del pueblo, por el pueblo y para el pueblo. Una en la que conceptos de la

Ilustración francesa como libertad, igualdad y fraternidad, sean la bandera de lucha constante de cada uno de sus ciudadanos.

Así, una vez reivindicado el poder a los ciudadanos, identificados como individuos asociados, y tomando en consideración que cada Estado es relativamente grande no solo geográficamente sino también en demografía, surgió un problema: si son muchos ciudadanos, tal vez no todos puedan sentarse, formalmente, en la mesa de la toma de decisiones. Se resolvió, entonces, que existan representantes¹, pero volvió a surgir la interrogante: ¿quién decide? ¿Quiénes estarían legitimados para representar –a los ciudadanos –en el juego democrático?

1.3.CONCERTACIÓN DE LA LEGITIMACIÓN: LA PRIMERA Y CONTINUA DECISIÓN DE LA COMUNIDAD

Una cuestión muy importante en la democracia, y más aún, sabiendo que hay muchas personas con diversidad de criterios, es la de quién representa realmente a cada una de ellas para convertirse en legitimado para sentarse en la mesa de la toma de decisiones. Bien menciona Villoro (1997): “(...) solo en comunidades pequeñas, donde todos pueden encontrarse y dialogar, el pueblo puede decidir directamente de los asuntos colectivos; en la nación, tiene que delegar su poder. La representación es inevitable (...)” (p. 340). Así, en el juego democrático, y tomando en consideración el crecimiento exponencial de la población del mundo, resulta lógico que hayamos optado por un sistema de democracia representativa en el que, personas a las que les encomendamos el trabajo de decidir por nosotros, efectivamente, representen *nuestra voluntad*.

Ahora bien, la *cuestión sobre la legitimación* no apunta solamente a una validación de quién o quiénes están legitimados para representarnos, sino también la de validar el sistema bajo el cual todos, incluyendo nuestros representantes, van a estar sometidos para poder ejercer sus funciones mientras cumplen el trabajo encomendado. Tal como señala Luhmann (como se citó en Garzón Valdés, 1990): “(...) cada sistema político instituye, a través de un procedimiento específico para la adopción de sus normas y decisiones, sus propios fundamentos de legitimidad o legitimación (...)” (p. 13). Es decir, incluso la validación del sistema, legitima, en sí misma, el fundamento de validez de los demás actos que realicen sus *actores* en la mesa de toma de decisiones.

¹ Esto, en referencia a la concepción moderna de democracia señalada anteriormente.

En palabras de Castaño (2014): “(...) la legitimidad consiste en el acceso al mando y el ejercicio del poder de acuerdo con la forma prevista por la propia comunidad a través de la constitución vigente (...)” (p. 97). Por tanto, la facultad para obrar con poder político proviene siempre de la ciudadanía, aquello se encuentra fundamentado de manera continua en el consenso y en la racionalidad de aquel acuerdo.

El problema de la *cuestión de la legitimación* halla su punto crítico, más allá del sistema político, en cómo se lo legitima. Por ello, instituir un régimen político ideal requiere, en lo personal, de los siguientes elementos:

1. Respetar el principio de igualdad²;
2. Procurar que las desigualdades accidentales³ desaparezcan (o reducir la brecha) con mecanismos de acción afirmativa;
3. Procurar la concertación con los estándares más altos de deliberación de la mano con procedimientos democráticos pluralistas⁴; y,
4. Que todo lo anterior sea realizado teniendo en consideración la disponibilidad de recursos económicos de la sociedad en pro de su subsistencia.

Ahora bien, cabe resaltar que cuando de la voluntad de la ciudadanía se trata, no podemos hablar de un “consenso del pueblo” puesto que, todo aquello instituido bajo el sistema democrático, reconoce que no existe *una* voluntad, sino de una *victoria* de la mayoría sobre la minoría y que aquel triunfo supone un respeto a diversas posiciones sobre la mesa de la toma de decisiones (Waldron, 2005). Dicho esto, nos atrevemos a afirmar que la *cuestión de la legitimación*, al final del día, lo resuelve: la mayoría. Pero no cualquier mayoría, sino una *racional*, que adopte su sistema conforme los elementos enunciados en el párrafo anterior, reconociendo la existencia de la minoría.

2. LA DEMOCRACIA, EN SERIO: MUCHOS INVITADOS, PLURALIDAD DE INTERESES

Tal como hemos analizado en el capítulo anterior, el juego democrático, en un primer momento, se basa en 1) la legitimación; 2) las decisiones en torno a la legitimación; y, 3) la

² Hay que tener en consideración que se parte del supuesto de que todos somos diferentes, pero lo que nos hace iguales es la paridad de condiciones ante la ley.

³ V. gr. Pobreza, corrupción, entorno bélico, etc. Toda aquella afección que pone en desventaja a un individuo o grupo de individuos, que no necesariamente fue producida por la generación afligida.

⁴ Es decir, que se debe tomar en cuenta la vastedad de realidades que confluyen en una misma sociedad.

existencia de posturas contrapuestas acerca de en quién o en quiénes recae la legitimación; todo esto como parte de un requisito esencial para *sentarse* en la mesa de la toma de decisiones. Toda vez que se ha abordado el problema de la *cuestión de la legitimación*, corresponde analizar cómo, de forma concreta, se nos presentan las divergencias democráticas. En un escenario general y abstracto podemos resumirlo en dos posturas: la mayoría y la minoría. En este capítulo se procederá a analizar aquellas posiciones y el rol que mantienen aquellos conceptos en nuestra sociedad tomando en consideración que, *cuando en la mesa de toma de decisiones hay muchos invitados, existe una pluralidad de intereses*.

2.1.LA MAYORÍA: DEMOCRACIA EN CONCRETO

Al hablar de democracia viene a nuestra mente “el poder del pueblo”. Así, inmediatamente lo asociamos, como si de una suposición se tratase, que la democracia es “lo que dicte la mayoría”. Sin embargo, aquella representación de la democracia es simplista y puramente formal.

La democracia es un procedimiento formal, según la cual, aún en la democracia directa, las decisiones de una mayoría son de imperativo cumplimiento para todos, incluyendo a las minorías, que probablemente consideran que estas decisiones son contrarias a sus opiniones o intereses” (Rincón de Maldonado, 2007, p. 21).

Así las cosas, la tendencia democrática que sigue la “regla de la mayoría”, únicamente responde a una concepción pragmática, de necesidad, del juego democrático en la mesa de toma de decisiones. Pero no es suficiente. Tal como se indicó en el primer capítulo, lo ideal en un sistema político que propugna por la democracia y la correspondiente concertación, es que siga ciertos lineamientos que coadyuven a la armonía de la comunidad, uno de aquellos y el más importante es el principio de igualdad.

Y es que, como indica Gomes (s.f.), “No existe nada más peligroso para el concepto democracia que considerar que su único significado es “la regla de la mayoría” o el proceso de contar votos” (p.13). Por ello, vale decir que vivir en democracia significa mucho más que ejercer el derecho al sufragio, es estar conectados constantemente con la realidad que nos rodea como sociedad y deliberar día tras día sobre esos cambios, es decir, ser partícipes activos de la comunidad.

Ahora bien, tomando en consideración que la humanidad no ha formulado nuevos sistemas que puedan suplantar mejor la concepción de democracia, hay que determinar cuáles son los problemas que presenta el seguir la “regla de mayoría” en la actualidad: 1) el hecho de

distribuir el poder; y, 2) el hecho de limitar aquel poder. Por ello, la tendencia puramente formal de seguir “lo que dicte la mayoría” representa un verdadero desafío en relación a la convivencia.

De esta forma, la concepción democrática que hemos desarrollado, que se denomina “procedimental”, analiza ciertos criterios para lo cual existen propuestas las siguientes *reglas del juego democrático*:

1) Todos los ciudadanos que hayan alcanzado la mayoría de edad, sin distinción de raza, condición económica y sexo, deben disfrutar de los derechos políticos, es decir, cada uno debe disfrutar del derecho de expresar la propia opinión y de elegir a quien la exprese por él; 2) El voto de todos los ciudadanos debe tener el mismo peso; 3) Todos los que disfrutan de los derechos políticos deben ser libres para votar según la propia opinión, formada lo más libremente posible, en una competición libre entre grupos políticos organizados, en concurrencia entre ellos; 4) Deben ser libres también en el sentido de que deben ser puestos a elegir entre soluciones diversas, es decir, entre partidos que tengan programas diversos y alternativos; 5) Tanto para las elecciones como para las decisiones colectivas, debe valer la regla de la mayoría numérica, en el sentido de que se considere electa o se considere válida la decisión que obtenga el mayor número de votos; 6) Ninguna decisión tomada por mayoría debe limitar los derechos de la minoría, particularmente el derecho de convertirse a su vez en mayoría en igualdad de condiciones (Bobbio, 2009, p. 460).

Todas aquellas reglas apuntan a dos cosas muy concretas: 1) La participación ciudadana y expresión democrática activa, incluso fuera de la mesa de toma de decisiones; y, 2) La posibilidad latente de que la minoría tome partido, en cualquier momento. Como la democracia no descansa en lo que la *voluntad* de “la mayoría” haya plasmado con sus votos en las urnas (Przeworski, 1999), hay que detenernos en la segunda concreción, esto, pues aquella es la única forma de equilibrar la balanza en un Estado democrático. Es decir, convertir la convivencia y posteriormente el Derecho en una “conversación entre iguales”⁵.

2.2.LA MINORÍA: DEMOCRACIA EN ABSTRACTO

Conforme a lo analizado, sabemos que: “La democracia no consiste sólo en evitar la violencia, sino en promover el consenso, en garantizar la disensión, y en fundarse en la libertad

⁵ La concepción de convertir al Derecho en una “conversación entre iguales” es introducida por Roberto Gargarella.

de contraponer las opiniones propias a las de los demás” (Cerroni, 1991, p. 190). En aquel sentido, hemos demostrado cuán importante es poner nuestra atención en la “minoría” dentro de una democracia ya que, esa interacción es la que enriquece la participación en un Estado que se place de ser democrático.

Sin embargo, no siempre sucede así. Para que exista una democracia como tal, dijimos que no podemos agotar su concepción en su dimensión formal. De este modo, surge la dimensión sustancial de la democracia que, tal como indica Ferrajoli (2011), es la que toma en cuenta los derechos fundamentales de las personas y las normas sustanciales, es decir, ya no solo el procedimiento es importante, sino el contenido (pp. 27-28). Por ello, resulta importante reconocer, al igual que Garzón Valdés (1990) la existencia de lo no negociable, aquello que nos podría ayudar a diferenciar entre el “poder de la mayoría” y la “tiranía de la mayoría”, así, a esa esfera de lo que no se puede “tocar”, en virtud de la defensa de “las minorías” en una democracia, el autor le denominaría “coto vedado” (p. 26)⁶.

Vale decir que una comunidad, en fin, un Estado, lo componen ambas fuerzas: la mayoría y la minoría, y que la democracia se enriquece de la deliberación y participación constante de ambas fuerzas.

(...) las minorías son esenciales al sistema democrático ya que estas ayudan a la determinación de las decisiones con su intervención en los procesos deliberativos con lo cual existe mayor amplitud para que las diversas posturas tanto políticas como ideológicas se pongan en el debate para así canalizar la imprescindible necesidad de las democracias contemporáneas de alcanzar la legitimidad en las decisiones colectivas en asuntos de importante trascendencia. (Rincón de Maldonado, 2007, p. 21).

En consecuencia, la minoría necesita de representatividad proporcional para que su participación en el juego democrático y en la mesa de toma de decisiones sea efectivamente real. Tal como se ha manifestado en líneas anteriores: las formalidades, en una democracia, no son suficientes.

Ahora bien, el hecho de que existan “las minorías” no necesariamente significa que nunca ejercerán el poder. Eventualmente podrían llegar a ostentar aquel poder y podría ser peligroso⁷, de igual manera, en el momento en que tengan que gobernar para sus antagónicos,

⁶ A aquel concepto otros autores le denominarían con otras palabras, así tenemos a Ronald Dworkin: “carta de triunfo frente a la mayoría”, Norberto Bobbio: “territorio de lo inviolable” o Luigi Ferrajoli: “esfera de lo indecible”.

⁷ Por ello resulta importante destacar el principio de igualdad en las democracias. Es decir, reforzar el concepto de democracia sustancial.

formalmente hablando. De esta manera Russel (2008) indica que: “(...) dondequiera que una minoría tiene un monopolio seguro del poder político es probable que la mayoría caiga, tarde o temprano, en la esclavitud o en la servidumbre” (p. 257). Sin perjuicio de aquello, el mundo fue evolucionando respecto de su visión sobre la política, la democracia y el Derecho⁸. Así, vio en los mecanismos contra-mayoritarios la vía adecuada para la consecución de los fines ideales de aquellos conceptos.

2.3.REPENSAR LA DEMOCRACIA: *FUERZA CONTRA-MAYORITARIA*

En la sociedad, poco a poco se fue visualizando en organismos con fuerza contra-mayoritaria, la salida para una posible irracionalidad en la toma de decisiones por la mayoría. Así, se fue determinando que el establecimiento de un organismo especializado en derechos fundamentales, democracia, derecho constitucional, etc, es el más idóneo para resolver cuestiones sobre las que la mayoría y la minoría no pudiesen establecer medianamente un acuerdo.

Cabe destacar que en Estados Unidos de América ya se hacían acotaciones respecto a la irracionalidad potencial en las Cámaras de Representantes compuestas por muchas personas al suponer que: “In all very numerous assemblies, of whatever characters composed, passion never fails to wrest the scepter from reason” (Hamilton et al., 2001, p. 288)⁹. Ahora bien, ¿esto quiere decir que las mayorías siempre se equivocan? o ¿que a la mayoría solo le queda por decidir sobre cuestiones que menos le interesan? La respuesta es un rotundo no. Dar un sí sería desconocer la democracia y no tomar en consideración que incluso grupos reducidos y especializados pueden equivocarse, potencialmente. Al final del día, todos, sin excepción alguna, cometemos errores.

