

Constitucionalismo aspiracional y democracia deliberativa como respuesta a la crisis de la democracia constitucional

Aspirational Constitutionalism and Deliberative Democracy as a Response to the Crisis of Constitutional Democracy



Camilo Andrés Maiguel Donado¹, Jorge Mejía Turizo² & Oriana Carola Cortes Bracho³
Universidad del Atlántico - Colombia

Para citaciones: Maiguel Donado, C., Mejía Turizo, J., & Cortes Bracho, O. (2023). Constitucionalismo aspiracional y democracia deliberativa como respuesta a la crisis de la democracia constitucional. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 15(31), 684-700.
<https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.15-num.31-2023-4485>

Recibido: 02 de agosto de 2023

Aprobado: 10 de septiembre de 2023

Editor: Jorge Pallares Bossa. Universidad de Cartagena-Colombia.

Copyright: © 2023. Maiguel Donado, C., Mejía Turizo, J., & Cortes Bracho, O. Este es un artículo de acceso abierto, distribuido bajo los términos de la licencia <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/> la cual permite el uso sin restricciones, distribución y reproducción en cualquier medio, siempre y cuando que el original, el autor y la fuente sean acreditados.



RESUMEN

Este artículo tiene como finalidad presentar un esbozo sobre el estado de crisis que vive la democracia constitucional y los sistemas jurídicos latinoamericanos, partiendo de un análisis de su debilitamiento institucional y su posterior incapacidad de garantía de los derechos humanos en los territorios. Para abordar tal tesis, se han utilizado técnicas de análisis cualitativo como el análisis documental, en especial empleo del paradigma interpretativo hermenéutico. A raíz de dicho enfoque metodológico, se permitió ampliar el panorama en torno a la identificación de la crisis del modelo de democracia constitucional. Los resultados preliminares de este análisis vislumbraron los límites de dicha propuesta desde el fetichismo jurídico y la heteronomía kantiana como marco para proponer alternativas desde las nuevas tendencias de sostenibilidad, de la filosofía jurídica, del constitucionalismo aspiracional y la democracia deliberativa.

Palabras clave: Constitucionalismo; sostenibilidad; derechos humanos; paz; democracia deliberativa.

ABSTRACT

This article aims to present an overview of the state of crisis that constitutional democracy and Latin American legal systems are experiencing, based on an analysis of their institutional weakening and subsequent inability to guarantee human rights in the territories. To address this thesis, qualitative analysis techniques have been used, such as documentary analysis, especially the use of the hermeneutic interpretative paradigm. As a result of this methodological approach, it was possible to broaden the horizon around the identification of the crisis of the constitutional democracy model. The preliminary results of this analysis revealed

¹ Abogado egresado del programa de derecho adscrito a la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Atlántico (Colombia), Joven investigador Convocatorias Minciencias, Perteneciente a los semilleros de investigación: Ius Penale, Nihil Novi Sub Sole y Chiovenda. cmaiguel@mail.uniatlantico.edu.co

² Doctor en Derecho, Ciencia política y Criminología con mención cum laude por la Universitat de València (España), Magister en Derecho Administrativo, ha cursado Diplomaturas en Gestión y Públicas de la Escuela Superior de administración Pública ESAP. Ex becario del programa jóvenes investigadores e innovadores de Colciencias. Investigador Asociado, mejiajurizo@gmail.com / jorgemejia@mail.uniatlantico.edu.co

³ Abogada, Administradora de empresas, Doctoranda en Dirección de empresas, Magister en Administración e Innovación. Docente Investigador de la Institución Universitaria Americana. Barranquilla (Colombia). ocortes@coruniamericana.edu.co

the limits of this proposal from legal fetishism and Kantian heteronomy as a framework for proposing alternatives from the new trends of sustainability, legal philosophy, aspirational constitutionalism, and deliberative democracy.

Keywords: Constitutionalism; sustainability; human rights; peace; deliberative democracy.

1. INTRODUCCIÓN

La historia que ha marcado a Latinoamérica ha sido de un sostenido atraso social, económico y problemas de seguridad u orden público más o menos generalizados, además de los golpes a galopadas de sistemas democráticos debilitados por la aplicación de políticas públicas inadecuadas, ineficaces o sin sustento fiscal que han dado al traste para atender la crisis sistémica que estos países padecen. Prueba de ello y de su búsqueda constante de soluciones, son los Estados sin identidad jurídica, transmutando normas y hasta sistemas de organización político administrativo, pues poco o nada se ha tratado de entender a la población y sus rasgos sociológicos para así construir el derecho desde la mirada del pueblo y pensando en este como factor de impacto directo. Esto ha generado sistemas de derecho sin identidad, sin arraigo, y desde todo punto de vista, ineficientes, refiriéndonos a grandes rasgos, a sistemas políticos, económicos, organizativos, modelos judiciales, políticas sectoriales de protección y asistencia, entre otros.

El Estado, desde una concepción demoliberal siempre ha obedecido a la idea de papel de garante. Esta garantía siempre ha estado arraigada en primero entender qué es lo que se quiere proteger, por ello autores como Uprinmy (2013), García Villegas (2012) o Yrigoyen (2011), siempre han defendido la importancia de construir un derecho de frente a la nación, y no una nación alrededor del derecho. Es allí donde la fórmula del Estado encuentra su punto de quiebre, porque la organización de la sociedad civil no solo debe estar regida por normas que entiendan a la sociedad *per sé*, sino que en las entrañas de esa misma sociedad es donde se pueden resolver todos los problemas que la misma aqueja, más allá de su destino imperativo u orientador.