Sin embargo, no se puede descartar la idea de que “Necesitamos siempre mecanismos de revisión y control, porque siempre puede haber puntos de vista no considerados, o mal considerados, informaciones no tenidas en cuenta, problemas no previstos de antemano”. (Gargarella, 2019, p. 69). La idea de que exista un “coto vedado” supone en sí misma la existencia de organismos contra-mayoritarios que, aunque difícil justificar su origen democrático, políticamente es mucho más complicado desvirtuar la necesidad de su existencia en una república que toma en cuenta a todos, a “la(s) mayoría(s)” y “la(s) minoría(s)”.

⁸ Esto, pues en el Derecho se encuentra la concreción de aquellas disciplinas propias de la filosofía. Es decir, en el Derecho halla mayormente sus efectos prácticos.

⁹ Traducción propia: En todas las asambleas muy numerosas, de cualquier carácter compuesto, la pasión nunca deja de arrebatarle el cetro a la razón.

Para comprender mejor el establecimiento de organismos contra-mayoritarios para la protección de los derechos hay que recordar la fábula de Ulises. La misma nos cuenta que Ulises, previendo que sería candidato de fácil seducción del canto de las sirenas y consecuentemente perdería consciencia de sí y de su embarcación, pidió a sus compañeros de viaje que lo atasen al mástil del barco. De esta manera Ulises se habría *atado* en un momento en que su razón se encontraba vulnerada. En definitiva, “atarse a sí mismo es un modo privilegiado de resolver el problema de la flaqueza de voluntad; la principal técnica para lograr la racionalidad por medios indirectos” (Elster, 1989, p. 67).

Es de suma importancia que estos organismos gocen de carácter “no representativo” puesto que someter a elección popular la legitimación de los integrantes de aquel órgano contra-mayoritario desembocará en una misma cuestión sobre “mayorías” y “minorías”. Ya Laporta (2007) menciona que: “(...) las espinosas cuestiones del ámbito de la democracia no pueden ser resueltas por el mismo procedimiento democrático, porque el establecimiento de ese procedimiento presupone, ya que hemos determinado de algún modo el ámbito al que se va a aplicar” (p. 239).

De esta manera, la labor de un organismo no representativo que goce de tal *fuerza* contra-mayoritaria:

(...) debe ser cautelosa al ejercer su facultad de control (...) de leyes aprobadas de manera democrática y deliberativa (...) evidenciando así que la Corte ha tomado adecuada consideración de las razones o fundamentaciones expuestas por los órganos democráticos de los cuales emanaron las normas impugnadas (...) (Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 35-12-IN/20, voto salvado Daniela Salazar Marín, pp. 6-7).

La cuestión fundamental a debatir sobre los mecanismos contra-mayoritarios es sobre el acceso de todos los ciudadanos ante aquel organismo que se encargue de ejecutar aquella protección, y que la ciudadanía legitime en ejercicio su funcionamiento. Sobre esto, nos referiremos luego.

3. DEMOCRACIA ¿CONSTITUCIONAL?

Del análisis realizado hasta aquí, se pueden evidenciar varias cuestiones relativas a la democracia, a los organismos contra-mayoritarios y a la legitimación de éstos. Lo fundamental que debemos revisar a la luz de lo analizado es sobre qué organismo debe descansar aquella fuerza que le permita equilibrar a la(s) mayoría(s) con la(s) minoría(s). Ese organismo varía de denominación conforme al país y a la cultura jurídica del mismo. Sin embargo, *a priori*, su

trabajo es precisamente el mismo: 1) Garantizar la supremacía de la Constitución; 2) Revisar la constitucionalidad de las leyes; y, 3) Proteger los derechos fundamentales (Salgado Pesantes, 2019).

Ahora bien, para llegar a todas aquellas presuposiciones, la humanidad tuvo que pasar por un sinnúmero de cambios sociales, culturales, políticos y económicos que coadyuvaron a erigir una teoría basada en el reconocimiento de principios, valores y reglas que alimenten un ordenamiento jurídico y a su vez sean su fundamento de validez (Ferrajoli, 2010, p. 28).

A continuación, se expondrá un repaso sobre el cambio de paradigma que supuso la existencia de los Tribunales Constitucionales como organismo destinado a ser *guardián* de la Constitución.

3.1.UN BREVE REPASO SOBRE EL CONSTITUCIONALISMO

El poder es algo que siempre preocupa en el mundo, en particular, en el Derecho. Esto, pues el mismo habilita o faculta a emitir normas que constriñan a uno mismo y a los demás. En suma, la cuestión fundamental acerca del concepto de poder es acerca de su aplicación, abuso y limitación. De esta manera, y como se manifestó en el primer capítulo del presente trabajo, desde la filosofía inglesa y pasando por la Ilustración, continuamente se analizó la forma o estructura por la cual pueda controlarse aquella posibilidad del exceso o abuso del poder.

Así las cosas, el primer cambio que se introdujo en el mundo jurídico fue el de fortalecer la figura del Parlamento (Vila Casado, 2012) para así controlar los abusos de poder.

La supremacía parlamentaria significa en primer lugar que el Parlamento puede crear jurídicamente legislación sobre cualquier tipo de objeto o materia (...). En segundo lugar (...), que el Parlamento puede legislar para todas las personas y lugares. Si ordena que fumar en las calles de París es un delito, entonces es un delito. (Jennings, 1959, p. 170)

En consecuencia, los sistemas jurídicos en el mundo se ocuparon por establecer a la ley como centro de sus sistemas de la mano con el principio de soberanía parlamentaria.

Sin embargo, las cosas fueron distintas en el nuevo continente ya que en Estados Unidos de América pronto se incorporó, en su ordenamiento jurídico, el control difuso de constitucionalidad. Así, se dinamizó el poder del Ejecutivo y se crearon mecanismos de *fuerza* contra-mayoritaria destinada a controlar las leyes que provengan del poder Legislativo y las acciones del aparato gubernamental. Pero cabe la pregunta ¿en qué documento se reguló dicha distribución del poder y organización del Estado? Sin duda alguna, en la Constitución.

Una Constitución es un documento con connotaciones jurídicas y políticas bien marcadas, destinada a organizar un Estado y a establecer los derechos de quienes en él viven. En el Ecuador, al nacimiento de la República en el año de 1830, se consideraba a tal documento como orientador, únicamente en lo que respecta a la estructura del Estado. Así las cosas, la Carta Magna era considerada como un cuerpo normativo que contenía “normas programáticas” que incluían recomendaciones, lineamientos generales, aspiraciones sin carácter vinculante, que necesitaba del auxilio de la ley para su efectividad (Guastini, 2019). En relación a lo expuesto ¿la Constitución era una norma suprema? La respuesta es un sí, pero, como dijimos, solo contenía normas muy generales, axiológicas, mero declarativas, que regulaban la forma de la creación de leyes que, irónicamente, necesitaban para su plena vigencia.

Toda vez que se dieron los hechos atroces de la Segunda Guerra Mundial, la sociedad se cuestionó acerca de si la voluntad sola del legislador democrático, reducida a la ley, es suficiente para otorgar validez a una norma. Por ello, señala Cortina Orts (2021): “En el momento en que Alemania debía darse una peculiar Constitución, aun reconociendo sus narraciones históricas, la única forma de patriotismo posible sería el constitucional (...)” (p. 140). Así entonces, ese cuestionamiento marcó un cambio de rumbo en la historia y en el mundo jurídico en particular, tal como señala Vigo (2009):

La segunda mitad del siglo XX en Europa marca el tránsito del Estado de Derecho Legal al Estado de Derecho Constitucional; o sea, el paso –al decir de Ferrajoli– del Estado de Derecho “débil” al Estado de Derecho “fuerte”. Así la realidad jurídica europea se transforma en sus líneas fundamentales, pero sintéticamente esos cambios suponen superar la sinonimia entre ley y derecho que había impulsado el siglo XIX a partir de la Revolución Francesa, lo que queda receptado por primera vez en la Ley Fundamental de Bonn de 1949 cuando se refiere a aquellas realidades (“ley” y “derecho”) como distintas. Precisamente ese derecho que antecede, excede y controla a la ley, es el que las nuevas Constituciones reconocen bajo el rótulo –explícito o implícito– de valores, principios, fines o derechos humanos, y consecuentemente, se encomienda a tribunales constitucionales que velen para que aquel “higher law” prevalezca sobre todos los intentos de su violación a través del resto de las normas infraconstitucionales. (p. 256)

De esta manera, se produjeron algunos cambios en varios aspectos de la vida en sociedad en relación a las Constituciones de cada país: 1) la positivización de derechos de carácter social, cultural, político y económico, precisando acciones directas por parte del

aparato Estatal para su efectiva vigencia (Zavala Egas, 1999); 2) el establecimiento de Estados sociales de Derecho (Vila Casado, 2012), en los que continuamente el Estado promueva la participación ciudadana acerca de los derechos; 3) la institucionalización de organismos contramayoritarios, como los Tribunales Constitucionales, para garantizar la supremacía de la Constitución y proteger los derechos reconocidos en la misma (Guastini, 2018); 4) la vasta cantidad de desarrollo de la Teoría del Derecho en torno al Derecho Constitucional (Zagrebel'sky, 2011).

Ahora bien, una transformación importante que supuso el cambio de paradigma en el Derecho fue el de la *constitucionalización del orden jurídico* (Aguiló Regla, 2007). Por tanto, quienes se encargan de elaborar y aplicar las normas del ordenamiento jurídico, deben tener en consideración de que las normas contenidas en la Constitución no son solo supremas en lo formal, sino también en lo material, es decir, las normas infraconstitucionales deben guardar coherencia con lo establecido en la Norma Suprema. En aquel orden de ideas, las normas constitucionales adquieren fuerza vinculante tal hacia todas las normas del ordenamiento jurídico.

De esta forma, la valoración del Derecho comenzó a tomar en cuenta tres criterios en su integralidad: *justicia, validez y eficacia* (Bobbio, 2016). El paradigma post-positivista supuso un entrelazamiento de aquellos tres criterios de valoración y se aleja de una creencia estática del Derecho, por el contrario, reconoce que es una ciencia compleja, dinámica y que es en sí misma una realidad social (Aguiló Regla, 2008).

3.2.EL PAPEL DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES: ENTRE KELSEN Y SCHMITT

El rol de los Tribunales Constitucionales en un Estado es precisamente el de control. ¿Controlar qué? Precisamente controlar que todos los actos del poder público y también de los particulares, se encuentren en consonancia con lo establecido en la Constitución como Norma Fundamental y que no vulneren los derechos en ella reconocidos. El paradigma post-positivista supuso el afirmar que los jueces *crean* Derecho y con ello le fue dotada a la jurisprudencia un rol protagónico en la teoría del Derecho que únicamente difiere en la cultura jurídica del *Civil Law* (Derecho continental o romanista) y del *Common Law* (Derecho consuetudinario o de los comunes) en lo que respecta al sistema de Fuentes del Derecho (Aguiló Regla, 2012). De aquella manera, el rol de la justicia constitucional y, en específico, del juez constitucional, es la de garantía jurisdiccional en un Estado Constitucional.

El gran debate que se abrió en Europa a raíz del Constitucionalismo es el del cierre monista-autoritario o pluralista-democrático de la justicia como tal. Aquellas visiones tuvieron como cuestionamiento el hecho de si existe verdaderamente una suerte de *justicia* en un modelo constitucional, y si este no sería más bien un intento por “juridizar la política” o “politizar la justicia”. Aquello ha sido debatido por años, pero en aquel entonces la discusión la mantenían Hans Kelsen y Carl Schmitt.

Aquellas posturas podrían resumirse de la siguiente forma:

1. Carl Schmitt.- No puede hablarse de una verdadera justicia y correspondiente ejercicio de la jurisdicción si el método de subsunción se aplica a normas genéricas. Decir que los principios son normas haría que el vocablo norma pierda todo su valor hasta quedar inútil (Schmitt, 1981).
2. Hans Kelsen.- Hablar de subsunción de normas a casos sería reducir la labor jurisdiccional a una mera técnica y así reducir su rol a la “boca de la ley”. Definitivamente, el juez necesita decidir conforme el contenido de la norma y de los principios de la mano con su interpretación de aquellos al caso en concreto (Kelsen, 1981).

De lo anteriormente expuesto, resulta por demás obvio que no podemos ceñir, en la contemporaneidad, la labor del juez a una técnica pura, simple y llana. El juez constitucional no es solo boca de la Constitución, es mente, cuerpo, extremidades y demás, pero que como veremos más adelante, no debe ser el único que elabore una cultura jurídica constitucional. Si bien es el autorizado para hacerlo, tiene que tomar en cuenta a otros actores dentro del mismo Derecho Constitucional.

Un inconveniente frente a la justicia constitucional es la objeción democrática a lo que Kelsen (1981) denominó como el problema de la *traslación del poder*. Precisamente es aquel cuestionamiento que Schmitt también dio a relucir a partir de lo que le denominó “politización de la justicia” y que nos referimos en líneas anteriores. El punto crucial es que precisamente el hecho de que el juez tenga que decidir en base a principios, lo obliga a referirse a cuestiones de Derecho Natural y por ende particularidades de la moral que definitivamente le pertenece su delimitación a los individuos libres y asociados.

Si se quiere poner freno al poder de los tribunales y, por tanto, el carácter *político* de su función (...) el ámbito de la discrecionalidad que las leyes les atribuyen para su aplicación debe ser el más limitado posible. Las normas constitucionales que un tribunal está llamado a aplicar y, en especial, las que establecen el contenido de las leyes futuras

-como las disposiciones sobre los derechos fundamentales y similares -no deben ser formuladas en términos demasiado genéricos. (Kelsen, 1981, pp. 253-254)

La propuesta de Kelsen, entonces, es ser más específicos en la redacción de normas constitucionales para que la rigidez constitucional también se irradie al organismo contramayoritario que aplica la justicia constitucional (Marcenò y Zagrebelsky, 2018). De este modo, no niega su presencia y necesidad en el Estado Constitucional, pero afirma una de las formas por las cuales se puede controlar, objetivamente, su poder.

No cabe dudas que la labor de un juez constitucional se legitima en su ejercicio, que si bien tiene un origen no representativo, es la mejor alternativa cuando de proteger derechos e interpretación se trata. La deliberación intrainstitucional no adolece de las mayores equivocaciones aunque, como bien señala Zagrebelsky (2007), “Ellos [los jueces constitucionales] saben bien cuánta pasión, no inferior a la de una deliberación parlamentaria, entra en sus discusiones y no son tan desprevenidos como para despreciar la racionalidad y moralidad (...)” (pp. 99-100). En ese sentido el trabajo de un juez constitucional es sesudo, alejado de la política partidista y completamente comprometido con la consolidación del tejido axiológico de la Constitución.

3.3.TRES MODELOS DE CONSTITUCIONALISMO

Tal como hemos revisado en líneas anteriores, el Constitucionalismo o Postpositivismo, supuso un cambio de paradigma sobre el Derecho. Pero aún en aquella corriente existen diversas posturas sobre su interpretación y aplicación práctica —tal como se indicó en referencia a la labor de los Tribunales Constitucionales —en defensa de los derechos fundamentales y las Constituciones en las que se establecen aquellos.

Muchos son los autores que proponen, aunque de forma etérea, varios modelos de constitucionalismo. Sin embargo, en el presente trabajo analizaremos las tres posturas que más se destacan. De esta manera, se procederá a analizar tres modelos de constitucionalismo: 1) Constitucionalismo sustantivista, de la mano de Ronald Dworkin; 2) Constitucionalismo procedimental, de la mano de Jeremy Waldron; y, 3) Constitucionalismo deliberativo, de la mano de Carlos Santiago Nino. Esto, con el fin de revisar la evolución de aquella concepción del Derecho en lo que se refiere a lo anteriormente mencionado.

3.3.1. CONSTITUCIONALISMO SUSTANTIVISTA

Este modelo de constitucionalismo es el que podríamos considerar “primigenio”. Y es que, luego de la publicación del libro *Taking rights seriously*, el filósofo y autor Ronald

Dworkin¹⁰, sostuvo una teoría del Derecho basada en valores como igualdad, libertad, democracia, derechos, etc, que no se contraponen sino que encuentran un balance ideal para la buena convivencia de una comunidad (Gama, 2019).

De esta forma, la concepción sustantivista del constitucionalismo se basa en que el mismo debe interpretarse como “un sistema que establece derechos individuales que no pueden ser invalidados por la legislatura dominante” (Dworkin, 1992, p. 2). Es decir, promueve la existencia del “coto vedado” de los derechos y para ello este modelo propone ciertos mecanismos de garantía: 1) La positivización de los derechos; y, 2) Un sistema judicial “fuerte” destinado a deliberar y decidir sobre las posibles afecciones a esos derechos.

El constitucionalismo sustantivista no da cabida, ni por lo más mínimo, a “la regla de mayoría” que es comúnmente asociada a la existencia de una república y que hemos revisado en líneas anteriores. Al respecto, Dworkin (1990) señala que:

La democracia no se identifica con la regla de mayoría, en una verdadera democracia la libertad y las minorías poseen protección a través del derecho en la forma de una Constitución escrita que ni siquiera el Parlamento puede modificar para ajustarse a sus caprichos o políticas. (p. 13)

A aquella apreciación sobre la democracia podríamos decir que es un concepto más elaborado y desarrollado de lo que llamamos democracia sustancial, también revisado en anteriores páginas.

Algo que también inquieta a los seguidores del modelo sustantivista del constitucionalismo es la cuestión acerca de la interpretación. Al considerar que no debe estar en manos del Poder Legislativo la deliberación y decisión sobre los derechos, consideran que debe existir un organismo jurisdiccional que se encargue de dicha cuestión, un foro que contribuya mejor a decidir sobre lo sustantivo (López Hidalgo, 2018). Al darle aquella *autoridad* a ese organismo, evidentemente le otorgan, lo que en líneas anteriores denominamos como *fuerza* contra-mayoritaria.

Según el criterio de los adeptos al constitucionalismo sustantivista, la redacción de la Constitución es algo que influye demasiado en un modelo fuerte de constitucionalismo.

La textura abierta del derecho significa que hay, por cierto, áreas de conducta donde mucho debe dejarse para que sea desarrollado por los tribunales o por los funcionarios

¹⁰ Otros autores que se alinean a la postura constitucionalista del Derecho son: Neil MacCormick, Luigi Ferrajoli, Joseph Raz, Robert Alexy y Carlos Santiago Nino.

que procuran hallar un compromiso, a la luz de las circunstancias, entre los intereses en conflicto, cuyo peso varía de caso a caso. (Hart, 2017, p. 168)

De este modo, el presente modelo propugna por el establecimiento de normas generales y abstractas en las Constituciones con la finalidad de que el sentido y alcance de aquellas normas sea constantemente deliberado y decidido por el Poder Judicial —mediante métodos como el de la ponderación —y así justificar el *Judicial Review* norteamericano. Sin embargo, precisamente esa indeterminación objetiva de las normas constitucionales y la sujeción del sentido a los tribunales es el punto de partida de los críticos al modelo de constitucionalismo sustantivista (Ferrerres Comella, 2007). De lo expuesto, cabe destacar que a criterio de Dworkin (1990), las normas constitucionales son enunciados “sobre cuyo sentido real difieren violentamente personas razonables y razonablemente entrenadas” (p. 325).

Así las cosas, Martí (2006) distingue entre: a) sustantivismo radical; b) procedimentalismo radical; y, c) la postura de la legitimidad mixta. Porque en definitiva, lo que más resalta de la concepción sustantivista del constitucionalismo, es la legitimación de la justicia constitucional frente a la legislación aprobada democráticamente.

El sustantivismo, entonces, propone una suerte de exigencia en relación con los contenidos de las normas, alineados con criterios de lo justo o lo correcto (Gama, 2019). Tal como indicamos en el segundo capítulo del presente trabajo, el principio de igualdad es indispensable en una democracia, cualquiera que sea su denominación: formal o sustancial.

El gobierno debe tratar a quienes gobierna con consideración, esto es, como seres humanos capaces de sufrimiento y de frustración, y con respeto, o sea como seres humanos capaces de llegar a concepciones inteligentes de cómo han de vivir su vida, y de actuar de acuerdo con ellas. El gobierno no solo debe tratar a la gente con consideración y respeto, sino con igual consideración y respeto. no debe distribuir bienes u oportunidades de manera desigual, basándose en que algunos ciudadanos tienen derecho a más porque son dignos de mayor consideración. No debe restringir la libertad sobre la base de que la concepción que tiene un ciudadano de lo que es la vida de un grupo es más noble que la de otro o superior a ella. Tomados en conjunto, estos postulados enuncian lo que podríamos llamar la concepción liberal de la igualdad. (Dworkin, 1977, pp. 272-273)

Así, el principio de igual consideración y respeto es punto clave y de partida del constitucionalismo sustantivista propuesto por Dworkin. La consideración de tal principio se mantuvo en todas sus obras. Originalmente en el artículo *Liberalism* de 1978 publicado en una

revista de la Universidad de Cambridge; luego en *Taking Rights Seriously* de 1977; así también en *A Matter of Principle* de 1985; en *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution* de 1996, en *Sovereign virtue the theory and practice of equality* del año 2000; y, en *Justice for Hedgehogs* de 2011.

Hay que destacar que, el principio de igual consideración, para Schiavello (1998) es una “(...) reelaboración del principio liberal clásico que asigna una importancia prioritaria e igual a cualquier individuo en cuanto tal, y no considera admisible, por tanto, sacrificar los intereses fundamentales de los individuos para satisfacer intereses diversos” (p. 5).

Nuevamente debemos precisar que las preguntas clave del constitucionalismo sustantivista es acerca de ¿quién tiene la última palabra? ¿Cuál es la institución que, funcional y estructuralmente hablando, está mejor diseñada para solucionar los desacuerdos que se presenten sobre el sentido y alcance de los derechos? (Dworkin, 1997). Al final del día, señala Dworkin (2015), “Nuestra respuesta al supuesto conflicto entre democracia y Constitución, dependerá de la concepción de democracia que aceptemos (...)” (p. 225).

De acuerdo con aquella tensión entre la justicia constitucional y la libertad de la potestad normativa del legislador democrático —punto álgido en relación a la tendencia sustantivista del constitucionalismo —, nace en contraposición el modelo de constitucionalismo procedimentalista, que ve en el legislador la pieza fundamental para una democracia plena.

3.3.2. CONSTITUCIONALISMO PROCEDIMENTALISTA

Tal como sugiere la palabra “procedimental”¹¹, podemos identificar que este modelo de constitucionalismo propone tener un mayor énfasis en las formas por las que se llega a una conclusión determinada respecto de los desacuerdos que se puedan evidenciar en una sociedad, en fin, en una democracia. Cabe destacar que Waldron, al igual que Hobbes y Bentham se ubican en la corriente del positivismo jurídico normativista¹². De esta manera, nace en contraposición al constitucionalismo sustantivista el presente modelo que, como anticipamos, ve en el legislador y en la materialización de sus actos normativos, la fuente de racionalidad

¹¹ De acuerdo con el análisis realizado en el segundo capítulo del presente trabajo en relación a la democracia formal o también llamada procedimental.

¹² La corriente del Derecho Positivo es una tendencia del Derecho que sugiere la separación entre el Derecho y la Moral, además de darle un rol protagónico al legislador como única fuente racional y legítima de la creación del Derecho. De hecho, los seguidores de aquella tendencia consideran peligroso recurrir a la moral para explicar el contenido del Derecho ya que en ello recae mayor indeterminación al momento de decidir y, lo que buscan, es la certeza del *estado de cosas* en el mundo jurídico.

del Derecho, que establecería una especie de empoderamiento de los cuerpos políticos deliberativos (Waldron, 2016).

Siguiendo aquella línea, se puede inferir que el constitucionalismo defendido por Jeremy Waldron pone de pleno manifiesto la inconformidad con la rigidez de las normas constitucionales, es decir, con la posibilidad casi nula de que el legislador democrático pueda cambiar el texto constitucional, así como también la inconformidad de la existencia de la justicia constitucional como solución para la *última palabra* (Machado Martins, 2020). Es así como el filósofo y autor visualiza a aquella cuestión como una “marginalización” del rol del poder Legislativo y critica el hecho de dejar en un segundo plano a la ley como fuente del Derecho, a sabiendas de que la misma pasa por un procedimiento de creación eminentemente deliberativo y democrático.

De esta manera, se habla de que la legislación es producto de una discusión racional y que tiene una “dignidad” especial y que aquellas normas provenientes del Parlamento representan “(...) los principales desacuerdos sobre la justicia existentes en la sociedad (...) dichas leyes pretenden tener autoridad en nombre de todos los ciudadanos, y no solo en nombre del grupo o la mayoría que votó en su favor” (Waldron, 1999, p. 10).

Entonces, el constitucionalismo procedimentalista se basa en darle fuerza a la justificación de las decisiones mayoritarias, es decir, otorgarles legitimidad de origen. Esto, en razón de la “tesis de la justificación normal” que establece que “[la autoridad] si es obligatoria para los individuos, tiene que estar justificada por consideraciones que los obligan” (Raz, 1986, p. 72). Así, aquella justificación vinculante para la ciudadanía sería la elección popular, propia de la democracia representativa, tal como hemos revisado en el segundo capítulo del presente trabajo. Por ello el exponente de este modelo de constitucionalismo destaca la importancia de saber cuándo hay cosas que le competen a la justicia y cuándo le competen a la política (a la ciudadanía).

Las circunstancias de la justicia son aquellos aspectos de la condición humana, como la escasez moderada y el altruismo limitado de los individuos, que hacen que la justicia como virtud y como práctica sea posible a la vez que necesaria. Podemos afirmar, siguiendo este camino, que la necesidad percibida por los miembros de un determinado grupo de contar con un marco, decisión o curso de acciones comunes sobre cierta cuestión, aun a pesar de los desacuerdos sobre cuál debería ser dicho marco, decisión o acción, son las circunstancias de la política. (Waldron, 1999, p. 102)

De esta forma, bajo los rótulos de “circunstancias de la justicia” (Rawls, 1999) y “circunstancias de la política”, Waldron sostiene que no se pueden encargar los tribunales de todas las cosas que a la ciudadanía le corresponden, que hacerlo así sería rechazar la idea de que los ciudadanos tengan capacidad para autogobernarse.

Así también, el constitucionalismo procedimentalista, que aboga por una concepción amplia del autogobierno por parte de los ciudadanos, menciona que las discrepancias en razón de valores es natural en una sociedad, y que ello no debe ser dejado de lado al momento de discutir sobre los derechos, por el contrario, debe ser el punto de partida de una discusión racional sobre los mismos, en los que en la mesa de toma de decisiones se pongan de pleno manifiesto todas las posturas que en la sociedad confluyen y así poder llegar a consensos. De aquel modo, “Estas diferencias en las experiencias y en las posiciones, (...) significan que personas razonables pueden discrepar no solo acerca de cómo es el mundo, sino también sobre la relevancia y el peso que debemos atribuir a las diversas perspectivas disponibles” (Waldron, 1999, p. 112).

El único inconveniente es que precisamente el *peso* que se le dé a ciertos principios, valores y reglas evidentemente seguirá la línea de la “regla de mayoría” y que, como revisamos en el tercer apartado del segundo capítulo del presente trabajo, las asambleas numerosas difícilmente pueden representar técnicamente lo que debería de *pesar* un derecho fundamental¹³. Sin embargo, si traspolamos aquella discusión a un organismo con *fuera* contra-mayoritaria, señala Waldron, que es muy probable que evidenciamos las mismas consideraciones racionales que la ciudadanía podría hacerse sobre una cuestión en particular y que, al final del día, en el mismo organismo se convalidaría una decisión con el voto de la mayoría de sus integrantes.

(...) los jueces discrepan entre sí exactamente sobre los mismos puntos sobre los que lo hacen los ciudadanos y sus representantes y que los jueces en la sala del tribunal también toman sus decisiones mediante el voto de la mayoría. Los ciudadanos podrían pensar que, si los desacuerdos sobre estas cuestiones van a ser zanjados mediante un recuento de votos, entonces son sus votos o los de sus representantes, que deben rendirles cuentas, los que deberían ser contados (Waldron, 1999, p. 15).