Desde la época de la colonización se pudo vislumbrar el destino que tendría la sociedad civilmente organizada independiente de la corona española, como lo es el caso de Colombia. Una población criolla, sin rumbo, intentando encontrar en formas de organización extranjera, el orden para sí mismas. Evidencia de ello es que aún en pleno siglo XXI, países como Chile continúan debatiendo en asambleas nacionales constituyentes la forma correcta de organizar al Estado como agente protector de derechos y garantías. Sin embargo, el mayor de los retos sigue siendo consolidar un sistema que inspire confianza a la ciudadanía para así establecer una relación recíproca constructiva que permita el avance en un solo sentido.

El mayor problema de los Estados contemporáneos es el de legitimización de un modelo de organización. La estructura normativa en cada país de Latinoamérica no obedece a la comprensión de la sociedad periférica y central, sino más bien a modelos genéricos de sociedad con grandes influencias de pensamiento euro- centristas, así, rememorando a Lasalle (1999), no se está construyendo Estado a partir de concepciones pragmáticas que consulten la verdadera realidad social que refleje los factores reales de poder, agregándole que esos factores reales deben ser todos los estamentos sociales con o sin capacidad de incidir en la política. Por eso la crisis de funcionamiento de los poderes pasan más allá de la simple actividad de la justicia, sino que se acentúa en las políticas públicas intrascendentes y se refleja en la sociedad relegada.

Es claro hasta este punto, que la democracia constitucional, concebida a través de los derechos de los ciudadanos y para los ciudadanos, está en total crisis. Por ello, es necesaria la ruptura de un paradigma de fundamentación (Al mejor estilo de Khun) para intentar sentar las bases de un nuevo sistema de derecho efectivo. El constitucionalismo no se debe concentrar en la unidad del pensamiento, ni mucho menos en la neutralidad del mismo, sino en la comprensión de la cosmovisión para utilizarla como agente de emancipación. Con esto lo que se lograría sería crear un sistema de derecho efectivo, autóctono y medianamente capaz de solucionar crisis arraigadas a la firmeza de un entramado burocrático más sólido que útil.

Actualmente, el futuro de la democracia constitucional pasa de largo por discusiones poco productivas, que en suma solo se reducen a la producción de normas que determinen qué hacer en ciertos casos ideados por el legislador, o en el peor de los casos, normas reactivas. Una democracia constitucional basada en supuestos sólidos, como se quiere idear en este texto, debe resaltar por la sustancia más allá de la formalidad que permea una norma. Sin embargo, la cortapisa a dichos postulados es vencer la idealización de la ley, para derrocar el fetichismo jurídico que se pasea por los lobbys legislativos y ejecutivos en los países Latinoamericanos.

Es por ello que, a lo largo de este texto, se buscará resolver la gran interrogante que orienta todo el proceso precedentemente descrito: ¿Cuál debe ser la respuesta del Estado frente a la crisis de la democracia constitucional?

2. Metodología

La investigación reseñada se califica como una investigación iusfilosófica-cualitativa, toda vez que se propugnó por analizar el correcto funcionamiento de un sistema teórico de derecho y se propuso un giro ontológico paradigmático para derivar en la propuesta de un nuevo constitucionalismo en América Latina. Desde el reconocimiento del objeto de investigación, se procuró por emplear las técnicas de recopilación y análisis documental en especial atención de paradigma interpretativo-hermenéutico. En ese sentido, se abordó el problema realizando un análisis deductivo. En últimas, la propuesta bajo referencia parte

del método hermenéutico desde la visión positiva-histórica para la configuración de un campo jurídico, por lo que la investigación es de tipo propositiva según su nivel de profundidad.

3. La democracia constitucional y un modelo garantista en la contemporaneidad. De la propuesta a la crisis

Desde la época antigua, el ser humano siempre se ha preocupado por cómo organizarse en sociedad. Por eso, desde las ideas más primitivas de Estado, la libertad siempre ha estado en tela de juicio para determinar si el ser humano debe ser más o menos libre ante la constitución del mismo como organización civil. No es extraña esta idea de cesión de libertad en beneficio de protección a las ideas del pacto social pregonadas por Rosseau (1812) reconfirmadas por el constitucionalismo moderno.

En el estado de cosas de una concepción moderna de constitucionalismo, autores como Ferrajoli (2014) reconocen que esta misma teoría orienta al Estado a tornarse antropocentrista, pues se concentra en el ser humano y la protección efectiva de sus derechos. De hecho, el jurista ítalo-francés habla de satisfacción más allá de protección efectiva, pues plantea que más allá del modelo principalista de derecho, las democracias actuales vienen practicando un modelo garantista de derecho. En el modelo principalista se busca unir el derecho y la moral con las normas constitucionales y la hermenéutica; de otro lado, en el modelo garantista, se propugna la ponderación equitativa compleja, pues se tienen en cuenta factores más allá de la plana hermenéutica ética-deontica, para incluir una relación moral- derecho bastante marcada.

Sin duda alguna, en una democracia constitucional, tal y como es concebida desde Locke (1690), es el pueblo quien tiene el poder dominante. Recibiendo a su vez influencias marcadas de Montesquieu (1748) para relacionar el bien público y el principio de bienestar general arraigado a un sistema de virtud pública. No obstante, hasta este entonces, haciendo un recorrido hasta donde Habermas (1984) señala la utilidad de espacios de discusión política abierta y libre para el fortalecimiento de la democracia, es donde esta misma se torna bastante utilitarista. La democracia concebida hasta el siglo XX sufría de este anterior mencionado antropocentrismo.

El mayor alejamiento de ese utilitarismo nación con Rawls (1971), donde se buscó fortalecer el discurso teórico de aspectos trascendentales dentro de la democracia como: Justicia, derechos fundamentales y libertad. A partir de esto, la historia sufrió un quiebre esencial donde se diferenció ampliamente la democracia de la democracia constitucional. Este concepto tan novedoso a finales del siglo XX tomó la soberanía popular del concepto de democracia y le adicionó un límite a esa soberanía del pueblo.