¹³ En la discusión dentro de los organismos con *fuera* contra-mayoritaria, la determinación se logra a través del método de ponderación y el juicio de proporcionalidad.

No se puede negar que la injerencia de la democracia de los antiguos, que señalamos en los primeros dos capítulos del presente trabajo, resulta evidente al hablar de constitucionalismo procedimental, de esta manera:

En cuanto a la afirmación de que debe ser soberana la mayoría antes que los mejores, pero pocos, podría parecer que, a primera vista, encierra cierta dificultad, aunque es cierta. Pues los muchos, cada uno de los cuales es en sí un hombre mediocre, pueden sin embargo, al reunirse, ser mejores que aquellos; no individualmente, sino en conjunto (...) pues, al ser muchos, cada uno aporta una parte de virtud y de prudencia y, al juntarse, la masa se convierte en un solo hombre de muchos pies, de muchas manos y con muchos sentidos. (Aristóteles, 1988, p. 180)

Sin embargo, para comprender mejor la cita anterior debemos recordar el contexto en el que vivía Aristóteles: una *polis* pequeña en la que todos podían ser escuchados¹⁴ y por ello no necesitaban de una democracia representativa como tal. Es más, resulta incomparable la situación sobre los derechos fundamentales entre la Antigua Grecia y el mundo occidental contemporáneo. La *soberanía del pueblo* es un concepto que a lo largo de los años ha ido cambiando y que cada vez más promueve el establecimiento de órganos especializados en cuestiones sobre derechos y justicia para mejor resolver sobre las cuestiones que atañen a las personas.

Un problema destacable en el constitucionalismo procedimentalista es que se decanta por concebir a las decisiones de la Legislatura como *una voluntad* y lo cierto es que en un cuerpo colegiado en el que participan un sinnúmero de agentes que representan cada perspectiva social y plural de un Estado, es evidente que habrán muchas intenciones y que la idea misma de que exista *una voluntad* solo evidencia el predominio de la *regla de mayoría* propia de la democracia formal que, como dijimos, no es suficiente en una democracia constitucional, ya Guastini (2019) destaca que:

Este argumento [la interpretación conforme a la intención de un legislador] presupone, por un lado, una concepción imperativista del derecho (el derecho como conjunto de mandatos del “soberano”) y, por el otro, una actitud de deferencia hacia la voluntad del “legislador” (en sentido material).

Sin embargo, a menudo, tampoco este argumento resulta persuasivo. Las autoridades normativas -usualmente, órganos colegiales- no tienen una “intención” en el mismo

¹⁴ Solo los varones en aquel entonces.

sentido que puede tenerla un individuo. Por ello, la intención de las autoridades normativas -en caso exista algo parecido- no es susceptible de conocimiento empírico: solo puede ser objeto de conjeturas. Por consiguiente, la adscripción de una intención a una autoridad normativa puede ser fácilmente cuestionada e incluso descalificada en cuanto tal (vale decir, sea cual fuere la intención adscrita). (p. 42)

La concepción waldroniana del constitucionalismo destaca que “la idea de los derechos está basada en una concepción del ser humano esencialmente como un agente dotado de razón, con una habilidad para deliberar moralmente, (...) y para trascender la preocupación sobre sus propios intereses particulares o parciales” (Waldron, 1999, p. 250).

(...) si una institución que sí es electa y responsable toma la decisión equivocada sobre lo que implica la democracia, entonces, aunque se produce alguna pérdida para la democracia en el contenido de la decisión, no es insensato que los ciudadanos se consuelen pensando que al menos han cometido su propio error acerca de la democracia y no que se les haya impuesto el error de algún otro. (Waldron, 1999, p. 294)

La cita anterior solo demuestra que analizado así el constitucionalismo procedimentalista, resulta un criterio reduccionista, simplista, puramente formal y un tanto mediocre. Los cambios sociales que nos han llevado hasta la actualidad, nos demuestran que la democracia es más allá que procedimientos o legitimidad de origen, la sustancia es mucho más importante sobre las formas en una sociedad en la que participamos personas de carne y hueso, que sufrimos, nos frustramos, nos alegramos, en fin, con emociones y sentimientos y una vida digna la cual proteger (Corte Constitucional del Ecuador, 2022). Por ello, en lo que continúa del trabajo, analizaremos una teoría ecléctica del constitucionalismo, que promueva los presupuestos de Dworkin y destaque los ideales de Waldron: el Constitucionalismo Deliberativo.

3.3.3. CONSTITUCIONALISMO DELIBERATIVO

Hemos llegado al punto medular del presente trabajo. El lector se preguntará acerca de lo extensa que ha sido la explicación de cuestiones como legitimidad, democracia, política, *fuerza* contra-mayoritaria, y los modelos de constitucionalismo que evidentemente se ubican en dos extremos, *a priori*, irreconciliables. Lo cierto es que el conocimiento de todos los conceptos hasta ahora desarrollados son los que sirven de fundamento para la existencia de un constitucionalismo equilibrado, una teoría ecléctica destinada a mediar la tensión entre el sustantivismo y el procedimentalismo, entre la justicia constitucional y la consecuente objeción democrática.

Algunos de los más destacados teóricos de la democracia deliberativista son: John Dryzek, Joshua Cohen, John Rawls, James Bohman, Amy Gutmann y Dennis Thompson, Jürgen Habermas, Jane Mansbridge, Carlos Santiago Nino, José Luis Martí, Juan Carlos Bayón, Roberto Gargarella, etc.

El constitucionalismo deliberativo no es un modelo en sí mismo, es más bien una idea general de lo que se espera de la tendencia post-positivista del Derecho (Kramer, 2007). La idea sugiere que los organismos con *fuera* contra-mayoritaria establezcan vías dialógicas con los diferentes organismos políticos y democráticos dentro de un Estado con la finalidad de reflejar en sus decisiones las diferentes perspectivas acerca del Derecho Constitucional, además de configurar tal rama de forma equilibrada. Este modelo se preocupa porque las altas Cortes sean “(...) consciente[s] de que el significado de la Constitución y en general del derecho constitucional se configura a partir de interacciones que surgen de una perspectiva dialógica o deliberativa” (García Jaramillo, 2015, p. 147).

Se puede decir entonces que inicialmente la concepción democrática deliberativa prevé los siguientes elementos:

1. Implica un proceso de intercambio de razones.
2. Las razones expuestas son fácilmente accesibles a todos los que intervienen en la deliberación y a quienes les afecta la decisión.
3. El proceso tiene como finalidad establecer una decisión con carácter vinculante para todos los afectados de la misma.
4. Los medios por los que se lleve a cabo el proceso están pre-condicionados por el principio de igualdad propio de la democracia sustancial.

De esta forma, podemos definir al constitucionalismo deliberativo como un *modelo de constitucionalismo basado en la conexión entre el Derecho, la Moral y la Política, que procura la concertación de la ciudadanía dentro de un sistema en el que se prevé la existencia de un organismo contra-mayoritario capaz de establecer una discusión racional y razonable sobre los derechos, actuando como árbitro en una democracia constitucional y legitimando sus intervenciones de acuerdo con el alto grado dialógico y constructivo de sus decisiones por medio de mecanismos pre-condicionados por elementos de la democracia sustancial en los que sus actores predominantemente provienen de instituciones político-estatales y de la ciudadanía en general.*

Ahora bien, antes de seguir ahondando en el presente modelo de constitucionalismo, hay que revisar cuestiones sobre la teoría de la democracia deliberativa. En concreto, deliberar

es conversar y llegar a consensos. A aquello apunta el hecho de tener desacuerdos. Tal como se indicó en la introducción del presente trabajo como en el primer capítulo, hay desacuerdos difíciles de zanjar y es por ello que le encomendamos a otros organismos a que decidan por nosotros, organismos dotados de la *última palabra*. Pero ¿qué sucede si estos organismos, que tienen carácter de no representativo, no reflejan un agotamiento del diálogo ciudadano?

Para ello, cabe destacar que la democracia deliberativa ha pasado históricamente por tres fases más o menos definidas: 1) la normativa; 2) la empírica; y, 3) la integradora (Olivares, 2017). En la primera etapa los teóricos se dedicaron a establecer la normativa suficiente para implementar la concepción deliberativa de la democracia; en la segunda etapa, se dedicaron a estudiar los diversos escenarios en los que el deliberativismo tuviera cabida institucional; y, en la tercera etapa se dedicaron a estudiar cómo se articula mejor el diálogo interinstitucional. De aquella manera es como el constitucionalismo caracterizado por un control predominantemente judicial tomó mejor forma al momento de establecer quién debía tomar las decisiones acerca de los derechos.

Entonces, surge un cuarto diseño también llamado *multisituado* que se concentra en ofrecer razones normativas en lo que respecta a legitimidad política y empíricas en lo que tiene que ver con eficiencia política; así, se fue legitimando el hecho de que para dar más *peso* al control constitucional, el mismo debe actuar de la mano del pueblo para ofrecer decisiones revestidas de la más alta legitimidad democrática (Spector, 2014).

Un gran problema en la actualidad es que la mayoría de instituciones políticas dentro de un Estado sufren una grave crisis institucional, sobre todo porque difícilmente atienden a una democracia de tipo plural y de esta manera pierden, aquellas instituciones, de eficacia y legitimidad. Ese es el punto de partida para que Greppi (2012) afirme que en la contemporaneidad los Estados ya no son democráticos sino *su contrario*. La cuestión siempre será buscar la mejor forma de hallar democracia incluso *atados de manos* como en la fábula de Ulises, tal como se indicó en el tercer apartado del segundo capítulo del presente trabajo. El gran desafío, resalta Rawls (1993) es el de cimentar democracias eficaces y legítimas a los ojos de los ciudadanos.

Pero bien, cabe cuestionarse ¿para qué deliberamos? En una deliberación bien entendida, el discurso es un discurso práctico y por ende conlleva a una pretensión de corrección. Por ello, como señalamos en el primer capítulo del presente trabajo, hay cuestiones sobre las que continuamente la comunidad decide, los asuntos relativos a la legitimidad de representantes y del sistema son un asunto que continuamente reporta una pretensión de

corrección en las que, jamás, hay una *receta perfecta* para las sociedades. Como señala Alexy (2007), “Los discursos son conjuntos de acciones interconectadas en los que se comprueba la verdad o corrección de las proposiciones. Los discursos en los que se trata de la corrección de las proposiciones normativas son discursos prácticos” (pp. 254-255).

De esta manera, toma forma la concepción kantiana del constructivismo como punto de partida de un discurso y deliberación bien entendidos. Sus objetivos son 1) Entender a las personas como libres, iguales, racionales y con la capacidad de discutir razonablemente; 2) Fijar como objetivo una justicia social; y 3) Dar estándares para todas las personas con independencia de sus condiciones (Rawls, 1980). Así, el constructivismo pasó a denominarse constructivismo moral en el que el eje del discurso práctico es el discurso moral.

Podemos decir que el constructivismo de tipo moral que se relaciona con el modelo deliberativo tiene dos tesis:

- a. Ontológica.- La pretensión de corrección depende de la satisfacción de los presupuestos prácticos de la práctica del discurso; y,
- b. Epistemológica.- El entendimiento de los principios que rigen el procedimiento discursivo también se conocen mediante el diálogo colectivo.

Siguiendo aquella línea, Nino (1989) menciona que “El discurso moral está dirigido a obtener una convergencia en acciones y actitudes, a través de la aceptación libre por parte de los individuos, de principios para guiar sus acciones y sus actitudes frente a las acciones de los otros” (p. 109). El problema se encuentra cuando tratamos de definir si x es justo o correcto. Es en ese momento en el que Rawls en *A Theory of Justice* propondría que la mejor manera de determinarlo es que individuos en una situación hipotética primigenia a la que le denomina “posición original” elijan aquellos principios morales relacionados a la política que promuevan una buena relación para facilitar la cooperación. A su vez, aquellos individuos deben estar desprovistos de referirse a sus situaciones particulares, cuestión que el mismo autor denomina como el “velo de la ignorancia”. La salida al ideal rawlsiano es la propuesta de la ética del discurso de Habermas que se traduce en priorizar absolutamente la deliberación democrática, con el fin de que todos puedan discutir y ofrecer razones sobre los juicios morales y su corrección (Habermas, 2008). Así, el sociólogo alemán, establecería una situación mucho más práctica y con conciencia de autonomía de los individuos que participan en el *discurso*.

Los puntos críticos de ambas posturas son los siguientes:

- a) Propuesta rawlsiana.- La crítica vendría de la mano del no reconocimiento de la autonomía de los individuos y de la posibilidad de que todos participen en el discurso colectivo sobre cuestiones morales que les atañen de forma importante.
- b) Propuesta habermassiana.- La crítica vendría de la mano con el reconocimiento de que todos pueden dictar juicios morales que constriñen, a su vez, a todos, ya que aquellos principios perderían su característica de heteronormatividad y por ende la pretensión de obediencia hacia las mismas. Además de que muy probablemente desembocará en un indeterminismo moral y posterior relativización del mundo para desembocar en un *populismo moral*.

Por ello, cabe resaltar que los derechos humanos que contienen una carga axiológica importantísima y considerable, se fundamentan en principios morales (Gama, 2019). De aquella manera, en caso de conflicto, su solución inevitablemente debe ser remitida a un organismo que precautele los derechos desde un punto de vista altamente racional, razonable y valorativo (propio de la democracia sustancial y constitucionalismo sustantivista) además de procurar que todos los puntos de vista sean escuchados para que la decisión se legitime democráticamente y en ejercicio (propio de la democracia procedimental y constitucionalismo procedimentalista).

(...) cuando los jueces apoyan sus decisiones en normas jurídicas lo hacen a través de juicios que llamo “de adhesión normativa” y que consisten en juicios valorativos que se infieren de principios morales que prescriben obedecer el orden jurídico y de proposiciones descriptivas de ese orden jurídico (Nino, 1989, p. 23)

Es decir, Nino considera destacar que la labor del juez que interpreta una norma que requiere ser dotada de alcance y sentido es muy importante para consolidar un efectivo juicio moral sobre la norma jurídica objeto de análisis. Es precisamente aquel argumento el que sustenta una interpretación autorizada por parte de un organismo jurisdiccional que equilibre su actuar con las expectativas creadas acerca de aquella norma y el carácter racional y razonable de su interpretación como juez.

Sería irracional que un juez resolviera un caso como si estuviera creando con su decisión todo el orden jurídico, o el orden jurídico relativo a esa cuestión. El juez debe tener en cuenta que hay expectativas generadas por lo que los legisladores y otros jueces han decidido en el pasado, que su decisión se combinará con otras que tomen contemporáneamente sus colegas, lo que es relevante para el principio de que casos iguales deben ser decididos de igual modo, y que su decisión servirá de precedente para

el futuro, así como también que puede ser ignorada y hasta provocar reacciones opuestas por parte de legisladores y otros jueces. (Nino, 1980, p. 67)

Que el juez desconozca todo un ordenamiento jurídico compuesto por normas, opiniones y expectativas de aquellas normas frente a su criterio jurisdiccional, sería un atentado fuerte a la democracia y más aún, si es un juez constitucional dotado con fuerza contra-mayoritaria para interpretar, sería una pérdida considerable para el Estado Constitucional.

No podemos reducir la democracia constitucional a un mero asunto de procedimientos para legitimar las decisiones de cualquier órgano con potestad normativa. Lo recomendable es mirar en organismos con *fuerza* contra-mayoritaria, como los Tribunales Constitucionales, la respuesta instrumental para garantizar una protección efectiva a los derechos de las minorías. Debemos recordar que es precisamente en una alta Corte con carácter no representativo la respuesta instrumentalmente idónea para tener la *última palabra* en un Estado Constitucional, siempre y cuando la misma reconozca que en el diálogo constructivo está la mejor alternativa para legitimar sus decisiones.

Tan legítima resulta la incorporación de un órgano no representativo con fuerza contra-mayoritaria que Mill (2001) destaca que “(...) los poderes que deja [un gobierno representativo] en manos de quienes no responden directamente ante el pueblo solo pueden ser considerados como precauciones que el poder que gobierna quiere que se tomen contra sus propios errores” (p.112). De esta manera, la afirmación anterior se conjuga con la fábula de Ulises y la afirmación de Hamilton respecto de que en las asambleas numerosas hay mucha más probabilidad de equivocación. No se dice que la(s) mayoría(s) siempre se equivocan, sino de que es más probable que así sea.

Es importante destacar una clasificación de derechos que nos servirá para comprender mejor las diferencias más importantes entre el constitucionalismo sustantivista defendido por Ronald Dworkin, el constitucionalismo procedimentalista defendido por Jeremy Waldron, y el constitucionalismo defendido por Carlos Santiago Nino. Así menciona Dahl (1989):

1. Derechos “A”.- Los relacionados con los procedimientos democráticos.
2. Derechos “B”.- Los relacionados con los derechos sociales que están fuera del procedimiento democrático pero son necesarios para su desarrollo.
3. Derechos “C”.- Los relacionados con cuestiones externas a los procedimientos democráticos y que no son necesarios para su desarrollo¹⁵.

¹⁵ V.gr. El derecho a no ser privado de bienes.

Así, entonces, podemos ejemplificar cada criterio con la siguiente tabla:

Tabla 1

Valoración de los modelos de constitucionalismo en relación a la última palabra

	Dworkin	Waldron	Nino
Control Judicial “A”	Sí	No	Sí
Control Judicial “B”	Sí	No	Depende ¹⁶
Control Judicial “C”	Sí	No	Sí
Última palabra judicial	Sí	No	Sí

Nota. Información tomada de Gama (2019).

Resulta importante afirmar que al decir que un Tribunal Constitucional que ejerce facultades jurisdiccionales en nombre de la Constitución y por la Constitución, tiene la *última palabra*, le estamos dotando al organismo de la *fuerza* vinculante e interpretativa tal que todas sus decisiones y puntos de vista respecto de los derechos, del Derecho y del mundo como tal, van a afectar a toda una ciudadanía detrás. Sin embargo, esa *fuerza* no debe ser desmedida, cada juez constitucional debe observar la realidad social e interpretar la norma a la luz de esta para que sus decisiones no afecten a las expectativas sociales creadas previamente.

La interpretación constitucional por parte de las altas cortes es autoritativa mas no autoritaria, es decir, constituye una de las voces, no la única ni necesariamente la principal, en el diálogo del cual debe surgir en última instancia dicho significado, que encuentra entonces también su legitimidad en la cultura constitucional de los actores no judiciales. (Siegel y Post, 2013, p. 19)

De esta manera y de la mano con lo analizado hasta aquí, la mejor recomendación para un Estado Constitucional es un control constitucional equilibrado que promueva el diálogo y discusión constructiva. Además, es menester mencionar que aquello no suprime la autonomía de los individuos ni su capacidad de autogobernarse, de hecho, es precisamente en el uso de esa autonomía que una sociedad decide atarse de manos para que sea otro organismo más especializado el que decida sobre cuestiones fundamentales que, a priori, resultan de mayor susceptibilidad de suprimir al momento de una discusión entre mayoría(s) y minoría(s). De ahí que “(...) la apuesta consiste en reanimar y exhortar a la realización progresiva de mecanismos

¹⁶ Depende de que la decisión esté revestida de la suficiente legitimidad democrática al llegar a las conclusiones que deba por medio del diálogo constructivo y correspondiente deliberación.

de diálogo colectivo, incluyente y plural para discutir con la ciudadanía las decisiones constitucionales relevantes” (Córdova Vinuesa, 2017, p. LIII).

4. EL CONSTITUCIONALISMO EN AMÉRICA LATINA: ENTRE PROBLEMAS POLÍTICOS Y CRISIS DEMOCRÁTICA

Luego de haber demostrado que el constitucionalismo deliberativo es el modelo instrumental idóneo para el establecimiento de una rama del Derecho dialógica y preocupada por los derechos de las personas y de la democracia constitucional, vamos a revisar una serie de datos en los que el ejercicio de la jurisdicción en materia constitucional ha presentado tensiones con la sociedad civil. Para esta etapa del trabajo se han tomado como referencia, al azar, distintos países de la región; entre los que encontraremos a Brasil, Chile, Colombia y Ecuador.

Como antecedentes a este análisis hay que establecer ciertos conceptos que ayuden a entender las realidades de los sistemas de los países previamente mencionados. La organización de las Cortes es regulada generalmente a través de normativas de rango constitucional, en lo que respecta a la parte orgánica de una Constitución. En nuestra región, los países han encontrado diversas formas de organizarse, desde Estados centralizados hasta repúblicas federales, cuestión que incide en la estructuración de las funciones del Estado, incluyendo el ejercicio jurisdiccional. Otro de los factores a considerar es la implementación del concepto de órganos extrapoder en las Constituciones más modernas de los países anteriormente descritos.

Las Cortes Constitucionales de Ecuador y Colombia, son un ejemplo de la aplicación de este concepto de órganos extrapoder, dado que no se encuentran inmersas en ninguna de las funciones del Estado. Casos que coinciden parcialmente con la organización chilena, la cual cuenta con una justicia constitucional especializada a través de su Tribunal Constitucional, pero cuyo sistema de control constitucional concentrado es doble y en su forma represiva es ejercido por su Corte Suprema de Justicia. Sin embargo, este no es el caso de las Cortes brasileñas. Este país mantiene a los encargados del control constitucional e intérpretes de la Constitución dentro de la Función Judicial. Brasil con un control de constitucionalidad predominantemente difuso, siendo la acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal Supremo el único medio de control concentrado en el país.

De este modo se procederá a analizar la interacción de las diferentes Cortes que componen el sistema de control constitucional y su relación con la población en el marco de la deliberación democrática. Si bien el ejercicio jurisdiccional radica fuera de las denominadas

funciones políticas del Estado, no es menos cierto que la composición democrática de las mencionadas repúblicas direcciona a sus funcionarios a actuar de forma razonable para concretar una democracia en su dimensión material.

4.1.ECUADOR

En nuestro país, como ya hemos mencionado, la Corte Constitucional se consagra como el máximo intérprete del texto constitucional. Esta Corte conoce, a través de una gran variedad de acciones y recursos distintos, hechos que le permiten generar una vasta línea jurisprudencial. Nuestra Constitución dota a esta línea jurisprudencial de suficiente *fuera vinculante* para el resto de tribunales y su implementación dentro de la emisión de sus criterios.

4.1.1. CASO SATYA

En el año 2018, la causa sobre el problema de identidad generado a la menor Satya Bicknell-Rothon fue conocida por la Corte Constitucional. Esa corporación tomó la decisión de reconocer la diversidad familiar de dicha familia y conceder la filiación solicitada en favor de la niña. Este caso generó conflictos en torno a los sectores conservadores de nuestra sociedad, quienes alegaban que la falta de normativa en dicho caso debía ser suplida con las restricciones de adopción y matrimonio para parejas homosexuales. Incluso los juristas de la época manifestaban que este avance para la comunidad LGBTIQ+ podría implicar un retroceso en otras causas de la comunidad. De este caso, se puede evidenciar la falta de participación de ambos sectores sociales en el proceso de creación de la línea interpretativa, a fin de generar un criterio más favorable y democrático. De esta forma, el diario digital, *El Diario* (2018), informó:

Limitaciones. Este aparente logro a favor de los colectivos LGBTI podría sufrir algunos reveses para otras causas.

Farith Simon, decano del Colegio de Jurisprudencia de la USFQ, explica, por ejemplo, que la limitación del matrimonio de personas del mismo sexo es constitucional. “Tendría que hacerse una interpretación que modifique el texto constitucional. La misma Corte podría alegar que la Constitución no es la norma más importante cuando existen normas de Derechos Humanos más favorables, entonces claro, eso pasa o por una reforma constitucional, que no veo que haya posibilidades de hacerlo”, indica.

El jurista señala que en Ecuador se vive un caso grave de desprotección para las uniones de pareja distintas de las heterosexuales.

“Es tan absurdo que cuando extranjeros o ecuatorianos que se han casado en el exterior vienen a vivir a Ecuador, no les reconocen el matrimonio porque dicen que en Ecuador no existe el matrimonio del mismo sexo, pero tampoco les admiten que tengan una unión de hecho porque les dicen que están casados. No pueden ni usar el matrimonio ni la unión de hecho como figura de protección”, dice. (Troya, 2018)

4.1.2. CASO DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS DE LOS ADOLESCENTES

En el año 2018, la misma conformación de la Corte Constitucional emitiría un criterio respecto del ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de los adolescentes con la intención de establecer la responsabilidad estatal en torno a las distintas dimensiones que abarca el ejercicio de estos derechos, desde salud hasta educación. La sentencia definía de manera introductoria el ejercicio de la patria potestad en conjugación con el desarrollo libre desarrollo progresivo de la personalidad que ostentan los adolescentes.

Este caso generó polémica entre la población respecto del alcance de la regulación de la patria potestad. La causa surgió mediante la interposición de una acción contra una medida adoptada por el gobierno ecuatoriano en torno a la denominada “educación sexual”. Fue un colectivo de padres de familia el legitimado activo en dicha causa y fueron distintos grupos de este mismo sector los que aludieron, con la emisión de la sentencia, que sus derechos constitucionales como padres habían sido mermados. Surgieron discusiones en torno a la constitucionalidad de los delitos sexuales contra menores, en los que el consentimiento no era reconocido, y su vigencia. De esta forma, el diario digital, *El Telégrafo* (2018), informó:

Respecto a la intervención estatal en la protección de los derechos sexuales y reproductivos de los adolescentes, la CC precisa que en la sentencia se hace referencia al marco de la obligación de los Estados de adoptar medidas normativas, informativas, de salud, educación, entre otras, que permitan a los adolescentes adoptar decisiones responsables, y de esta manera puedan asumir los impactos positivos o negativos de sus conductas y determinaciones.

"En ningún momento la sentencia establece que el Estado tenga derecho sobre los padres", aclara. De igual manera, indica no ha desconocido el rol fundamental que desempeña la familia en torno a los derechos sexuales y reproductivos de los adolescentes y a su educación.

También niega que la sentencia "abra las puertas" a los delitos sexuales o despenalice determinados tipos penales previstos en el Código Integral Penal, en contra de los

adolescentes. (“Corte Constitucional Aclara Sentencia Sobre Derechos Sexuales De Adolescentes,” 2018)

La Corte Constitucional emitió una aclaración de la sentencia solventando este tipo de situaciones, sin embargo, de la necesidad de emitir esta providencia, se puede dilucidar la falta de socialización de los conceptos y el alcance de la decisión entre los sectores sociales, la clase política y los propios juristas. Cabe mencionar que hubo intentos o mociones por parte de legisladores para anular el contenido emitido por la Corte Constitucional en dicha sentencia, alegando recurrir a instancias internacionales para la revisión del fallo. Así también, en *El Telégrafo* (2018), se mencionó:

"No podemos permitir que el Estado pretenda decirnos cómo educar a nuestros hijos", apuntó en rueda de prensa Héctor Yépez, asambleísta de CREO Guayas, acompañado de otros legisladores del movimiento.

También cuestionó que la sentencia señale que "un niño o niña de 12 años de edad tiene plena libertad para decidir sobre su vida sexual y para procrear".

"Y ahí saltan dudas. Entonces, ¿se pueden casar desde los 12 años sin el consentimiento de los padres? El estupro, tener relaciones sexuales con un menor de edad ya no es delito?", dijo Yépez.

Finalmente, explicó que como la Asamblea no puede anular una sentencia de la CC, analizarán acudir al Sistema Interamericano de Derechos Humanos para, en lo judicial, revertir dicho fallo. (“Corte Constitucional Aclara Sentencia Sobre Derechos Sexuales De Adolescentes,” 2018)

4.1.3. CASO MATRIMONIO IGUALITARIO

La Corte Constitucional fue renovada para el año 2019, contando con una nueva composición. Los nueve jueces tuvieron la tarea de asumir una totalidad de catorce mil causas represadas por la composición que le precedió, muchos de los casos databan de hace más de una década.