La democracia constitucional, fue inicialmente pensada como un límite al poder del pueblo. Esto garantizaría eventualmente el respeto por las garantías,

derechos y deberes de las personas que componen a la nación. Por ello, el *quid de asunto* siempre fue la soberanía, pues el poder popular cumple una función de vigía que delimita el punto máximo de poder y el contenido de un Estado constitucional; de hecho, hasta la esencia de una democracia constitucional.

Aún más cercano al punto contextual, Corvalán (2013) señala que: “Una democracia es constitucional cuando existen límites jurídicos a la originaria y exclusiva voluntad del poder constituyente. Una democracia constitucional presupone el respeto a los derechos fundamentales que anteceden, condicionan y legitiman el ejercicio de la soberanía” (P. 3). Cosa que, por ejemplo, corresponde totalmente con lo pregonado en la constitución colombiana y que confirma la misma Corte Constitucional (2004) al señalar que Colombia adoptó la democracia constitucional como régimen político.

Así las cosas, se podría entender a la democracia constitucional como el límite a un poder absoluto o irrisoriamente desbordado. De hecho:

Esto obliga a reconocer, ante todo, que cualquier concepción de la soberanía como potestas legibus soluta está en contradicción no sólo con la idea de democracia constitucional sino con la idea misma de democracia, que se ha revelado histórica y lógicamente incompatible con la existencia de poderes soberanos o absolutos, incluida la omnipotencia de la mayoría del pueblo o de sus representantes (Ferrajoli, 2008. P. 6).

En concordancia con lo precitado, se puede aseverar que el constitucionalismo propiamente dicho nace –de hecho– como una respuesta directa al fascismo sufrido por los Estados durante los siglos XIX y XX. Pues la relación entre democracia y constitucionalismo nace principalmente de la posibilidad de que las mayorías y minorías (en principio) actúen en igualdad de condiciones, arrebatándole a las mayorías la capacidad de imbricar con acciones de límite o supresión a las minorías, para que estas últimas no se conviertan en mayoría. El gran problema que ha surgido con esta ‘fórmula’ de la democracia constitucional ha sido el gran problema del derecho a lo largo de la historia, el carácter meramente enunciativo, pues, aunque se ha querido tener dentro de la esfera de lo no decidible esta igualdad de condiciones, no deja de ser un listado de garantías sin un factor de materialización.

Donde comienzan los problemas de la democracia constitucional, se vislumbra la oportunidad para desnudar una sociedad que aun con derechos enunciados, carece de libertad real, dignidad material, igualdad tangible y garantías comprensibles. *Prima facie*, no es sencillo comprender cómo una teoría que, en principio, parece tan bien estructurada, puede generar tantos inconvenientes en la sociedad. No obstante, más allá de errores de generación, la democracia constitucional como se ha esbozado hasta el momento, fue insuficiente para solucionar problemas estructurales de la sociedad.

Es justamente en esa premisa *ferrajoliana* donde se encuentra el gran debate de “la tercera vía iusfilosófica”. Mientras que Ferrajoli propuso una teoría general de derecho más allá de los extremos naturalistas y positivistas, la tercera vía puede arrojar unos postulados más que útiles para entender el porqué de la crisis de la - tan bien vista inicialmente- democracia constitucional. El existencialismo de Kierkegaard (1981) arroja la premisa de lo que sería un boceto de la crisis de la democracia constitucional, pues el rostro de un Estado en crisis en un derecho alejado del ser humano en su valor integral, en su ser y su existencia.

De la mano con lo planteado por Kaufmann (2002) la tercera vía debe ser entendida como el carácter real y aplicado del derecho en su expresión más viva. La tercera vía busca un punto medio entre la realidad y la quimera, o más bien, entre el iusnaturalismo y el iuspositivismo. Pero esta teoría no se ocupa de combinar de manera tan simple dos sistemas antagónicos de teoría del derecho, pues lo que busca principalmente es tomar de cada uno factores constructivos para entender al derecho *per sé*, verbigracia:

- (i) Del *iusnaturalismo* se recoge la teoría de la justicia y el valor real de la persona humana, dándole una especial prioridad a la dimensión existencial (derechos humanos) y;
- (ii) del *iuspositivismo* se busca transpolar la eficacia de la norma jurídica y su importancia social en el Estado, la Economía y la Sociedad. Todo esto obedece a la dinámica jurídica, pues la prevalencia de un actor jurídico sobre la otra puede desencadenar en abusos de poder. Por ejemplo, un Estado construido alrededor de la idea nica del gobierno (como suele suceder en sistemas de gobierno presidencialistas) caería en un totalitarismo, en principio, potencial.

En suma, el poder y la influencia en la toma de las decisiones al interior de un Estado, es el punto arquimédico de la discusión. Es por ello que Melgarejo (2015) señala:

Lamentablemente en Latinoamérica, seguimos conviviendo con reminiscencias inquisitoriales incompatibles con nuestra Constitución Nacional. Hay quienes, destacando la naturaleza pública del proceso, lo conciben como un instrumento puesto a favor del Estado y no como una garantía para los ciudadanos. Son los mismos que escudados en fines superiores al individuo, propician el activismo judicial, que no es más ni menos que el aumento de los poderes del Estado en la sociedad, a través de la actuación del juez en el proceso (P. 4).

Las constituciones en Latinoamérica han sido objeto de las retaliaciones de los gobiernos y sectores de élite sedientos de poder. La democracia en los países latinos aqueja el refuerzo real de los derechos políticos y representativos pues en su relación bidireccional se afectan de tal forma que el voto poco o nada

representa. El panorama problemático que ha dejado el sistema teórico de derecho practicado hasta este entonces es la idealización del derecho alejado de las realidades socio- económicas y el mercado capitalista.

La desigualdad en Latinoamérica no solo deja un panorama desolador en cuanto a índice de desarrollo refiere, sino que afecta la soberanía de los Estados. En las constituciones se desarrolla fuertemente el derecho al trabajo y sus garantías, pero la realidad es que el trabajo no garantiza la real adquisición de un *status* de libertad e independencia. El real problema que atraviesa la democracia constitucional es que en la carta magna se enuncian los derechos, pero en la realidad estos no generan la tranquilidad de ser protegidos.

Es justo allí donde ni la ley del más débil es capaz de solucionar problemas estructurales. En principio, para la minoría periférica en un Estado, el derecho puede ser un instrumento emancipador, sin embargo, la norma no solo no es emancipadora, sino que no genera la confianza necesaria para exigir su cumplimiento. Esto, no solo por el abuso del derecho, sino por la pasividad de sectores sociales que, beneficiados por su condición social, poco o nada les preocupa la desigualdad.

Ferrajoli (2013) identifica la problemática anteriormente descrita dentro de las democracias contemporáneas; la denomina participación política sesgada. Partiendo del hecho que el constitucionalismo ha nacido de las entrañas de la democracia participativa y representativa, en los Estados contemporáneos solo se ve la politización de los procedimientos para ejercer esa potestad de representación.

En los orígenes de esta reducción de la sociedad a la pasividad política hay un tercer factor de crisis por debajo de la democracia política: la quiebra de la participación de los ciudadanos en la vida pública —de sus formas, sus sedes y sus ocasiones— determinada por el correspondiente factor de crisis por arriba, es decir, por el creciente distanciamiento de los partidos de la sociedad y por su pérdida de representatividad y de arraigo social (Ferrajoli, 2013. P. 77)

4. Del fetichismo jurídico a la heteronomía Kantiana. Límites al nuevo constitucionalismo democrático

De lo analizado de manera precedente se pueden destacar dos grandes y graves problemáticas que aqueja al sistema constitucionalista democrático: (i) la idealización o abuso del derecho, y (ii) la indiferencia del ciudadano frente a las normas de organización del Estado y la participación democrática. Pues bien, se podría decir que son los dos puntos donde no solo se ha debilitado esta teoría, sino donde más se ha acentuado el lastre de la desigualdad y el atraso. La minoría periférica tiende a ser indiferente a la democracia y considera que el cambio a dicha situación está en las leyes.

Así entonces, el garantismo no solo se ha visto degradado, sino que es preciso, con base en todo lo esbozado, señalar que la democracia constitucional se encuentra en una profunda crisis. A nombre del debido proceso formal, se han pisoteado los derechos sustanciales más preciados para la humanidad. En términos de Habermas (1999): "las crisis surgen cuando la estructura de un sistema de sociedad admite menos posibilidades de resolver problemas que las requeridas para su conservación. En este sentido, la crisis son perturbaciones que atacan la integración sistémica" (P. 21).

A partir de esto, la nueva tendencia que se quiera enarbolar luego de la democracia constitucional debe poder luchar contra las dos grandes problemáticas heredadas de esta última, y que encuentran especial asidero en dos teorías: el fetichismo jurídico y la heteronomía. Desde la idealización, hasta la resignación.

a. El fetichismo jurídico: un problema de vieja data

Desde los prolegómenos de la organización del Estado típico latinoamericano, siempre se ha pensado que en las normas se encuentran las soluciones que con acciones sociales no se han podido resolver. En craso error no pasa solo por instrumentalizar una creación humana en aras de organizar, sino que se centra en la idea contractualista mal entendida como un instrumento de dominación. El derecho como imperio, es la ínfima y más pueril representación del lastre fascista que ha ido arrastrando la cosmovisión de un pueblo golpeado por la corrupción, el abuso del poder y la dominación por la fuerza. Y es que según Ferrajoli (2022) la democracia tiene dos dimensiones, la formal y la sustancial. La formal se refiere a los procedimientos para tomar decisiones, y la sustancial se refiere al contenido de esas decisiones. Las normas constitucionales garantizan ambas dimensiones. Las normas formales garantizan la igualdad en derechos políticos, la representatividad parlamentaria y el gobierno de la mayoría. Las normas sustanciales garantizan los derechos de libertad y los derechos sociales. En resumen, la democracia requiere procedimientos justos para tomar decisiones, y decisiones que respeten los derechos de los ciudadanos.

No obstante, la fetichización de este tipo de normas es lo que desencadena en la gran problemática que ha generado un estado de crisis en la democracia constitucional. El ser humano se ha acostumbrado a resolver todo a su alrededor con la aplicación de la norma. Julieta Lemaitre (2009), explica que:

El nombrar este fenómeno como fetichismo tiene la ventaja adicional de ubicarlo en un contexto global como fenómeno tercermundista o por lo menos en la periferia del mundo industrializado. Y eso resuena con su origen, porque el fetiche era como los europeos (o los franceses para ser exactos) se referían a los objetos religiosos del África negra. Se trata de dioses falsos o religiones falsas que deben ser

reemplazados por el Dios blanco, cuya imagen no es un fetiche sino un icono, un símbolo religioso, un objeto de culto (P. 386).

Más allá del fetiche, el derecho representa un símbolo para ciertos movimientos sociales. Cada movimiento se centra en la búsqueda de una anhelada reforma legal, donde el liberalismo político se pelea buscando la inexorable reivindicación de la dignidad humana con la promulgación de norma jurídica.