Para el constitucionalista Stalin Raza, en esta Corte hay magistrados que conocen del derecho y que han demostrado ser independientes (...). Como cuerpo colegiado, cree que hay dos grupos: los progresistas y los que tienen una visión más conservadora. “Muchos de los fallos han sido unánimes, pero en otros temas que han sido polémicos para la sociedad, esas decisiones han sido divididas”. (Zapata, 2021)

Entre las acciones represadas contaban ya muchas peticiones provenientes de la comunidad LGBTIQ+ en busca del reconocimiento del matrimonio igualitario, teniendo como

legitimado pasivo al Registro Civil. Esta causa fue dividida en dos controversias: la primera, relacionada con la vulneración de derechos constitucionales al no reconocer derechos más favorables, en este caso el de contraer matrimonio; y, la segunda, respecto a la inconstitucionalidad de las disposiciones del Código Civil en lo relacionado a la restricción de parejas homosexuales a poder celebrar dicho contrato.

Este caso generó debate en la población, tanto en sectores conservadores como en la generación de discusión entre juristas respecto de la interpretación de la Corte Constitucional al darle sentido al texto constitucional “en contra de norma expresa”. Estos sectores afirmaban diferentes posturas a la interpretación, partiendo del hecho de concebir a la prohibición matrimonial como un “candado constitucional”, se extendían las posturas de la interpretación literal y del respeto a la voluntad del constituyente.

En ese lapso, entre sus primeros fallos emitieron jurisprudencia vinculante, al dar paso a la unión de hecho en parejas del mismo sexo, que contentó a los distintos sectores de la comunidad GLBTI, pero promovió protestas de rechazo de sectores religiosos. (Zapata, 2021)

4.1.4. CASO DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO POR VIOLACIÓN

En el último año de gestión de la conformación de la Corte Constitucional para los años 2019-2021, se resolvió acerca de la inconstitucionalidad de penalizar el aborto por violación, mientras que en los casos en los que la mujer violada es una discapacitada mental no era punible. Muchos fueron los argumentos en relación a aquella declaratoria, el más fuerte fue el de la vulneración al derecho a no ser discriminada. Entre algunos de los movimientos que presentaron las demandas de inconstitucionalidad se encuentran: Coalición Nacional de Mujeres del Ecuador, Fundación Desafío, el Frente Ecuatoriano por la Defensa de los Derechos Sexuales y Derechos Reproductivos, etc.

La Corte Constitucional de Ecuador decidió despenalizar el aborto en todos los casos de violación y no solo cuando las víctimas son mujeres con discapacidad mental como hasta ahora recogía el Código Penal ecuatoriano. Con siete votos a favor de un total de nueve jueces, se declara inconstitucional esa parte del artículo 150, inciso dos, que solo considera aborto no punible cuando “el embarazo es consecuencia de una violación en una mujer que padezca de discapacidad mental”. (España, 2021)

Es destacable que en relación al sistema de pesos y contrapesos y a la institucionalidad del Estado, ninguna función o poder del mismo se pronunció en rechazo a la decisión ni siquiera en contra de las propias convicciones de sus representantes, por el contrario, todos decidieron

respetar la decisión de la Corte Constitucional. De esta forma, el diario digital *BBC News Mundo* (2021) informó:

En la tarde de este miércoles, el presidente electo de Ecuador, Guillermo Lasso, publicó un comunicado en el que aseguró que, pese a ser católico, él y su gobierno respetarán la decisión de la Corte, afirmando que cree "especialmente en principios como la laicidad del Estado y la separación de poderes". ("La Corte Constitucional De Ecuador Despenaliza El Aborto En Casos De Violación," 2021)

Sin embargo, cabe resaltar que en esta decisión se realizó una afirmación importante dentro de sus votos disidentes. Más allá de las cuestiones de fondo sobre las que toda persona razonable puede, con razón, diferir, la cuestión fundamental propia de este trabajo se cimenta sobre la escucha activa y participación de la ciudadanía en los casos en los que se resuelve sobre sus derechos. De esta manera, podemos citar el siguiente texto:

(...) en la sentencia de mayoría, no podría desconocerse la relevancia nacional del tema que nos ocupa, y que su análisis requiere de la participación de la ciudadanía, mediante los variados cauces dialógicos que se prevén en nuestro ordenamiento jurídico y que ocupan un espacio fundamental en la deliberación democrática que anteceda a la toma de las decisiones referidas. (Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 34-19-IN/21, voto salvado Teresa Nuques Martínez, p. 92)

De esta manera, en el voto salvado la jueza constitucional Nuques Martínez reconoce que incluso en una Corte de cierre es importante el agotamiento de cauces dialógicos que den fundamento y legitimación democrática a la decisión que, como hemos revisado en líneas anteriores, afecta a todos los ciudadanos del Estado y por ende su consideración y opiniones son muy importantes al momento de elaborar el dictamen/sentencia. Así también, la jueza constitucional referida menciona que "(...) debe de procurarse la obtención de una decisión que sea producto del diálogo y la deliberación democrática desde las vías que reconoce nuestro ordenamiento jurídico, cuyo agotamiento no se devalúa de la decisión de mayoría". (Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 34-19-IN/21, voto salvado Teresa Nuques Martínez, p. 94).

Algunas de las vías actualmente reconocidas en nuestro ordenamiento jurídico (el ecuatoriano) para la deliberación democrática junto con la ciudadanía en sede constitucional, son la presentación de *amicus curiae* y la participación en audiencias públicas. Sin embargo, es muy importante destacar lo siguiente dentro del presente caso puesto en consideración:

Es del todo obvio que este caso requería de la convocatoria a una audiencia para que un tema tan sensible y polémico sea debatido y confrontado públicamente (...). Entre las razones para negar la audiencia están que no era necesaria ni obligatoria, que era inconveniente levantar falsas expectativas en la población (...).

(...)

La audiencia pública hubiese permitido que se expongan las distintas visiones, posiciones y criterios sobre el tema, que se reflejen estadísticas, políticas públicas y normativas de prevención y penalización proporcional de delito de violación dirigidas a los autores de este delito (...) (Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 34-19-IN/21, voto salvado Carmen Corral Ponce, p. 84).

Resulta importante mencionar que el tratamiento de la causa referente a la despenalización del aborto por violación fue priorizada en su tratamiento conforme se desprende del Acta No. 016-O-2021-CC de la sesión ordinaria de 21 de abril de 2021 de la Corte Constitucional del Ecuador. Aquella acta fue aprobada por los mismos siete jueces que votaron a favor de la declaratoria de inconstitucionalidad y negada por las mismas dos juezas que salvaron su voto en la decisión, es decir, podríamos inferir que había un criterio consolidado antes de la resolución de la causa. Cabe mencionar que entre algunos de los fundamentos para alterar el orden cronológico de la resolución de causas en la Corte, conforme al artículo 5 la Resolución No. 003-CCE-PLE-2021, están los siguientes: 1) Por tratarse de temas de trascendencia nacional; 2) Por tratarse de cuestiones que generan novedad y permiten establecer, modificar o apartarse de un precedente jurisprudencial relevante; 3) Por tratarse de personas en condición de doble vulnerabilidad.

Así las cosas, podemos decir que los votos disidentes muestran parte de esa deliberación intrainstitucional democrática que, aunque racional y razonable, debe permitir la participación de la ciudadanía para que juntos podamos erigir un modelo de democracia constitucional sólida y consolidada (Roa Roa, 2019). Son precisamente los votos salvados los que legitiman en cierto grado la deliberación de una Corte ya que en ellos se evidencia las distintas posturas que dentro del organismo existen, es un acto de transparencia. Además, los votos disidentes sirven para hallar argumentos contundentes en ambos lados del debate y así llegar a una decisión que tome en consideración cada punto y su respectiva crítica. No hay duda, también, que en aquellos votos argumentados que se apartan del criterio de la mayoría, podría encontrarse la forma en la que el Derecho pueda cambiar en el futuro. Es decir, un voto disidente es una expresión democrática.

Finalmente, resalta la Corte Constitucional que “(...) sin duda alguna uno de los principios que fundamentan la democracia es la deliberación, en virtud de la cual las autoridades así como la ciudadanía discuten ampliamente la adopción de decisiones que tengan efectos en el ejercicio de los derechos” (Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 018-18-SIN-CC, p. 95). He ahí el fundamento del constitucionalismo deliberativo y la democracia constitucional.

4.2.CHILE

El control preventivo de constitucionalidad en Chile recae sobre el Tribunal Constitucional, cuestión previamente abordada. A raíz de esta investigación se puede establecer que la clase política chilena considera que la potestad de recurrir al tribunal constitucional suele ser de manera general un fallo democrático, al tener que cerrarse los espacios de deliberación política por falta de acuerdos, ya sean propios de las cámaras del congreso o del ejecutivo del país. En el último bienio hemos podido constatar en el marco social chileno el decrecimiento de su economía como consecuencia de la pandemia producida por el virus SARS-CoV-2. Este contexto social resaltó la incapacidad del estado en poder brindar ayudas sociales a aquellos que lo necesitaban producto del paro laboral y del cierre de muchas empresas durante el confinamiento.

El cuerpo legislativo de ese país con la finalidad de hacer llegar dinero a las manos de aquellos que más lo necesitaban, sin tener que recurrir a medidas inflacionarias, optó por la presentación de proyectos de enmienda a la constitución para autorizar el retiro de fondos de los pensionistas de las denominadas AFPs (Administradoras de Fondos de Pensiones). El primer proyecto fue aprobado con éxito, sin embargo, con el transcurso del tiempo la clase política encontró en este tipo de proyectos una forma más fácil de solventar los problemas económicos causados por la pandemia. Esto tendría como consecuencia la presentación de nuevas mociones de enmiendas para autorizar más retiros del 10%.

Del debate sobre los nuevos proyectos de retiro surgirían conflictos difíciles de resolver mediante el diálogo que generarían el ambiente propicio para que el presidente del ejecutivo ejerciera su potestad de recurrir al Tribunal Constitucional para la revisión del proyecto de enmienda. Cabe recalcar que al día de hoy existe en Chile una Convención Constituyente derivada, que ha sido la encargada de plantear algunas de las enmiendas al texto constitucional.

4.2.1. CASO SEGUNDO RETIRO DE FONDOS

Para Diciembre del año 2020, el presidente de Chile acudió al Tribunal Constitucional con la intención de que este previniera la promulgación de un texto que podría constar de vicios constitucionales. El segundo retiro habría sido mocionado de forma distinta al mandado por el ordenamiento vigente de la época. Es en virtud de esto que el Tribunal coincidió en declarar inconstitucional el segundo proyecto de retiros de fondos de las AFPs, teniendo una votación estrecha de cinco votos contra cuatro.

Se acusaba tanto al gobierno como al tribunal de desconectarse de las necesidades de la clase trabajadora chilena y no asumir la incapacidad de respuesta ante el requerimiento de ayudas sociales por parte de este sector. Sin embargo, al momento en el que se emitió el fallo, el presidente habría ya enviado un proyecto alternativo al legislativo el cual fue aprobado, quedando de lado algún reclamo eventual por parte de la ciudadanía. Por otra parte, se usó para impugnar el fondo del proyecto un argumento sobre vulneración al derecho a la seguridad social, de este aspecto si surgieron críticas. De esta forma, en el *Pauta Diario Digital*, Sanhueza (2020) informó:

Mientras Romero -quien en principio acogió a tramitación el recurso, pero cuando se vio el fondo lo rechazó-, redactó 18 considerandos. Y, en uno de ellos, se refirió a uno de los puntos clave de la inconstitucionalidad a la que apeló Piñera: el derecho a la seguridad social.

Al respecto, el ministro dijo en su voto de rechazo que declarar que se vulnera el derecho a la seguridad social "encierra una paradoja, que es otro yerro inexcusable".

Argumentó que siendo el trabajador el dueño del fondo previsional, el afiliado al sistema y titular del derecho a la seguridad social, "el titular de tal derecho y el sujeto activo 'violador' de él serían el mismo: el afiliado violaría su propio derecho al retirar el 10% de su propio fondo, lo cual constituiría un sin sentido".

Y ahondó que, de esa forma, "el titular del derecho y violador del mismo serían un solo sujeto: el afiliado al sistema de AFP, lo cual además significa que el Estado no sería responsable del aseguramiento del acceso a la seguridad social, el cual al no tener distinción ni alteridad entre sujetos activo y pasivo dejaría de ser un derecho subjetivo y por ende dejaría de ser un derecho fundamental. Nada de ello puede tener sentido a la luz del parámetro de constitucionalidad del numeral 18° del artículo 19 constitucional referido al derecho a la seguridad social, que reconoce al Estado como contraparte del afiliado, como en todo derecho fundamental, siendo la prestación la

garantía de acceso a prestaciones básicas y uniformes, sea que las brinden privados u organismos estatales. (Sanhueza, 2020)

4.2.2. CASO TERCER RETIRO DE FONDOS

En abril del año 2021, una vez constituida ya la Convención Constituyente, se presentó el conflicto sobre la promulgación del proyecto ya aprobado por el legislativo. El presidente acudió al Tribunal Constitucional, después de fallar en sus negociaciones en el senado, al igual que en el segundo proyecto de retiro de fondos, sin embargo, el resultado fue distinto, el Tribunal descartó la petición planteada. El razonamiento de la Corte se basó en el cambio de situación fáctica y en los cambios producidos en el ordenamiento jurídico desde el mes de diciembre hasta el mes de abril en el que se conoció la nueva causa. De esta forma, el diario digital *France 24* (2021) informó:

El Tribunal Constitucional de Chile declaró este martes inadmisibles la impugnación presentada por el gobierno contra la ley que permite un tercer retiro de hasta un 10% de los fondos de pensiones, asestándole un duro golpe al presidente Sebastián Piñera, que ahora debe promulgar o vetar la iniciativa del Congreso.

Por siete votos a favor y tres en contra, el pleno del Tribunal Constitucional resolvió "no acoger a tramitación el requerimiento" presentado por el gobierno contra la ley que despachó el viernes el Congreso y que permite un tercer retiro de hasta un 10% de los privados fondos de pensiones, como un salvavidas para enfrentar la crisis económica derivada de la pandemia, según un comunicado oficial.

(...)