Pero es dentro de esa misma norma, donde el valor de ser humano encuentra su justificación exógena, pues se entiende que la reclamación de la dignidad se da con ley y para la ley, lo cual deja sujeto el término de dignidad a la voluntad política que en algún momento se ocupó u ocupará de definir la misma sociedad civilmente organizada. En términos de Salamanca (2016):

En eso ha convertido el capital al derecho, un tótem jánico con dos caras. Es un guiñapo, impotente. Los derechos a la autodeterminación, al conocimiento, al medio ambiente sano, a la soberanía alimentaria, a la salud, a la vivienda, etc., no son sino puro texto. Se les pronuncia e invoca y no producen nada; una lamentable elegía para los pueblos (P. 9)

La justiciabilidad de los derechos en general no se queda sumida a una norma y su repetición en inquebrantables voces. La materialización de esta, pasa al plano de voluntad política, sin embargo, en su apego fetichista a la norma, prefiere seguir pregonando haciendo eco a la taxatividad de la norma y su cumplimiento irrestricto. Por ello, el plano de lo mágico aquí se convierte en simbólico para resignificar al derecho no como un instrumento de emancipación, sino como un instrumento de represión en muchas ocasiones fallido. En ese sentido, interpretando a Douzinas (2008), Los derechos humanos están consagrados en las leyes, pero su aplicación es imperfecta. Los derechos humanos representan la promesa de una justicia futura, pero también la dificultad de aplicarlos en un mundo complejo y desigual.

En suma, el derecho moderno debe superar la crisis de legitimidad sin recaer en argumentos fetichistas tales como apelar al cumplimiento de la ley resaltando su proceso de promulgación orgánico. Pues si se relega la protección de los derechos al cumplimiento de la norma, se estará apartando de igual forma a las nuevas tendencias jurídicas, un camino igual o similar de crisis. La salida debe ser la constitución de teorías que permitan el establecimiento de caminos de diálogo que permitan la participación activa en la construcción de cultura jurídica.

b. Heteronomía Kantiana: Un retrato de la sociedad líquida

Desde la herencia del iusnaturalismo tal cual ha sido expresada en el presente texto, se hace oportuno, no solo soslayar la legalidad frente a la legalidad, sino

de igual forma relacionarla con lo que el ser humano suele expresar en sociedad. Kant (1873) señala que la legalidad se centra en obrar conforme al deber, más allá de la conformidad interna con la norma. Estar o no conforme con la norma, de manera simple y sin ahondar en las razones, atiende a la legalidad de la norma; mientras que la idea de la convicción del sujeto, gira en torno a la moralidad de la acción.

La heteronomía para Kant es el estado natural de un sujeto que acata la norma con estricta legalidad, aunque en su interior no goce de moralidad de la acción. El ser humano soporta en contra de la voluntad o con indiferencia el cumplimiento de la ley, no se esfuerza –con autonomía– por participar en la democracia. En este caso, el ser actúa por inclinación donde la voluntad se halla comprometida de manera heterónoma.

El derecho corresponde a una realidad ambivalente. Se funda en la yuxtaposición de factores reales de poder, pues pertenece al mismo tiempo a un orden técnico- pragmático y este se relaciona directamente con un conjunto de los hechos a la orden de la relación derecho-moral. Por ello, la norma de derecho gestiona en consecuencia según esta doble pertenencia. Un ordenamiento jurídico implica la supresión de libertades, esto indica la prevalencia del derecho político sobre el derecho natural.

Este triunfo anteriormente descrito es a lo que Kant se refería como las juridicidades dentro de una esfera de individualismo, pero que visto desde la perspectiva de crisis del constitucionalismo genera una represión de la libertad individual en el sentido de autonomía. El ser humano heterónomo no es capaz de constituirse con un arraigo social donde defiendan intereses particulares ni sociales en común, pues su autonomía sólo es válida si reconoce un orden jurídico externo a él. La autonomía está comprometida.

Un nuevo sistema de derecho constitucional debe ser capaz de reconocer al ser humano en su autonomía, mientras que este último debe ser capaz de expresar su voluntad sin represión alguna. La heteronomía que defendía Kant está plagada de sinsabores que desencadenan en la aflicción de medios de dominación. Mientras que la autonomía y el interés por la democracia dota al individuo de más posibilidades ser emanciparse. Es preciso entender la crítica Krausista a la heteronomía de Kant como la regla a seguir por el nuevo modelo constitucional democrático:

Para los krausistas, la libertad es entendida como poder y forma de nuestra voluntad para realizar el Derecho. Consecuentemente, un concepto de libertad exterior vendría a ser contradictorio con esta formulación, pues «para que existiera esa libertad exterior, sería preciso –asevera Clarín– que nosotros fuésemos, en cierto modo, exteriores a nosotros mismos» (1878: 429). Por esta razón, en el Derecho distinguen los krausistas, por un lado, un aspecto objetivo,

por tratarse de una regla, una norma, y, por otro lado, un aspecto subjetivo, por constituir una actividad voluntaria determinada por dicha regla, de modo tal que el reconocimiento de la regla del Derecho por la voluntad del sujeto jurídico es imprescindible para su cumplimiento (Manzanero, 2017. P. 141).

5. Constitucionalismo aspiracional y democracia deliberativa. Vigía para la gobernabilidad y sostenibilidad

La democracia constitucional, concebida como poderes populares con límites clarificados y garantías para el pueblo, está en crisis. Las normas formales no han podido traspasar los límites de su formalismo y el ciudadano ha perdido la confianza en la ley. A la par de ello, el Estado es incapaz de asumir un cambio real, toda vez que los Estados latinoamericanos carecen de cultura jurídica. En ese orden de ideas, una ley sin espíritu se pasea en el capitolio nacional sin rumbo. Parafraseando a Ferrajoli (2013) La falta de participación ciudadana en la vida pública es una de las causas de la crisis de la democracia y esta falta de participación se debe a que los partidos políticos se han distanciado de la sociedad y han perdido su representatividad.

El ciudadano Latinoamericano siente un desarraigo total por la política, pues la politización de los mecanismos de protección de derechos ha hecho progresivo el malestar en la cultura jurídica. El ciudadano no participa en las relaciones de poder en el Estado, pues está relegado a la observancia de la ley con apego irrestricto. Además de ello, la política abonó mucho terreno al desbalanceo de poderes que a su vez acentuó el caudillismo y el hiper-presidencialismo, cuestión que terminó por derrumbar el ímpetu de la democracia constitucional y ha convertido los Estados Latinos en democracias fallidas.

La salida a la crisis es –sin duda alguna- la consolidación de un nuevo constitucionalismo que permita ir más allá del garantismo que se pregona hasta hoy. Se debe hacer una amplia y tajante separación entre partido político-Estado y función pública-poder económico. El tercer momento constituyente aqueja no que se consolide una nueva forma de organizar al Estado, sino redistribuir la política y su función dentro del mismo. En términos de Ferrajoli (2018), no se debe esperar que la voluntad popular cambie la historia, sino que se debe transformar el andamiaje de las democracias para activar esa voluntad popular de manera más efectiva que el populismo.

Según Dahrendorf (2002): "ya hemos entrado en una fase que podría definirse como 'la post-democracia', pero esto no nos exime de trabajar en la construcción de una 'nueva democracia', sino que más bien nos obliga a ello" (P. 8). Y la construcción de una nueva democracia pasa por la comprensión de una nación. El Estado y su modelo democrático debe crecer de frente al pueblo y no de espaldas a este. El constitucionalismo aspiracional parte de la base de la convulsión social, que es, en últimas, la democracia constitucional en crisis y

la brecha social que hoy día la mayoría de Estados en Latinoamérica 'sobreviven'.

Tomando como base ese constitucionalismo aspiracional, se debe buscar la efectividad material de la ley, de la mano con un equilibrio entre la política y la ley. Todo esto debe ir en una vía de fortalecimiento recíproco institucional, pues el ciudadano debe recobrar la confianza en el Estado. Y esta confianza pasa por dos fenómenos bastante difíciles de lograr en pleno siglo XXI: 1) activación del movimiento social, y 2) arraigo de una cultura jurídica autóctona. En ese mismo sentido, parafraseando a Puerta (2016) la democracia se debilita cuando no responde a los intereses de la sociedad. Esto genera desconfianza y desmotivación, que la clase política aprovecha para manipular a la población a través de los medios de comunicación.

A la par de la comprensión de todo un sistema de democracia aspiracional, se debe colegir el límite de una democracia deliberativa. El progreso del constitucionalismo debe estar arraigado a la discusión política pública y abierta. Basta para ello tomar parte de lo que Habermas (1999) refirió como democracia deliberativa y progreso técnico democrático. En consonancia con ello, Rivera (2017) expresaba que, en la Alemania de la posguerra, la industria experimentó un enorme progreso técnico, pero la organización interna de las empresas seguía siendo altamente jerárquica y autoritaria. Sosteniendo, además, que el filósofo y sociólogo Jürgen Habermas criticó esta discrepancia, argumentando que la racionalización radical de la industria no podía ser plenamente efectiva sin la participación de los trabajadores en la toma de decisiones. En otras palabras, Habermas sostiene que la democracia era esencial para el progreso económico.

La construcción de la teoría que combine los aspectos filosóficos que tengan como objetivo principal la emancipación de la sociedad con estudios reales de sociología y politología, es lo que marcará la salida a la crisis que se vive. Y esto no pasa solo con la construcción de una cultura jurídica, sino de la utilización de puntos de anidaje político-social como la agenda de objetivos de desarrollo sostenible, pues al realizar un parangón preliminar entre lo consignados en los preámbulos de las diferentes constituciones latinas (Incluso en la española) y en el de la Agenda 2030 ODS, se puede evidenciar que comparten ideales similares, pero que sin el arraigo de la teoría descrita, sería imposible concretar. El constitucionalismo aspiracional debe centrarse en entender la sociedad para poder así construir el derecho y la democracia. Pero los avances que hasta ahora se tienen en término de: i) multiculturalismo, ii) pluriculturalismo y iii) plurinacionalismo; son bastante insuficientes. No obstante, vale resaltar que el avance debe ir de la mano con la promulgación de teorías garantes de derechos y emancipadora de los mismos.

Las tensiones de la 'decolonización' de la cultura jurídica en Latinoamérica deben dirigirse a dejar la heteronomía basada en el desconocimiento cultural

(Lascarro & Mejía, 2019). No es dable construir canales de autonomía si aún no se tiene de frente a una sociedad clara para que se manifiesta. Es allí donde entra a cumplir un papel esencial el constitucionalismo aspiracional según García Villegas (2012), pues es urgente que los campos jurídicos en Colombia busquen equilibrios entre la vida política y producción de normas.

En términos de Puerta Riera (2016), el agotamiento de la democracia debe darse desde el enfoque del ejercicio debilitado de la misma y no desde la ocasión de terminación de esta, pues:

La sociedad naturalmente toma distancia cuando la institucionalidad democrática hace a un lado sus intereses primarios para favorecer los de quienes detentan el poder. En un ambiente de desconfianza o de desmotivación, la clase política hace uso de todos los mecanismos posibles para lograr la participación cívica, que, vista desde la perspectiva de la post-democracia, se puede expresar en la manipulación más mediática (P.17)