"Han ocurrido situaciones bien importantes entre el 30 de diciembre y el día de hoy. Hay cambios no solo en situaciones fácticas; se han agravado las medidas de salubridad, hay resoluciones, hay leyes y está la propia sentencia del Tribunal Constitucional", afirmó el magistrado, que, a diferencia del fallo anterior, este martes votó en contra de la solicitud de impugnación presentada por el gobierno de Piñera. (France24, 2021)

4.3.COLOMBIA

En este caso, la Corte Constitucional de Colombia ejerce el control constitucional de manera muy amplia gracias a su marco regulatorio. Esta Corte es reconocida a nivel internacional por la coherencia de su línea jurisprudencial y lo destacado de sus criterios emitidos. De todas maneras, es conocido que el contexto jurídico colombiano ha sufrido la denominada constitucionalización del derecho y la vida. Esto ha permitido que lleguen casos

de alta controversia al Pleno de la Corte, lo cual se ha evidenciado con el control de constitucionalidad de actos administrativos, leyes, reformas constitucionales relacionados a derechos de libertad como el aborto, eutanasia; y, por otra parte, al abuso del punitivismo estatal y los acuerdos de paz.

4.3.1. CASO DE VIOLACIÓN MASIVA A LOS ACUERDOS DE PAZ

El gobierno colombiano a efectos de terminar una guerra que mantiene en su territorio desde hace varias décadas, propuso junto con la intervención de otros países la celebración del acuerdo de paz. Este acuerdo le brindaría amnistía y garantías de reinserción social a aquellos que se acogieran al tratado. En específico este acuerdo era celebrado con la guerrilla denominada Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia. Estos acuerdos fueron celebrados pese a la respuesta negativa de la población en el plebiscito vinculante de 2016. En el presente acuerdo se generó una obligación estatal de protección a los firmantes del acuerdo, sin embargo, desde la fecha de entrada en vigencia hasta la actualidad se han reportado una gran cantidad de homicidios sobre los excombatientes.

En la tarde de este jueves 27 de enero la Sala Plena de la Corte Constitucional emitió un fallo en el que declara un Estado de Cosas Inconstitucional por las fallas en la implementación del componente de garantías de seguridad para los excombatientes de las Farc que se sometieron al acuerdo de paz. La figura del Estado de Cosas Inconstitucional se usa en casos de vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas. La decisión se tomó tras el estudio de cinco tutelas presentadas por excombatientes ubicados en Nariño y Guaviare que denunciaron amenazas graves contra su vida e integridad personal. Una situación que corroboró el alto tribunal y determinó que sus derechos fundamentales a la vida, a la integridad personal y a la paz fueron desconocidos por la Unidad Nacional de Protección (UNP). La Corte dictó órdenes puntuales para restablecer estos derechos considerando el alto número de firmantes del Acuerdo Final de Paz que han sido víctimas de homicidio y el bajo nivel de implementación de las normas sobre garantías de seguridad para los desmovilizados. (Infobae, 2022)

La controversia comienza con la negativa popular frente a los acuerdos, acuerdos que han sido dotados de legitimidad por medio de la corte constitucional y no a través de las urnas como esperó en primera instancia esta corporación al aprobar la consulta en 2016. Las obligaciones generadas del acuerdo han causado malestar en la población y la naturaleza conflictiva de la situación ha dejado en exposición y vulnerabilidad a los exguerrilleros. A

pesar de la democratización del debate sobre los acuerdos, quienes conforman el Estado colombiano decidieron no considerar el mandato popular emitido en la consulta sobre los acuerdos.

4.4.BRASIL

Por último, traigo a colación la situación de los tribunales brasileños respecto al manejo de los derechos fundamentales y la participación democrática dentro de sus causas. En el presente bienio, se postularon varias acciones ante el Tribunal Supremo el cual tuvo que decidir en temas relacionados con la salud pública. Se discutieron las competencias de los diferentes niveles de gobierno para exigir el cumplimiento de medidas de salubridad y la constitucionalidad de la obligatoriedad de vacunación.

Es de conocimiento general que Brasil ha sido uno de los países más afectados por la pandemia. Como parte de la gestión de la pandemia el ejecutivo del país consideró prescindible generalizar medidas de salubridad. Esto, aupado por diferentes sectores que se alinearon con la postura del presidente. También se manifestó contra la posibilidad de exigir una vacunación generalizada a la población afirmando cuestiones relacionadas a las libertades individuales. Surgieron conflictos en torno a la legitimidad del Tribunal, dada la politización de la misma como una forma de gobernar a través de la tribuna. La no coincidencia y actuación unilateral por parte de la corte se ha llegado a considerar como una especie de dictadura de las togas en dicho país.

Estas controversias fueron resueltas de manera conjunta por el Tribunal declarando de forma contundente la constitucionalidad de exigir a la población que se vacune contra la COVID-19. Ratificó la legitimidad de las autoridades de los diferentes niveles de gobierno para imponer sanciones y privar del acceso a ciertos servicios a las personas que no se encuentren vacunadas. Su argumentación ponderó como proporcional estas limitaciones frente a la salud pública y las comparó con la obligación del voto.

El Tribunal Supremo de Brasil decidió este jueves que la vacunación contra el covid-19 sea obligatoria en el país. Por diez votos contra uno, los jueces entendieron que la población no puede ser forzada a vacunarse, pero que la decisión individual de cada persona no está por encima de la salud colectiva. En la práctica, esto significa que quien se niegue a inmunizarse puede ser sancionado por el gobierno Federal, los Estados y los municipios. Las restricciones pueden incluir, por ejemplo, la prohibición de abordar un medio de transporte o frecuentar espacios públicos. La decisión del Tribunal Supremo

representa una derrota para el presidente Jair Bolsonaro, que ha declarado públicamente en varias ocasiones que está en contra de la vacunación obligatoria. (El País, 2021).

De todos los casos por países revisados, podemos concluir que existe una dicotomía real entre el Constitucionalismo Sustantivista defensor de una justicia constitucional robusta y el Constitucionalismo Procedimentalista defensor de un procedimiento democrático formal con una justicia constitucional inexistente, pero de la mano con el modelo de Constitucionalismo Deliberativo, puede ayudar al desarrollo de una jurisprudencia que cumpliendo los roles de la interpretación contemple a la sociedad. Lo cierto es que la crisis institucional y política que sufren los países en América Latina (Gargarella, 2021) nos da a entender que la mejor salida a la misma es el depósito de aquel gran poder en manos de una justicia especializada, coherente, institucional y protegida de los demás poderes del Estado.

CONCLUSIONES

- La democracia no se agota en el sufragio —entiéndase como participación tanto activa como pasiva —sino que se ejerce todos los días mediante los diversos mecanismos de deliberación que implemente el Estado para escuchar a todos los ciudadanos.
- La legitimación, en sentido amplio, al final del día siempre será una cuestión que decida la mayoría.
- Al estar, los poderes de un Estado, subordinados a lo que la Constitución establezca se hace necesaria la existencia de un organismo contra-mayoritario destinado a interpretar el texto constitucional, revisar la constitucionalidad de las leyes y controlar los actos del poder público, es necesario en un Estado Constitucional, con la finalidad de proteger los derechos de las personas —en ciertos casos los derechos de la Naturaleza —y garantizar la supremacía de la Constitución
- Resulta importante que el organismo contra-mayoritario se ubique fuera del sistema de pesos y contrapesos como órgano *extra-poder* para que su actuación no se vea limitada por los organismos jurídico-estatales, pero también es importante que la ciudadanía se mantenga en vilo de sus decisiones.
- El fundamento de la existencia de los Tribunales Constitucionales no descansa únicamente en el establecimiento jurídico-normativo de aquello, sino que tiene un trasfondo eminentemente democrático y, por consiguiente, de la Filosofía Política.
- Los integrantes de los Tribunales Constitucionales se legitiman en ejercicio, dependiendo de la calidad de sus decisiones y el alto grado de razonamiento en las mismas.
- El Constitucionalismo Deliberativo es un modelo de constitucionalismo basado en la conexión entre el Derecho, la Moral y la Política, que procura la concertación de la ciudadanía dentro de un sistema en el que se prevé la existencia de un organismo contra-mayoritario capaz de establecer una discusión racional y razonable sobre los derechos, actuando como árbitro en una democracia constitucional y legitimando sus intervenciones de acuerdo con el alto grado dialógico y constructivo de sus decisiones por medio de mecanismos pre-condicionados por elementos de la democracia sustancial en los que sus actores predominantemente provienen de instituciones político-estatales y de la ciudadanía en general.
- En los votos disidentes *se encuentra* la democracia.

- La Constitución es un *documento viviente*, que día a día lo construimos y fortalecemos todos, es decir, su vigencia no se agota en la redacción por parte de la Asamblea o Convención Constituyente. Organismos como los Tribunales Constitucionales, los Foros de Abogados, los Movimientos Sociales, contribuyen a la solidificación y establecimiento del Derecho Constitucional que le pertenece al *pueblo*.

RECOMENDACIONES

- Se recomienda que continuamente los Movimientos Sociales contribuyan a la convocatoria de conversatorios y charlas en los que se discuta acerca de los derechos de las personas y de la Naturaleza.
- Se recomienda que los Movimientos Sociales publiquen de manera continua, sus reflexiones respecto de los derechos consagrados en la Constitución y Tratados y Convenios Internacionales con la finalidad de dar promoción y publicidad de sus conclusiones.
- Se recomienda que las instituciones políticas que conforman un Estado continuamente comparezcan en los casos en los que se decida sobre los derechos del organismo al que representan, con la finalidad de proteger los intereses de los ciudadanos en todo momento.
- Se recomienda que los Tribunales Constitucionales continúen con las convocatorias a audiencias públicas y exhortaciones a la presentación de *amicus curiæ*, con la finalidad de dinamizar el discurso constitucional en sede jurisdiccional en la que, continuamente, se decide sobre los derechos y garantías de las personas y de la Naturaleza.
- Se recomienda que los Tribunales Constitucionales cumplan con la tarea de dar promoción y publicidad continua de sus decisiones con todos los actores políticos y de la sociedad civil, con la finalidad de establecer un conocimiento sólido y dinámico de la justicia constitucional.
- Se recomienda a los Tribunales Constitucionales la incorporación de las siguientes condiciones en sus normativas correspondientes a las audiencias públicas:
 1. Procurar que todos los que participen de la audiencia tengan el suficiente acceso a toda la información posible del tema objeto de deliberación en la audiencia.
 2. Procurar el equilibrio en la participación de las distintas posturas sobre el tema objeto de deliberación en la audiencia.
 3. Procurar la diversidad de participantes en la audiencia propendiendo al concepto de Estado pluralista y respetando los elementos de la democracia sustancial.
 4. Procurar la discusión seria sobre el tema objeto de deliberación en la audiencia mediante el control de la misma de forma objetiva y práctica.
 5. Seguir los lineamientos propuestos por el principio de igual consideración y respeto del Constitucionalismo Sustantivista.

- Se recomienda a los Movimientos Sociales, los Foros de Abogados, las Asociaciones gremiales, las distintas instituciones políticas del Estado, en fin, a la ciudadanía en general, el deliberar sobre la posibilidad de presentar un proyecto de ley reformativa a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, de iniciativa popular, que consista en promover la obligatoriedad de las audiencias públicas, en los casos de control abstracto de constitucionalidad, cuando el Pleno de la Corte Constitucional del Ecuador haya considerado alterar el orden cronológico de una determinada causa por razones de trascendencia nacional, novedad o por tratarse de personas en condición de doble vulnerabilidad. Esto, con el fin de asegurar el agotamiento de todas las vías dialógicas posibles para garantizar una decisión que tome en cuenta a todos los *actores* del país.

REFERENCIAS

- Adame, A. (2022, January 27). Corte Constitucional declara que hay violación masiva del Acuerdo Final de Paz. *Infobae*.
<https://www.infobae.com/america/colombia/2022/01/28/corte-constitucional-declara-estado-de-cosas-inconstitucional-por-incumplimiento-al-acuerdo-de-paz/>
- Aguiló Regla, J. (2007). Positivismo y postpositivismo: dos paradigmas jurídicos en pocas palabras. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (30), 665-675.
<https://doi.org/10.14198/DOXA2007.30.55>
- Aguiló Regla, J. (2008). *Sobre derecho y argumentación*. Lleonard Muntaner.
- Aguiló Regla, J. (2012). *Teoría general de las fuentes del derecho: (y del orden jurídico)*. Ariel.
- Al Mufti, I., Delors, J., y Comisión Internacional sobre la Educación para el Siglo XXI. (1996). *La educación encierra un tesoro* (J. Delors, Ed.). Santillana.
- Alexy, R. (2007). *Teoría de la argumentación jurídica: La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Palestra.
- Aristóteles. (1988). *Política* (M. García Valdés, Ed.; M. García Valdés, Trans.). Gredos.
- Bobbio, N. (2009). *Teoría general de la política* (3era ed.). Editorial Trotta, S.A.
- Bobbio, N. (2016). *Teoría general del derecho*. Temis.
- Castaño, S. R. (2014). La legitimidad política en el estado democrático-representativo. Breve examen desde la tradición clásica. *Revista europea de historia de las ideas políticas y de las instituciones públicas*, (7), 97-114.
<http://www.eumed.net/rev/rehipip/07/legitimidad.html>.
- Cerroni, U. (1991). *Reglas y valores en la democracia: Estado de derecho, Estado social, Estado de cultura* (B. Chancel, Trans.). Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, Dirección General de Publicaciones.
- Córdova Vinuesa, P. (2017). *Justicia dialógica para la última palabra: por una argumentación deliberativa entre los jueces, la ciudadanía y las Cortes*. Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Corte Constitucional aclara sentencia sobre derechos sexuales de adolescentes. (2018, July 26). *El Telégrafo*. <https://www.letelegrafo.com.ec/noticias/sociedad/6/corteconstitucional-sentencia-adolescentes-derechossexuales-estado-padres>
- Corte Constitucional del Ecuador. (2022, Febrero 9). *Dr. Ramiro Avila Santamaría* [Video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?>