El constitucionalismo aspiracional tomaría un especial protagonismo si se pensare desde la perspectiva moderna en su combinación con la democracia deliberativa de Habermas. Pues la participación pública del individuo presupone un factor complejo de sistemas sociales como la economía, la política, la cultura, la religión y hasta el simbolismo del lenguaje. Pues bien, frente a ello, la democracia deliberativa de Habermas:

emerge como la respuesta más loable para afrontar los desafíos del Estados democráticos modernos, asediados, por un lado, desde su interior por el multiculturalismo expresado en la fuerza que en la actualidad han tomado los grupos sociales y las identidades étnicas, religiosas y sexuales que reclaman para sí el reconocimiento de derechos especiales y la garantía de ciudadanía en igualdad de condiciones legales; y, por otro lado, por el cuadro de transformaciones del Estado moderno sitiado desde el exterior en su integridad por la globalización (Domínguez, 2013. P. 303)

Por ello, la democracia neo-constitucional que se quiere proponer también sienta sus bases en esta democracia deliberativa. Este ejercicio paradigmático consiste básicamente en la construcción racional de un universo de posibilidades para el ciudadano que lo conlleve a reflexionar de manera autónoma sobre la secularización de la crisis de los Estados y la formación de una sociedad civil organizada. Esta racionalización entraría a jugar un papel trascendental para la tan ansiada emancipación de los derechos a través de la democracia. En suma, consideramos correcta la interpretación de Domínguez (2013) en el sentido de que la teoría de Habermas propone que la ciudadanía debe participar activamente en la construcción del Estado, a través de la deliberación pública y el respeto a los derechos fundamentales.

A partir de ello, la anidación de la democracia deliberativa, junto con el constitucionalismo aspiracional debe coincidir con la evitación de la heteronomía kantiana y el fetichismo jurídico para vencer una crisis profunda que atraviesan los Estados en Latinoamérica. No obstante, no es tarea fácil llevar lo dicho a la realidad, pues la solidificación de las instituciones es un proyecto de largo aliento, mientras que el cambio paradigmático aún más. Es por ello que, con esta investigación se buscan sentar las bases para un cambio ontológico-iusfilosófico, pero no se esperan resolver problemas de profunda coyuntura que la misma política pública que se propone debe encargarse de tratar para su posterior propuesta práctica. Es por ello que, Magoja (2016) plantea de alguna manera que el Estado Constitucional de Derecho debe adaptarse a la realidad cambiante de la sociedad y satisfacer los intereses de todos los ciudadanos y que el derecho de resistencia es un derecho fundamental que ayuda a garantizar estos objetivos.

De lo anterior se resalta la premisa central de esta investigación, pues el Estado en cooperación con la nación, debe forjar su derecho desde la progresión perenne de los derechos de los mismos a través de la democracia. Del derecho autóctono las naciones beberán para poder forjarse como democracias reales y con participación activa dentro de los procesos sociales. Porque más allá de las garantías que el sistema actualmente ofrece de manera enunciativa, el peligro de la violación de las mismas garantías deja latente la evidente fractura institucional que vive Latinoamérica.

6. Conclusión

A lo largo de la historia, el ser humano siempre ha buscado protegerse de sí mismo. No obsta el registro pendular histórico para establecer que, a día de hoy, nada ha cambiado. Es por ello que el derecho y su función social sigue estando en las discusiones políticas y sociológicas que soslayan el devenir histórico y porvenir esperanzador de la sociedad lastimada. No obstante, el papel del derecho también debe ser limitado frente a arraigos problemáticos como lo es la violación sistemática de derechos y la imposibilidad del Estado de contener dichas situaciones.

Las problemáticas estructurales de una resquebrajada sociedad dan fe de la premisa central de esta investigación, la democracia constitucional se encuentra en un estado de crisis innegable. Desde los postulados filosóficos de la tercera vía se puede observar el camino de esta, hasta su brecha y deuda histórica. Hoy, los Estados Latinoamericanos sufren la desigualdad en el peor de sus lastres, pues lo que algún día prometió acabar con las problemáticas de antaño, hoy sufre los mismos problemas de legitimidad que –por ejemplo- el Estado de derecho francés.

La democracia constitucional sufrió las consecuencias del fetichismo jurídico y la heteronomía social. El ser humano, desarraigado culturalmente y sumido

líquidamente en una sociedad con universalización fallida, opta por creer ciegamente en la ley ineficaz, pero desconfiar ferozmente de la política y la democracia como medio de emancipación. No solo están rotos los canales de comunicación entre ciudadano-Estado, sino que de igual forma está rota la posibilidad del Estado de reivindicar un modelo teórico constitucional sin bases sólidas para revertir la situación.

No es sencilla la reconstrucción de un modelo teórico tan importante como lo es la democracia de un Estado y su base constitucionalista. No obstante, los Estados deben propender por emprender un camino de reconstrucción ideológica, basada en el arraigo de una cultura jurídica endógena, para así materializar la producción de un derecho autóctono. Esto, permitirá el reconocimiento de la nación y en ese mismo sentido la pugna por intereses válidos y en suma, la recuperación de la confianza del ciudadano.

La idea de establecer una democracia constitucional con respeto del constitucionalismo aspiracional, fortalecer la institucionalidad e incentivar la participación ciudadana no es tarea fácil para los Estados. La construcción de un derecho vivo, que reconoce límites de validez y que se funde en garantías reales, es tarea *a posteriori* de dicha actividad. Por ello, la fórmula de nuevo constitucionalismo debe ser reconocimiento endógeno, para luego sí esbozar una norma soberana sostenida sobre los pilares del reconocimiento del pueblo.

Como sostén de este aspiracionismo, para que no se torne gaseoso, se plantea una democracia deliberativa. Los supuestos éticos-políticos que la rodean no son más que la conversión de ciudadanía y opinión pública en factores de la esfera pública para generar una participación efectiva y una deliberación pública productiva para los intereses de la nación. Esto convertirá a los ciudadanos en los verdaderos titulares de los derechos en el Estado y podrá hacer partida dentro de la toma colectiva de decisiones.

La gran meta a cumplir de las nuevas tendencias jurídicas es, sin duda alguna, lograr que la ciudadanía acate a una masiva participación política de manera consciente. La anidación de la sociedad, sin distinción de ningún criterio discriminador ayudará a sentar las bases de una paz y gobernabilidad democrática. Pues el orden del Estado, depende directamente del reconocimiento previo de la sociedad y sus individuos.

Referencias

Alarcón Peña, A. ., y López Oliva, J. . (2023). Mercado y libre competencia en la constitución colombiana. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 15(29), 52–67. <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.15-num.29-2023-4227>

Corte Constitucional de Colombia. (2004). Sentencia C-644-04 MP Rodrigo Escobar Gil.

- Corvalán, J. G. (2013, 23 de mayo). ¿Qué es una Democracia Constitucional? Directorio de servicios legales. <https://abogados.com.ar/que-es-unademocracia-constitucional/12277>
- Dahrendorf, R. (2002). Después de la democracia: Entrevistado por Antonio Polito.
- Domínguez, H. (2013). Democracia deliberativa en Jürgen Habermas. *Analecta política*, 4(5), 301-326.
- Douzinas, C. (2008). El fin (al) de los derechos humanos. *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla AC*, (22), 6-34.
- Durán, J. (2017). Tercera vía en filosofía del derecho. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Ferrajoli, L. (2008). Democracia constitucional y derechos fundamentales. La rigidez de la Constitución y sus garantías. *La teoría del Derecho en el paradigma constitucional*, 71-116.
- Ferrajoli, L. (2013). Poderes salvajes: la crisis de la democracia constitucional. *Poderes salvajes. Minima trotta*.
- Ferrajoli, L. (2014). La democracia a través de los derechos: el constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político. *La democracia a través de los derechos*, 0-0.
- Ferrajoli, L., Córdova, L., & Salazar, P. (2002). Juspositivismo crítico y democracia constitucional. *Isonomía*, (16), 7-20. Recuperado en 20 de agosto de 2022, de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182002000100007&lng=es&tlng=es
- García Melgarejo, F. (2015). Activismo judicial y garantismo procesal. Los poderes jurisdiccionales a la luz del debido proceso.
- García Villegas, M. (2012). Constitucionalismo aspiracional: derecho, democracia y cambio social en América Latina. *Análisis Político* (75), 89-110. Recuperado de <http://www.revistas.unal.edu.co/index.php/anpol/issue/view/379>
- Habermas, J. (1984). Teoría de la acción comunicativa. Madrid: Taurus. Habermas, J. (1999). Problemas de legitimación en el capitalismo tardío. Madrid: Ediciones Cátedra.
- Kant, I. (1873). Principios metafísicos del derecho. Librería de Victoriano Suárez.
- Kaufmann, A. (2002). Filosofía del derecho. Bogotá: Externado de Colombia.
- Kierkegaard, S. (1981). El Concepto de la Angustia. Edit. EUNSA. Barcelona España
- Lascarro-Castellar, D; Lascarro-Castellar, C y Mejía Turizo, J. (2019). Constitucionalismo desde una lectura decolonial: algunos rasgos descollantes. En Rodríguez-Serpa, F (Ed). *Dialéctica constitucional* (pp.61-92), Barranquilla, Colombia. Ediciones Universidad Simón Bolívar.
- Lasalle, F. (1999). ¿Qué es una constitución? Editorial Elaleph.

- Lemaitre, J. (2009). El derecho como conjuro: fetichismo legal, violencia y movimientos sociales. Bogotá: Siglo del Hombre, Uniandes.
- Locke, J. (1690). Segundo tratado sobre el gobierno civil. Londres: Awnsham Churchil.
- Magoja, E. E., (2016). La justificación del Derecho de Resistencia en el Estado Constitucional Democrático de Derecho: algunas reflexiones iusfilosóficas. *Nómadas. Critical Journal of Social and Juridical Sciences*, 47(1), .[fecha de Consulta 3 de Junio de 2022]. ISSN: 1578-6730. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=181/18153280003>
- Manzanero, D. (2017). El concepto kantiano del derecho: una revisión krausista. The kantian concept of law: a krausist review. *ANUARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO*, 125-145.
- Montesquieu, C. (1748). El espíritu de las leyes. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.
- Pardo Martínez, O. (2022). La dignidad como fundamento axial de los derechos en el constitucionalismo: praxis judicial colombiana. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 14(28), 360–385. <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.14-num.28-2022-3981>
- Puerta, M. (2016). Crisis de la democracia: Un recorrido por el debate en la teoría política contemporánea. *Espiral (Guadalajara)*, 23(65), 09-43. Recuperado de: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1665-05652016000100001&lng=es&tlng=es
- Rawls, J. (1971). Teoría de la justicia. Cambridge: Harvard University Press. Rivera, E. J. (2017). La democracia deliberativa según Jürgen Habermas. *Revista Jurídica Derecho*, 5(6), 89-108.
- Rodríguez Martínez, C. (2023). De la racionalidad hacia la argumentación legislativa. La importancia de la aplicación del principio de proporcionalidad por el legislador colombiano en el proceso de creación de la ley. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 15(29), 111–125. <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.15-num.29-2023-4230>
- Rousseau, J. J. (1812). El contrato social, ó, Principios del derecho politico. Por José Ferrer de Orga.
- Salamanca, A. (2016). El fetiche jurídico del capital: hegemonía global mediante los estudios de derecho. Instituto de Altos Estudios Nacionales, Quito.
- Uprimny, R. y Sánchez, L. M. (2013). Tres décadas de transformaciones constitucionales en América Latina: balance y perspectivas. Documento de trabajo. Bogotá: Dejusticia (sin publicar).
- Yrigoyen, R. (2011). El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. *El derecho en América Latina*, 139