- Cortina Orts, A. (2021). *Ética cosmopolita: una apuesta por la cordura en tiempos de pandemia*. Paidós.
- Dworkin, R. (1977). *Taking rights seriously*. Harvard University Press.
- Dworkin, R. (1990). *A Bill of Rights for Britain*. Chatto & Windus.
- Dworkin, R. (1990). Equality, Democracy, and Constitution: We the People in Court. *Alberta Law Review*, 28(2), 324-346. <https://doi.org/10.29173/alr1605>
- Dworkin, R. (1995). Constitutionalism and Democracy. *European Journal of Philosophy*, 3(1), 2-11. <https://doi.org/10.1111/j.1468-0378.1995.tb00035.x>
- Dworkin, R. (2015). *Derechos, Libertades y Jueces*. Editorial Tirant lo Blanch.
- El Supremo de Brasil declara obligatoria la vacuna contra la covid-19. (2020, December 17). *EL PAÍS*. <https://elpais.com/sociedad/2020-12-18/el-supremo-de-brasil-declara-obligatoria-la-vacuna-contra-la-covid-19.html>
- Elster, J. (1989). *Ulises y Las Sirenas: Estudios Sobre Racionalidad e Irracionalidad*. Fondo de Cultura Económica.
- España, S. (2021, April 28). El Constitucional de Ecuador despenaliza el aborto en casos de violación. *El País*. <https://elpais.com/sociedad/2021-04-29/el-constitucional-de-ecuador-despenaliza-el-aborto-en-casos-de-violacion.html>
- Ferrajoli, L. (2010). *Democracia y garantismo*. Editorial Trotta, S.A.
- Ferrajoli, L. (2011). *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia: 2. Teoría de la democracia* (P. Andrés Ibáñez, Trans.). Editorial Trotta, S.A.
- Ferreres Comella, V. (2007). *Justicia constitucional y democracia*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Gama, L. (2019). *Derechos, democracia y jueces: modelos de filosofía constitucional*. Marcial Pons.
- García Jaramillo, L. (2015). *Constitucionalismo deliberativo: estudio sobre el ideal deliberativo de la democracia y la dogmática constitucional del procedimiento parlamentario*. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Gargarella, R. (2019). Pasado y presente: la noción de "coto vedado" en la obra de Ernesto Garzón Valdés. *Revista De La Facultad De Derecho*, 8(2), 61-70. <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/refade/article/view/24589/23834>

- Gargarella, R. (2021). *El derecho como una conversación entre iguales: Qué hacer para que las democracias contemporáneas se abran –por fin– al diálogo ciudadano*. Siglo XXI Editores.
- Garzón Valdés, E. (1990). Consenso, racionalidad y legitimidad. *Isegoría: Revista de filosofía moral y política*, (2), 13-28.
<https://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/view/388/389>
- Gomes, R. (s.f.). Democracia y mayorías. *La democracia ante el poder de la mayoría*, 5(7), 13-17.
<https://lyd.org/wp-content/uploads/2019/04/29575b7584148a12336d9fc422b05dd2-1.pdf>
- Greppi, A. (2012). *La democracia y su contrario: representación, separación de poderes y opinión pública*. Trotta.
- Guastini, R. (2018). *Filosofía del Derecho Positivo: Manual de teoría del Derecho en el Estado Constitucional* (V. Velluzzi, Ed.; D. Dei Vecchi, Trans.). Palestra Ediciones.
- Guastini, R. (2019). *Lecciones de teoría del derecho y del Estado* (C. E. Moreno More, Trans.). Zela.
- Guastini, R. (2019). *Primera lección de interpretación* (C. E. Moreno More, Trans.; Vol. 2). Zela Grupo Editorial.
- Habermas, J. (2008). *Conciencia moral y acción comunicativa*. Editorial Trotta, S.A.
- Hamilton, A., Madison, J., & Jay, J. (2001). *The Federalist* (A. Hamilton, G. W. Carey, & J. McClellan, Eds.). Liberty Fund.
- Hart, H. L. A. (2017). *El concepto de derecho* (G. R. Carrió, Trans.). Abeledo-Perrot.
- Jennings, I. (1959). *The Law and the Constitution*. University of London Press.
- Kelsen, H. (1981). *La giustizia costituzionale* (C. Geraci, Ed.). Giuffrè.
- Kramer, L. D. (2007). "The Interest of the Man": James Madison, Popular Constitutionalism, and the Theory of Deliberative Democracy. *Valparaiso University Law Review*, 41(2), 697-754. <https://scholar.valpo.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1174&context=vulr>
- La Corte Constitucional de Ecuador despenaliza el aborto en casos de violación. (2021, April 29). *BBC*. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-56922095>
- Laporta, F. J. (2007). *El imperio de la ley: una visión actual*. Trotta.
- López Hidalgo, S. (2018). *Reflexiones acerca de la legitimidad democrática de la justicia constitucional en Ecuador*. Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador.

- Machado Martins, P. (2020). La última palabra y la autoridad del derecho en la discusión entre Dworkin y Waldron. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, 12(3), 439-460. <https://doi.org/10.4013/rechtd.2020.123.08>
- Marcenò, V., & Zagrebelsky, G. (2018). *Justicia constitucional: Vol. I: Historia, principios e interpretaciones* (C. E. Moreno More, Trans.). Zela Grupo Editorial.
- Martí, J. L. (2006). *La república deliberativa: una teoría de la democracia*. Marcial Pons.
- Mill, J. S. (2001). *Consideraciones sobre el gobierno representativo* (C. Mellizo, Ed.; C. Mellizo, Trans.). Alianza Editorial.
- Nino, C. S. (1989). *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*. Editorial Astrea.
- Nino, C. S. (1980). *Fundamentos de Derecho Constitucional*. Astrea.
- Olivares, N. E. (2017). Democracia deliberativa y control de constitucionalidad: En defensa de un diseño multisituado. *Revista de Derecho*, (47), 167-206. <http://www.scielo.org.co/pdf/dere/n47/0121-8697-dere-47-00167.pdf>
- Popper, K. R. (2006). *La sociedad abierta y sus enemigos*. Paidós.
- Przeworski, A. (1999). Minimalist conception of democracy: a defense. In *Democracy's Value* (pp. 23-55). Ian Shapiro and Casiano Hacker-Cordon.
- Rawls, J. (1980). Kantian Constructivism in Moral Theory. *The Journal of Philosophy*, 77(9), 515-572. <https://doi.org/10.2307/2025790>
- Rawls, J. (1993). *Political liberalism*. Columbia University Press.
- Rawls, J. (1999). *A Theory of Justice*. Harvard University Press.
- Raz, J. (1986). *The Morality of Freedom*. Clarendon Press.
- Resolución No. 003-CCE-PLE-2021. (2021, 21 de abril). Corte Constitucional del Ecuador. <https://www.corteconstitucional.gob.ec/index.php/providencias/resoluciones-del-pleno/2021-16/4895-resolución-003-cce-ple-2021/file.html>
- Rincón de Maldonado, M. (2007). La democracia: el equilibrio entre la mayoría y la minoría. *Cuestiones Políticas*, 23(38), 13-28. <https://produccioncientificaluz.org/index.php/cuestiones/article/view/14443/14419>
- Roa Roa, J. E. (2019). *Control de constitucionalidad deliberativo" El ciudadano ante la justicia constitucional, la acción pública de inconstitucionalidad y la legitimidad democrática del control judicial al legislador*. Universidad Externado de Colombia.
- Russell, B. (2008). *Power: A New Social Analysis*. Routledge.
- Salgado Pesantes, H. (2019). *Introducción al Derecho* (Cuarta ed.). Corporación de Estudios y Publicaciones.

- Sanhueza, A. M. (2020, December 30). Segundo retiro: el fallo del TC acoge por completo la tesis de Piñera. *PAUTA.cl*. <https://www.pauta.cl/nacional/las-claves-del-fallo-del-tc-por-el-segundo-retiro-del-10>
- Schiavello, A. (1998). *Diritto come integrità: incubo o nobile sogno? : saggio su Ronald Dworkin*. G. Giappichelli.
- Schmitt, C. (1981). *Il custode della costituzione*. Giuffrè.
- Sentencia No. 018-18-SIN-CC. (2018, 1 de agosto). Corte Constitucional del Ecuador (Alfredo Ruiz Guzmán) [http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/54cd66c9-0d1b-48fb-b4ea-eb86343d1fa4/018-18-sin-cc_\(0008-16-in_y_acumulados\).pdf?guest=true](http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/54cd66c9-0d1b-48fb-b4ea-eb86343d1fa4/018-18-sin-cc_(0008-16-in_y_acumulados).pdf?guest=true)
- Siegel, R. B., & Post, R. (2013). *Constitucionalismo democrático: por una reconciliación entre Constitución y pueblo* (L. García Jaramillo, Ed.). Siglo Veintiuno Editores.
- Tribunal rechaza impugnación de Piñera contra tercer retiro de pensiones en Chile. (2021, April 27). *France 24*. <https://www.france24.com/es/minuto-a-minuto/20210427-tribunal-rechaza-impugnacion-de-piñera-contra-tercer-retiro-de-pensiones-en-chile>
- Troya, P. (2018, June 3). Una niña con dos madres abre polémica y sienta precedentes. *El Diario Ecuador*. <https://www.eldiario.ec/noticias-manabi-ecuador/473471-una-nina-con-dos-madres-abre-polemica-y-sienta-precedentes/>
- Vigo, R. L. (2009). Constitucionalización y neoconstitucionalismo: algunos riesgos y algunas prevenciones. *Revista De La Facultad De Ciencias Jurídicas Y Sociales. Nueva Época*, 1(7), 255-288. <https://doi.org/10.14409/ne.v1i7.223>
- Vila Casado, I. (2012). *Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo*. Legis Editores.
- Villoro, L. (1997). *El poder y el valor: fundamentos de una ética política*. Fondo de Cultura Económica.
- Voto salvado sentencia No. 34-19-IN/21. (2021, 28 de abril). Corte Constitucional del Ecuador (Carmen Corral Ponce) http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/
- Voto salvado sentencia No. 34-19-IN/21. (2021, 29 de abril). Corte Constitucional del Ecuador (Teresa Nuques Martínez). <http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/>
- Voto salvado sentencia No. 35-12-IN/20. (2020, 17 de junio). Corte Constitucional del Ecuador (Daniela Salazar Marín). <http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/>

- Waldron, J. (1999). *Law and Disagreement*. Clarendon Press.
- Waldron, J. (2005). *Derecho y desacuerdos*. Marcial Pons.
- Waldron, J. (2016). *Political Political Theory: Essays on Institutions*. Harvard University Press.
- Zagrebelsky, G. (2007). Jueces Constitucionales. In M. Carbonell (Ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos* (pp. 91-104). Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.
- Zagrebelsky, G. (2011). *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia* (Décima ed.). Trotta.
- Zapata, B. (2021, May 9). Los dos primeros años de la Corte Constitucional con fallos controversiales. *El Universo*. <https://www.eluniverso.com/noticias/politica/los-dos-primeros-anos-de-la-corte-constitucional-con-fallos-controversiales-nota/>
- Zavala Egas, J. (1999). *Derecho Constitucional* (Vol. 1). Edino.



**Presidencia
de la República
del Ecuador**



**Plan Nacional
de Ciencia, Tecnología,
Innovación y Saberes**



DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, **Carrera-Ordóñez, Bryan Stanley**, con C.C: # **0950242354** autor del trabajo de titulación: **Constitucionalismo Deliberativo: hacia una propuesta democrática en el Estado Constitucional**, previo a la obtención del título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de titulación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de titulación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, **20 de febrero del 2020**

Nombre: **Carrera-Ordóñez, Bryan Stanley**
C.C: **0950242354**

REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE TITULACIÓN

TÍTULO Y SUBTÍTULO:	Constitucionalismo Deliberativo: hacia una propuesta democrática en el Estado Constitucional.		
AUTOR(ES)	Bryan Stanley Carrera-Ordóñez.		
REVISOR(ES)/TUTOR(ES)	Dra. Hilda Teresa Nuques Martínez, PhD.		
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.		
FACULTAD:	Jurisprudencia, Ciencias Sociales y Políticas.		
CARRERA:	Derecho.		
TÍTULO OBTENIDO:	Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	20 de febrero del 2022	No. DE PÁGINAS:	54
ÁREAS TEMÁTICAS:	Filosofía del Derecho, Filosofía Política, Derecho Constitucional, Derecho Político.		
PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:	Convivencia, Democracia, Legitimación, Estado Constitucional, Constitucionalismo, Fuerza Contra-Mayoritaria, Tribunales Constitucionales, Deliberación.		

RESUMEN/ABSTRACT:

El Constitucionalismo en América Latina está pasando por uno de sus momentos críticos. La crisis en las instituciones jurídico-estatales supone un cansancio ciudadano frente a sus representantes que desemboca en una vulneración, a breves rasgos, de sus derechos constitucionales. La pregunta que hay que zanjar es acerca de cuál es el organismo indicado para mejor proteger a los ciudadanos frente a las potenciales vulneraciones que pudiesen cometer sus representantes y cuál modelo es el más idóneo para que la ciudadanía participe activamente. De esta manera se debe afianzar el paradigma post-positivista o constitucionalista del Derecho en cuanto a la creación de Tribunales Constitucionales con carácter no representativo y con *fuerza* contra-mayoritaria para que su poder no se encuentre limitado al principio de separación de poderes y de aquella manera sirva como garantía de la defensa de los derechos y de la supremacía de la Constitución frente a los actos y poderes del sector público y privado. Para arribar a aquello también se deben definir líneas paralelas de estudio sobre los distintos modelos de constitucionalismo en el mundo y destacar sus puntos clave para equilibrar un constitucionalismo que parta de la retórica constructivista y propenda al diálogo no solo interinstitucional sino también ciudadano frente a las Cortes de cierre que se encargan de tener la *última palabra*.

ADJUNTO PDF:	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO
CONTACTO CON AUTOR:	Teléfono: +593-4-2182573	E-mail: bryan.carrera01@cu.ucsg.edu.ec
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN (COORDINADOR DEL PROCESO UTE):	Nombre: Reynoso Gaute, Maritza Ginette	
	Teléfono: +593-4-3804600	
	E-mail: maritza.reynoso@cu.ucsg.edu.ec	

SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA

Nº. DE REGISTRO (en base a datos):	
Nº. DE CLASIFICACIÓN:	
DIRECCIÓN URL (tesis en la web):	